

Breves apuntes acerca de la capitalización y condonación de créditos en los procesos de Reestructuración Patrimonial

Luis Alberto León Vásquez*

SUMILLA

Desde hace varias décadas se ha producido un cambio fundamental en los sistemas normativos que regulan las situaciones de quiebra, insolvencia o concurso. En ese contexto de cambio, muchas legislaciones han abandonado la concepción vetusta de que los procedimientos concursales constituyen un mero instrumento de liquidación de los bienes del deudor como forma de enfrentar su situación de insolvencia y satisfacer los intereses de la masa de acreedores. En la actualidad, por el contrario, se privilegian los mecanismos concursales como medios para promover el salvataje de las empresas en crisis, siendo fundamental que los acreedores cuenten con las herramientas necesarias para lograr su saneamiento y posterior reflotamiento, tales como la capitalización y condonación de créditos. En esta entrega se abordan dichas figuras legales desde la óptica de la legislación concursal peruana.

I. Introducción

La Ley Concursal Peruana (Ley General del Sistema Concursal, aprobada por Ley N° 27809) establece que, luego de publicado el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario, debe convocarse a la Junta de Acreedores del deudor para que decida el destino del patrimonio de este último. Para ello, la Junta podrá optar entre una reestructuración o una disolución y liquidación.

En caso se opte por la reestructuración patrimonial, la Junta gozará de amplias facultades para tomar todas aquellas decisiones que sean necesarias a fin de lograr el reflotamiento del negocio en concurso. En ese sentido, el artículo 63.2 de la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, la LGSC) dispone que “la Junta, por sí sola, podrá adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante el procedimiento, inclusive la aprobación de balances, transformación, fusión o escisión de la sociedad, cambio de razón, objeto o domicilio social, así como los que importen modificaciones estatutarias (...)”. Esta disposición consigna un

vigoroso conjunto de atribuciones en favor de la Junta de Acreedores -incluyendo medidas que pueden modificar dramáticamente la personería jurídica del concursado-, poniendo a su disposición todos los medios que le permitan llevar a buen puerto el proceso de reestructuración patrimonial.

Sin embargo, la rehabilitación de una empresa en concurso depende en buena medida de las acciones que se tomen para alcanzar su saneamiento financiero, lo que en la práctica hace necesario reducir rápidamente la deuda estructural a fin de aliviar la situación de endeudamiento de la empresa, mejorar su posición crediticia y colocarla en aptitud de recibir capital de trabajo fresco para lograr que retome el desarrollo normal de sus actividades. En tanto ello no ocurra, la empresa afrontará serias dificultades para acceder a fuentes de financiamiento convencionales en condiciones favorables, lo que limitará sus posibilidades reales de reflotamiento.

Es en este contexto que adquieren especial importancia las figuras de la capitalización y la condonación de créditos que están reguladas en el artículo 68° de la LGSC, pues sirven al propósito

* Secretario Técnico de la Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios de INDECOPI. Ex Secretario Técnico de la Sala de Defensa de la Competencia y de la Sala Transitoria Concursal del Tribunal de INDECOPI.

de reducir la deuda comprendida en el concurso y, de esa forma, sanear la situación financiera de la empresa concursada y establecer condiciones adecuadas para la continuación de sus actividades en el mercado. Ambos mecanismos son utilizados con alguna frecuencia en los procedimientos concursales que se desarrollan en el país, y han sido objeto de análisis por la autoridad administrativa al resolver diversas controversias suscitadas entre deudores y acreedores. En los pronunciamientos respectivos, tanto las Comisiones de Procedimientos Concursales que operan a nivel nacional, como el Tribunal de INDECOPI, han delineado pautas y criterios que deben ser observados para asegurar la legalidad de los acuerdos de capitalización y condonación de créditos.

El presente artículo, redactado en forma de breves apuntes, aborda el tema de la capitalización y la condonación de créditos en los procesos de reestructuración patrimonial. Para ello se explica cómo operan ambas figuras y cuál es el rol que cumplen durante los procesos de reestructuración, sus alcances y los efectos que generan para el deudor en concurso y sus acreedores, así como los casos en que la adopción de tales acuerdos configura un ejercicio abusivo del derecho.

II. Aspectos generales de la capitalización y la condonación de créditos

La capitalización implica la conversión de deuda en capital. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, la capitalización de créditos constituye una de las modalidades de aumento de capital reguladas en dicha norma, conforme al cual, los acreedores de la sociedad aportan el derecho de crédito que tienen frente a la sociedad y reciben a cambio el número de acciones acordado. En ese sentido, para efectos legales, la capitalización genera los efectos del pago, pues consiste en el aporte de un crédito que queda cancelado (en forma inmediata) a cambio de acciones de la sociedad¹.

En el ámbito concursal se produce una operación similar, pues por efecto de la capitalización, los acreedores mutan su situación jurídica convirtiéndose en accionistas de la sociedad. Desde el punto de vista financiero, dicha operación

origina un aumento del capital social de la empresa en concurso, lo que se traduce contablemente en un ingreso o una transferencia de recursos a la cuenta capital social del patrimonio neto del Balance General. Siendo ello así, la bondad de la capitalización es doble: desde la perspectiva legal se reduce el pasivo; y desde la perspectiva financiera se reemplaza deuda vencida por deuda de largo plazo, pues los accionistas son finalmente acreedores sociales que sólo recuperarán su inversión cuando la sociedad se extinga.

En síntesis, la capitalización genera la extinción de obligaciones a cargo de la empresa en concurso y representa una fuente de financiamiento para esta última, lo que efectivamente puede coadyuvar a su rehabilitación. Es por ello que, Luis Antonio Velasco² afirma que la capitalización de créditos es “una medida de saneamiento adecuada, que permite transformar recursos ajenos en propios, y en muchos casos puede ser incluso la más apropiada para sanear la empresa, que de esta manera se vería liberada definitivamente de las deudas convertidas en capital”.

Por su parte, la condonación es una forma de extinción de obligaciones. Como señalan Osterling y Castillo³, “condonar es perdonar una deuda o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor. Así, cuando el acreedor perdona una deuda y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último”. En el nivel normativo, de manera similar, el artículo 1295° del Código Civil dispone que “de cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero”.

En el ámbito concursal, la condonación de créditos, generalmente denominada en doctrina y en otras legislaciones con el nombre de “quita”, tiene por finalidad liberar al deudor del pago de sus obligaciones en beneficio e interés de la masa concursal. Dado que, la condonación de créditos importa un grave sacrificio patrimonial, una medida de esta naturaleza solo encuentra justificación en el propósito de coadyuvar al efectivo reflotamiento de la empresa deudora -en el entendido que su ingreso a un proceso de liquidación acarreará mayores pérdidas económicas para el colectivo de

¹ ELÍAS LAROZA, Elías, “Ley General de Sociedades Comentada”, Trujillo: Normas Legales, p. 400.

² VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. Contenido de la propuesta de convenio. En: “Comentarios a la Legislación Concursal”, Tomo III, Editorial Lex Nova, octubre 2004, p. 2153.

³ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil”, Vol. XVI, Tercera Parte, Tomo IX. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 245.

acreedores-, ya que permite una reducción rápida del pasivo concursal y puede colocarla en una mejor situación para continuar sus actividades.

Por ello, según el marco de la Ley General del Sistema Concursal (LGSC), la condonación de créditos forma parte del conjunto de medidas que los acreedores tienen a su disposición para lograr el saneamiento del deudor y, de esa manera, su posterior reflotamiento. Así, los acreedores pueden optar libremente por acordar la condonación de créditos, ponderando en cada caso concreto su conveniencia o necesidad en función a la situación patrimonial de la empresa deudora y los intereses que cada uno de ellos tiene sobre la actividad que la misma desarrolla en el mercado.

Como se aprecia, tanto la capitalización como la condonación de créditos representan alternativas interesantes que pueden favorecer la solución de la crisis del deudor y la satisfacción del interés colectivo de los acreedores por la vía de la reestructuración. Sin embargo, considerando las repercusiones que pueden tener los acuerdos de capitalización y condonación de créditos en los derechos económicos de los acreedores -e incluso de los propios accionistas de la empresa en concurso-, la Ley General del Sistema Concursal (LGSC) regula de manera específica las reglas y requisitos que resultan aplicables para la adopción de tales acuerdos, tanto en lo referido a aspectos formales como sustantivos, cuyo cumplimiento condicionará la validez y eficacia de ese tipo de acuerdos.

III. La aprobación de acuerdos de capitalización y condonación de créditos

a. La convocatoria a la Junta de Acreedores

Como regla general, el artículo 57.1 de la LGSC dispone que toda reunión de Junta de Acreedores debe ser convocada por el Presidente de dicho órgano, mediante aviso publicado una vez en el Diario Oficial "El Peruano" con una anticipación no menor de diez días hábiles a la fecha de su realización en primera convocatoria.

Conforme lo ha explicado el Tribunal de INDECOPI, el establecimiento del plazo antes referido para convocar a Junta tiene por objeto

garantizar que los interesados puedan informarse de la misma y se encuentren en posibilidades reales de asistir a la reunión convocada⁴. Debido a ello, la convocatoria debe ser publicada en un medio escrito de alcance general, prescindiéndose así de cualquier tipo de notificación individual que, además de restar publicidad a la convocatoria, generaría altos costos para las partes.

El acto de convocatoria a Junta es de fundamental importancia, pues tal como se encuentra previsto en el artículo 52.1 de la LGSC, únicamente podrán tratarse en las reuniones de la Junta, bajo sanción de nulidad, los temas consignados en la agenda publicada con el aviso de convocatoria. Si bien la referida norma prevé un supuesto de excepción que habilita a la Junta de Acreedores a tratar temas no incluidos en la agenda, para que ello ocurra es necesario que estén presentes en la Junta todos los acreedores reconocidos por la Comisión y que el acuerdo de tratar tales temas se adopte de manera unánime, lo que puede ser muy difícil de lograr en la mayoría de casos.

En tal sentido, en caso la Junta de Acreedores pretenda aprobar acuerdos de capitalización o condonación de créditos, es necesario que dicho tema sea incorporado en el aviso de convocatoria a Junta. La omisión de este aspecto imposibilitará a la Junta tratar los temas antes mencionados, salvo que se configure el supuesto de excepción señalado en el párrafo anterior.

Ahora bien, en el caso específico de la capitalización de créditos, el artículo 68.1 de la LGSC establece que será nulo el acuerdo que se adopte sin que previamente se haya convocado a los accionistas en el respectivo aviso⁵. Siendo ellos así, se advierte que la citación a los accionistas de la empresa deudora constituye una condición necesaria para que la Junta de Acreedores pueda adoptar un acuerdo válido sobre esa materia, cuya finalidad no es otra que permitir a los accionistas ejercer el derecho de suscripción preferente que la Ley les reconoce -tema que será tratado más adelante-.

Al respecto, el Tribunal de INDECOPI ha señalado que el llamado a los accionistas en el aviso de convocatoria a Junta es una formalidad solemne que la Ley exige para dotar de validez al acuerdo de capitalización, independientemente de la

⁴ Ver Resolución N° 0895-2005/TDC-INDECOPI de fecha 15 de agosto de 2005, recaída en el Expediente N° 014-2002/CRP-ODI-CIX.

⁵ Si bien el artículo 68.1 de la LGSC menciona únicamente que la citación a los accionistas debe hacerse en el "respectivo aviso", se entiende que aquel no es otro que el aviso que se publica con la convocatoria a Junta de Acreedores, pues ese es el medio ordinario mediante el cual se publicitan las reuniones de dicho órgano.

proporción de créditos que en cada caso será objeto de dicha operación. Asimismo, ha ratificado que dicho requisito es de obligatorio cumplimiento, por lo que no cabe justificar la inobservancia de tal formalidad en el presunto conocimiento previo de los accionistas respecto del acuerdo de capitalización que sería adoptado por la Junta⁶.

En todo caso, según lo contempla expresamente el artículo 68.2 de la LGSC, solamente se podrá prescindir de la convocatoria a los accionistas, cuando se acredite, con documento de fecha cierta, que aquellos han renunciado expresamente a ejercer el derecho de suscripción preferente.

b. La mayoría exigida para la aprobación de los acuerdos

La LGSC establece dos regímenes de mayorías para la aprobación de acuerdos en Junta de Acreedores: por un lado, para los acuerdos de mayor importancia en el concurso exige mayoría calificada, mientras que para los demás acuerdos requiere mayoría simple.

El establecimiento de mayorías para la toma de acuerdos permite un óptimo funcionamiento de la Junta de Acreedores, la cual podría quedar paralizada si se exigiera unanimidad para la toma de decisiones. En ese sentido, como lo ha señalado el Tribunal de INDECOPI en reiteradas oportunidades⁷, la puesta en práctica del denominado principio mayoritario implica que son los acreedores que representan la mayoría de los créditos reconocidos por la Comisión quienes hacen prevalecer su voluntad en el proceso, siempre que observen las normas imperativas del

ordenamiento jurídico y el principio de buena fe. Por tanto, la voluntad individual de cada acreedor cede ante la voluntad mayoritaria de la colectividad de acreedores reunidos en Junta, la cual tiene, en principio, el poder de imponer a las minorías decisiones que impliquen la modificación e, incluso, la extinción de sus derechos de crédito, a fin de poner en ejecución los mecanismos elegidos para la satisfacción del interés colectivo de los acreedores.

En los procedimientos concursales, los acuerdos de capitalización y condonación de créditos -además de otros, como la decisión de destino del deudor y la aprobación del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación y Acuerdo Global de Refinanciación- deben ser aprobados por mayoría calificada⁸. Dado que este tipo de acuerdos conllevan consecuencias de especial trascendencia para el ejercicio de los derechos económicos de los acreedores, la ley ordena que sean aprobados con el voto de acreedores que representen créditos por un importe superior al 66,6% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión, si la Junta se reúne en primera convocatoria; o con el voto favorable de acreedores que representen un importe superior al 66,6% del total de los créditos asistentes a la reunión, si esta se lleva a cabo en segunda convocatoria⁹.

La LGSC busca así que los acuerdos de capitalización y condonación de créditos se adopten reuniendo el mayor consenso posible entre los acreedores; de ahí que el artículo 68.3 de la LGSC establezca que tales acuerdos surtirán efectos respecto de la totalidad de acreedores únicamente cuando hayan sido aprobados por mayoría calificada.

⁶ Ver Resolución N° 1786-2006/TDC-INDECOPI de fecha 13 de noviembre de 2006, recaída en el Expediente N° 010-2000/CAH-ODI-CCPL. Dicho acto administrativo se pronunció sobre la validez de un acuerdo de capitalización parcial de los créditos adeudados por la empresa Careximport S.A., incorporado en el Convenio de Saneamiento que la Junta de Acreedores aprobado en el marco del Procedimiento Transitorio de la citada empresa. A tal efecto, el Tribunal de INDECOPI evaluó si la Junta había cumplido con su obligación de convocar a los accionistas a la reunión en que se realizaría la capitalización de créditos en cuestión, en aplicación del artículo 49° de la Ley de Reestructuración Patrimonial - LRP (aprobada por Decreto Legislativo N° 845), dispositivo de similar contenido al actual artículo 68.1 de la LGSC. Así, en la Resolución N° 1786-2006/TDC-INDECOPI, el Tribunal señaló lo siguiente:

“En el caso de la capitalización de créditos, el artículo 49° de la LRP prevé expresamente que “será nulo todo acuerdo de capitalización de créditos adoptado sin haber convocado a los accionistas, asociados o titular de la empresa”, precisando que dicha convocatoria se hará en el mismo aviso de convocatoria a la Junta. La norma en mención se refiere en términos generales a todo acuerdo de capitalización de créditos, no siendo posible interpretar de su lectura que la exigencia de convocar a los accionistas de la empresa sólo sea necesaria en caso se opte por capitalizar la totalidad de la deuda del concurso, como sostiene Kom Motors en su recurso. De igual modo, las alegaciones formuladas por la recurrente en el sentido que los accionistas de Careximport conocían del acuerdo de capitalización de deudas no resultan relevantes en este caso, pues la forma solemne exigida por ley para dotar de validez a dicho acuerdo (esto es, bajo sanción de nulidad del acuerdo) está dada por el llamado a los accionistas en el mismo acto de convocatoria a Junta de Acreedores, sin que ello haya ocurrido, tal como se aprecia del texto del aviso de convocatoria a Junta que obra a fojas 39 y siguientes del expediente.”

⁷ Ver, por ejemplo, la Resolución N° 0056-2002/SCO-INDECOPI del 15 de noviembre de 2002 y la Resolución N° 2211-2007/TDC-INDECOPI del 08 de noviembre de 2007.

⁸ Entre tanto, el régimen de mayoría simple se aplica a los acuerdos relativos a la elección de las autoridades de la Junta, la designación de los miembros del Comité, la decisión sobre el régimen de administración, la designación del administrador y del liquidador, entre otros.

⁹ Ver artículo 53.1 de la LGSC.

c. La observancia del Derecho de Suscripción Preferente

Como se ha referido, en el caso de acuerdos de capitalización de créditos, la LGSC establece la necesaria convocatoria a los accionistas de la empresa deudora a fin de permitirles ejercer el derecho de suscripción preferente. El incumplimiento de dicha formalidad imposibilitará a la Junta a tomar un acuerdo de esa naturaleza.

En la legislación societaria, el derecho de suscripción preferente representa un derecho fundamental del accionista, el cual le confiere una preferencia frente a cualquier tercero para suscribir acciones a prorrata de su participación en el capital social, en aquellos casos en que la sociedad acuerde aumentar dicho capital mediante nuevos aportes. Con ello se evita que el accionista vea diluida la proporción de su participación en el capital social, manteniendo así su posición dentro de la sociedad, así como la posibilidad de ejercer otros derechos que pueden estar limitados a la tenencia de acciones en un porcentaje determinado.

Así, el derecho de suscripción preferente otorga a los accionistas de la sociedad “la posibilidad de suscribir, a prorrata de su participación en el capital de la misma, cualesquiera nuevas acciones emitidas por dicha sociedad. De esta forma, se permite a quienes ya son accionistas en una sociedad mantener su participación relativa tanto en el accionariado de la empresa (dejando inalterable el balance de control existente en ella), cuanto en el porcentaje de su participación en los dividendos, reservas y eventualmente activos en el momento de su liquidación)”¹⁰.

El legislador peruano ha querido que en el procedimiento concursal también se respete esta garantía reconocida a favor de los accionistas, de modo que ante una propuesta de capitalización de obligaciones, aquellos tendrán la primera opción de suscribir las nuevas acciones a emitir y, con ello, evitar perder su nivel de participación en el accionariado de la concursada.

En la práctica es poco frecuente que los accionistas ejerzan este derecho pues el solo hecho de que la empresa haya devenido en concurso parece ser un indicador de la limitada capacidad o interés

de aquellos para realizar nuevos aportes. En todo caso, es natural que los accionistas tengan poco incentivos para suscribir las nuevas acciones, pues estando la empresa incurso en un procedimiento concursal -aunque sometida a una reestructuración patrimonial-, el gobierno de la misma ya no compete a la Junta de Accionistas, dado que su administración y control se hallan ahora en poder de los acreedores.

Sin perjuicio de ello, en los hechos se pueden presentar algunas dificultades para que la Junta de Acreedores observe plenamente este derecho reconocido legalmente en favor de los accionistas, pues la LGSC no establece con precisión el procedimiento que debe seguirse para que los accionistas hagan ejercicio del derecho de suscripción preferente durante las reuniones de la Junta.

Al respecto, en uno de los pocos pronunciamientos administrativos que existe sobre esta materia¹¹, el Tribunal de INDECOPI ha señalado que el derecho de suscripción preferente debe ser garantizado en dos momentos distintos: el primero, en la convocatoria a Junta de Acreedores; y el segundo, durante el desarrollo de dicha reunión. Con respecto a este segundo momento, dicho órgano administrativo ha indicado que “durante el desarrollo de la Junta de Acreedores debe permitirse a los accionistas manifestar libremente su voluntad de suscribir preferentemente las acciones a emitir (...), como requisitos previo a que los acreedores sometan a votación cualquier acuerdo de capitalización de sus créditos”.

El pronunciamiento antes referido recayó en el procedimiento concursal ordinario de Empresa Agraria Chiquitoy. Esta empresa fue declarada en concurso en marzo de 2005, habiéndose aprobado su reestructuración patrimonial en diciembre de ese año y su Plan de Reestructuración en abril de 2006. Es el caso que, en una reunión llevada a cabo el 06 de diciembre de 2006, la Junta de Acreedores aprobó una Adenda para modificar el Plan de Reestructuración (la Adenda N° 1), por medio de la cual se acordó reducir el capital social de la empresa a cero (0) y, en ese mismo acto, aumentar el capital social por capitalización de créditos (lo que se conoce como “operación acordeón”), estableciendo la posibilidad de que los accionistas ejerzan su derecho de suscripción preferente, para lo cual debían pagar las acciones en efectivo en el mismo momento de la Junta. Dichos acuerdos

¹⁰ RODRIGO PRADO, Luis Carlos. “El Derecho de Suscripción Preferente”. En: “Tratado de Derecho Mercantil”, Tomo I, Derecho Societario. Gaceta Jurídica S.A., Lima, agosto de 2003, p. 777.

¹¹ Ver Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI de fecha 29 de agosto de 2007, recaída en el Expediente N° 013-2004/CCO-ODI-LAL.

fueron impugnados por una accionista de la empresa, la señora Flor de María Ibáñez Salvador (la señora Ibáñez), quien alegó que se había configurado una situación de abuso de derecho al no habersele permitido ejercer su derecho de suscripción preferente frente a la capitalización de créditos acordada por la Junta. Tanto la Comisión competente como el Tribunal de INDECOPI desestimaron dicha impugnación, argumentando que la Junta de Acreedores había otorgado a los accionistas de la empresa la posibilidad de ejercer el derecho de suscripción preferente, pero que en el momento oportuno ninguno de ellos manifestó su voluntad de ejercer tal derecho; siendo que la impugnante recién intervino cuando la Junta había pasado ya a tratar otro tema.

Así, a fin de evaluar si la Junta de Acreedores había permitido que los accionistas ejercieran el derecho de suscripción preferente durante la reunión¹², el Tribunal de INDECOPI meritó la copia certificada del acta de Junta de Acreedores, verificando que en la misma se dejó constancia que luego de expuesta la propuesta de modificación del Plan (Adenda N° 1, que incluía la operación de capitalización de créditos), el Presidente de la Junta consultó a los accionistas concurrentes si optarían por ejercer su derecho de suscripción preferente o si tenían alguna propuesta diferente; ante lo cual ninguno de ellos manifestó su voluntad de ejercer tal derecho. Si bien en dicha acta se menciona que la señora Ibáñez intervino momentos después de haber concluido la discusión sobre la capitalización de obligaciones, el Tribunal de INDECOPI señaló que dicha intervención no fue oportuna y, por tanto, carecía de validez¹³.

Como se aprecia, para el Tribunal de INDECOPI, el derecho de suscripción preferente de los accionistas

de Empresa Agraria Chiquitoy fue debidamente garantizado al haberseles permitido manifestar su voluntad de suscribir las nuevas acciones en el momento en que la Junta trató la aprobación de la Adenda N° 1. En tal sentido, dado que en ese acto ningún accionista presente manifestó su voluntad de suscribir las acciones, no podía colegirse una transgresión al referido derecho.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional (en adelante, el **TC**), en una reciente sentencia¹⁴ recaída en el marco de un proceso constitucional de amparo iniciado precisamente por la señora Ibáñez por los hechos acontecidos en el proceso concursal, ha considerado, de manera opuesta al INDECOPI, que la Junta de Acreedores de Empresa Agraria Chiquitoy no respetó el derecho de suscripción preferente de la accionante, pues no brindó previamente información sobre la cantidad de acciones a suscribir y el monto dinerario necesario para ello, y a pesar de ello, estableció que la suscripción debía ser efectuada a través de un aporte íntegro y en efectivo en el mismo momento de la Junta. En ese sentido, para el TC se configuró así un procedimiento arbitrario e irrazonable en el modo cómo debía operar el ejercicio del derecho de suscripción preferente de la señora Ibáñez pues “¿cómo podría pagar íntegramente y en efectivo el monto de la suscripción en el momento de la Junta si antes no tuvo conocimiento de cuál era dicho monto dinerario?”; y, además, “¿cómo podía ejercerse la suscripción de acciones en el momento de la Junta si la cláusula que establecía el pago íntegro y en efectivo en el momento de la Junta, se estableció en el mismo momento de la Junta?”¹⁵.

Según lo referido por el TC, de conformidad con la Ley General de Sociedades, para el ejercicio del derecho de suscripción preferente son necesarios

¹² Cabe señalar que el Tribunal de INDECOPI consideró que se había garantizado el derecho de suscripción preferente de los accionistas de Empresa Agraria Chiquitoy en el momento de la convocatoria, pues en el aviso respectivo publicado en el Diario Oficial “El Peruano” se incluyó la capitalización de créditos como tema de agenda, y se citó a los accionistas a la reunión de Junta para que ejercieran el referido derecho.

¹³ Al respecto, en el considerando 29 de la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI se señala lo siguiente: “La Sala considera que si bien las reuniones de Junta de Acreedores son asambleas a las cuales les resulta aplicable el principio de unicidad, no puede dejar de considerarse que aquéllas se desarrollan sobre la base de agendas con temas específicos para los cuales se convoca a los acreedores y cuyo desarrollo demanda un orden indispensable que haga viable la negociación entre los acreedores. De esa forma, cada punto de agenda concluye con la votación de la propuesta y su correspondiente aprobación por parte de la Junta como medio de expresión de la voluntad de dicho órgano deliberativo. El proceso de formación de voluntad de la Junta, como es evidente responde a formalidades legales que deben ser cumplidas para que se encuentren dotadas de validez y eficacia, tales como los regímenes de quórum y mayorías previstas en la ley concursal. En tal sentido, así como los acreedores ajustan su actuación a tales formalidades cuando intervienen en Junta, la misma exigencia es aplicable a los accionistas cuando la ley permita su participación en la Junta de Acreedores en casos como cuando se debate un acuerdo de capitalización de créditos. Ello implica que el ejercicio de suscripción preferente que les reconoce la ley concursal deba realizarse en la oportunidad en que la Junta se encuentre discutiendo dicho punto de agenda, y no luego de haberse concluido la votación correspondiente, pues como establece expresamente el artículo 68.1 de la Ley General del Sistema Concursal, “cuando la Junta acuerde la capitalización de créditos, los accionistas (...) podrán en **dicho acto** ejercer su derecho de suscripción preferente”. (El subrayado y el agregado son originales).

¹⁴ Sentencia de fecha 04 de abril de 2011, recaída en el Expediente N° 00228-2009-PA/TC.

¹⁵ Ver considerando 64 de la sentencia del Tribunal Constitucional.

dos requisitos copulativos: primero, un conocimiento previo de las acciones a suscribir y de los montos necesarios para ello (información que debe estar contenida en el respectivo certificado de suscripción preferente); y, segundo, un lapso de tiempo posterior a dicho conocimiento para el ejercicio del derecho (representado por el procedimiento de dos ruedas establecido en la Ley General de Sociedades). No obstante, en el caso de una empresa sometida a concurso, atendiendo a la circunstancia especial de su gravedad económica, el TC indicó que se justifica morigerar el requisito de dos ruedas para el ejercicio del derecho de suscripción, aunque debe cumplirse siempre con establecer las acciones a suscribir y los montos necesarios para ello, como condición de un ejercicio razonable del derecho de suscripción preferente¹⁶.

En este punto, el TC expresó que el ejercicio adecuado de los derechos económicos, en una economía de mercado, depende en gran medida que los agentes económicos puedan tener acceso a la información pertinente; siendo que, en el caso del derecho de suscripción accionaria, dicho derecho se ve afectado si el accionista no conoce cuál es el monto pecuniario requerido para mantener su posición accionaria. Este aspecto adquiere mayor importancia cuando la Junta decide llevar a cabo la denominada “operación acordeón” (reducir a cero el capital social de la empresa deudora e, inmediatamente después, aumentar el mismo, vía capitalización de créditos), la cual puede generar una afectación grave a los derechos de propiedad, de asociación y de libre iniciativa privada¹⁷.

En lo que corresponde al momento para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, el Tribunal Constitucional también discrepó del análisis efectuado por INDECOPI, en el sentido que la señora Ibáñez tuvo oportunidad para ejercer su derecho de suscripción preferente cuando se discutió la aprobación de la Adenda N° 1 al Plan (en la que estaba contenida la propuesta de reducción

a cero del capital social y la posterior capitalización de créditos), pues la aprobación de dicha Adenda no podía significar la consumación de los acuerdos que contenía debido a que ello “dejaba a la recurrente en situación de indefensión si es que la misma pretendía la suscripción de acciones, pues la falta de un momento posterior a la aprobación de la Adenda para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, hacía la referida suscripción imposible, teniendo en cuenta la condición de pago íntegro y en efectivo de la suscripción”. En ese contexto, para el referido Tribunal, la Junta de Acreedores no solo colocó a la señora Ibáñez en una situación de indefensión, sino que además vulneró diversos derechos constitucionales de la accionante¹⁸.

La sentencia del TC permite identificar pautas especiales que deben tomar en cuenta las Juntas de Acreedores cuando pretendan aprobar acuerdos de capitalización de créditos simples o que involucren la previa reducción a cero del capital social de la empresa deudora (“operación acordeón”). Específicamente, tales pautas implican brindar información oportuna a los accionistas sobre la cantidad de acciones a suscribir y el monto dinerario necesario para ello (la cual debe estar contenida en el respectivo certificado de suscripción preferente); así como el establecimiento de dos momentos claramente diferenciados para que, de un lado, los acreedores aprueben el respectivo acuerdo de capitalización de créditos, y por otro lado, para que los accionistas ejerzan efectivamente el derecho de suscripción preferente que les reconoce la Ley.

IV. Eficacia y oponibilidad de los acuerdos de capitalización y condonación de créditos

a. El carácter vinculante de los acuerdos

Como se ha indicado, el artículo 68.3 de la LGSC dispone que los acuerdos de capitalización y

¹⁶ Ver considerando 64 de la sentencia del Tribunal Constitucional.

¹⁷ Como bien se explica en el considerando 50 de la sentencia del Tribunal Constitucional, una vez efectuada la reducción a cero (0) del capital social, los accionistas pierden la titularidad de todas sus acciones, es decir, su patrimonio accionario es afectado en el grado máximo (afectación del derecho de propiedad) y, como consecuencia de ello, también pierden la calidad de accionistas, esto es, el atributo jurídico que los hace pertenecer a la sociedad (afectación del derecho a la libre iniciativa privada y derecho de asociación). En el caso de la afectación del patrimonio accionario, ello es en principio irrecuperable, pues el ejercicio del derecho de suscripción preferente, en este caso, no restablecerá las acciones perdidas, sino simplemente dará la oportunidad a los socios de suscribir nuevas acciones, para lo cual deberán efectuar nuevos aportes y un nuevo esfuerzo de inversión económica.

¹⁸ Así, en el considerando 68 de la sentencia en mención se señala:

“La situación de indefensión en la que, tanto el procedimiento de suscripción preferente regulado en la Adenda N° 1 dejaba a la accionista recurrente, como la ausencia de una división entre el momento de aprobación de la Adenda y el momento de adopción del acuerdo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento de capital social, que implicó la ausencia de una nueva convocatoria donde se estableciese claramente la posibilidad de llevar a cabo la operación “acordeón”, llevan a concluir que en el presente caso se vulneraron los derechos de la accionista recurrente a la propiedad, la libre iniciativa privada y el derecho de asociación, además del debido proceso corporativo privado y el principio de interdicción de la arbitrariedad.”

condonación de créditos, en tanto sean adoptados por mayoría calificada, surtirán efectos respecto de la totalidad de acreedores del deudor, con excepción del acreedor tributario -tema que será abordado más adelante-.

Esta disposición destaca el poder que la Ley confiere a los acreedores organizados en Junta para tomar acuerdos con graves efectos patrimoniales, como son la capitalización y la capitalización de créditos. Como correlato a ello, la Ley garantiza que dicho poder se ejerza de manera efectiva a través de actos concretos en el interior del proceso, dotando a los acuerdos de fuerza vinculante frente al deudor y a todos los acreedores, incluso los que votaron en contra de la decisión mayoritaria y los que por cualquier motivo no se pronunciaron (bien porque no asistieron a la Junta; o, habiéndolo hecho, decidieron abstenerse de votar). De esta forma, el artículo 55° de la LGSC establece la inmediata ejecución de los acuerdos de Junta una vez que son aprobados, los cuales únicamente pueden ser suspendidos por resolución de la Comisión, a instancia de parte interesada, durante el trámite de un procedimiento de impugnación de acuerdos de Junta de Acreedores¹⁹.

Asimismo, en este punto cabe remarcar el carácter colectivo de las decisiones de capitalizar y condonar créditos, rasgo que caracteriza de manera particular a la legislación concursal nacional.

En efecto, en el caso de la capitalización de créditos, la LGSC no exige el consentimiento de cada acreedor afectado por dicha decisión, como sí se encuentra previsto en el derecho concursal español, que exige necesariamente la aceptación de los acreedores que capitalizan²⁰.

Por otra parte, en el caso de la condonación de créditos, aun cuando esta tiene su antecedente normativo más cercano en la condonación civil, no requiere que concurra un común acuerdo entre acreedor y deudor, como sí ocurre en aquella. Así, la figura de la condonación concursal opera con prescindencia de la voluntad del acreedor o,

incluso, de su oposición a la misma. Este rasgo característico de la condonación como institución civil (común acuerdo entre las partes) se quiebra dramáticamente en el procedimiento concursal, en el cual basta que la Junta de Acreedores adopte el acuerdo con el voto favorable de las mayorías establecidas en la ley para que el deudor quede liberado del pago de sus deudas, debido al carácter vinculante que la LGSC confiere a los acuerdos concursales.

Esta característica especial de la condonación concursal también es reconocida por legislaciones extranjeras, aunque con matices particulares. Así por ejemplo, aunque la legislación concursal española no requiere la aceptación del acreedor que condona, sino la expresión colectiva de la Junta, establece requisitos adicionales para que la condonación opere plenamente y despliegue los efectos queridos por las partes. Estos requisitos adicionales son la aprobación judicial del convenio -similar al Plan de Reestructuración en el Perú- y el cumplimiento de dicho instrumento contractual²¹.

En el Perú, es conocido que el procedimiento concursal no está a cargo del Poder Judicial, sino de una autoridad administrativa como INDECOPI (a través de las Comisiones de Procedimientos Concursales que operan en el ámbito nacional), la cual no tiene asignada la función de homologar o aprobar los acuerdos e instrumentos contractuales que se aprueban en Junta. En tal sentido, instrumentos como el Plan de Reestructuración no requieren una previa aprobación judicial o administrativas para que surtan efectos, pues el artículo 55.5 de la LGSC establece que todos los acuerdos de la Junta, incluyendo la aprobación del Plan, surten efectos frente al deudor y sus acreedores desde el momento en que son adoptados.

En cuanto al otro requisito exigido por la normativa española, referido al cumplimiento del convenio concursal, la legislación nacional contempla una regulación particular que está asociada a la eficacia de las disposiciones de condonación y capitalización de créditos incorporadas en un Plan

¹⁹ Ver el artículo 119° de la LGSC.

²⁰ Sobre esta exigencia, Ángel Rojo manifiesta lo siguiente: "Como quiera que el acreedor que convierte los créditos en capital deja de ser acreedor para pasar a ser accionista o socio de la sociedad concursada por la totalidad o parte del crédito, se exige el consentimiento expreso del titular de los créditos, es decir, se exige que el acreedor opte expresamente por la conversión, no pudiendo considerarse conforme a Derecho aquel convenio en el que se considere convertido el crédito en capital en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección por el acreedor." ROJO, Ángel. Contenido de la Propuesta de Convenio. En: Comentario de la Ley Concursal, Tomo II, Thomson Civitas, pp. 1870, 1888.

²¹ Respecto a estos requisitos, Ángel Rojo indica que "(...) la quita concursal presenta características propias que la separan de la condonación como modo general de extinción de las obligaciones, tal como lo regula el Código Civil. En este sentido, la quita es una condonación especial. En primer lugar, el efecto remisorio de la quita no se produce por el consentimiento individual del acreedor, y ni siquiera por el consentimiento de la colectividad crediticia. Para que esa remisión parcial tenga eficacia son

de Reestructuración, tema que será tratado más adelante.

b. Prohibiciones legales para capitalizar y condonar créditos

Aunque los acuerdos de capitalización y condonación de créditos tienen carácter vinculante respecto de la masa de acreedores, la LGSC contempla dos excepciones: una expresamente prevista en el artículo 68.3 comentado en el acápite precedente, relativa al caso de los créditos tributarios; y otra, que aunque no está incorporada explícitamente en el texto de la ley concursal, viene impuesta por normas de carácter constitucional, como es el caso de los créditos laborales.

b.1 El caso de los créditos tributarios

La LGSC solamente restringe expresamente la aplicación de las figuras legales de la condonación y la capitalización a los créditos de naturaleza tributaria. De manera específica, el tratamiento que la LGSC dispensa a los créditos de origen tributario se encuentra contemplado en el literal d) del artículo 48.3 de la citada Ley, que establece que "No serán capitalizados ni condonados los créditos. No obstante, pasará al quinto orden de preferencia la parte de los créditos de origen tributario que, encontrándose en el cuarto orden de preferencia, sea equivalente al porcentaje promedio capitalizado o condonado por los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos."

La prohibición de condonar y capitalizar créditos tributarios, ha explicado el Tribunal de INDECOPI²², se fundamenta en la necesidad de asegurar de algún modo la recuperación de los créditos que, por su origen, constituyen recursos administrados por el Estado que permiten el financiamiento de servicios y obras públicas en beneficio de la sociedad en su conjunto, situación que amerita un régimen de pago especial en atención al interés superior que se pretende tutelar. Además, en el caso específico de la prohibición de capitalizar créditos, tal restricción se justifica por la necesidad

de preservar las limitaciones que la Constitución Política del Perú impone a la actividad empresarial del Estado, las cuales podrían verse sobrepasadas en caso de fomentarse la participación accionaria del Estado en empresas concursadas a través de la capitalización de sus acreencias.

En este punto, es pertinente precisar que la LGSC, cuando se refiere a las acreencias tributarias, lo hace sin diferenciar entre el capital y los intereses; de este modo, la prohibición de capitalizar y condonar alcanza por igual a todos los componentes de la deuda tributaria. Por tanto, no es válido que en un Plan de Reestructuración se aprueba capitalizar o condonar créditos tributarios, ya sea en cuanto al capital o a los intereses, en su totalidad o parcialmente.

Ahora bien, aunque los créditos tributarios no pueden ser objeto de capitalización ni condonación, la LGSC busca que el Acreedor Tributario comparta también, en alguna magnitud, el sacrificio patrimonial que debe soportar el colectivo de acreedores cuando se adopta acuerdos de condonación y capitalización de acreencias. Para ello, la norma concursal establece que los créditos tributarios pasarán del cuarto al quinto orden de preferencia en proporción equivalente al porcentaje promedio capitalizado o condonado por los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos.

En tal sentido, a fin de determinar en cada caso qué parte de los créditos tributarios perderán su orden de preferencia original, la Comisión deberá identificar: (i) cuál es el orden de preferencia en el cual existe el mayor monto de créditos reconocidos (sin que para ello sea relevante que los titulares de dichos créditos se hayan o no apersonado al procedimiento de manera oportuna y, por tanto, si gozan o no de derechos políticos al interior de la Junta de Acreedores); y, (ii) cuál es el porcentaje promedio de capitalización o condonación de créditos en dicho orden de preferencia. Efectuado este cálculo, se determinará la proporción de créditos tributarios que deberán ser traspasados al quinto orden de preferencia.

requisitos necesarios el consentimiento del porcentaje del pasivo ordinario establecido por la Ley para la aceptación de la propuesta de convenio, la aprobación de ese convenio por el juez del concurso y el cumplimiento del convenio. Los efectos de la quita se desplazan, pues, desde la aprobación judicial del convenio hasta la declaración judicial de cumplimiento. El convenio de quita equivale a un *pactum de non pretendo* de la diferencia, de duración limitada: si se cumple el convenio, la quita o remisión pactada produce plenos efectos, extinguiéndose el crédito en la parte que haya sido objeto de esa quita; y, si se incumple, el acreedor readquiere el derecho a la satisfacción de la totalidad del crédito reconocido, la cual tendrá lugar en fase de liquidación. (...)". ROJO, Ángel. Op. Cit., pp. 1870, 1871.

²² Ver Resolución N° 0707-2006/TDC-INDECOPI de fecha 29 de mayo de 2006, recaída en el Expediente N° 124-2001/CRP-ODI-CCPL.

No obstante, la regla antes mencionada, es pertinente señalar que el tratamiento que la LGSC brinda a los créditos tributarios, exceptuándolos de los acuerdos de condonación y capitalización, no se condice con dos principios fundamentales del Derecho Concursal, a saber: (i) el principio de proporcionalidad, recogido en el Artículo VI del Título Preliminar de la LGSC, según el cual “los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, ante la imposibilidad de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes”²³; y, (ii) el principio de *par conditio creditorum*, según cual todos los acreedores concurren al concurso en pie de igualdad a fin de recibir un trato igualitario en la distribución de las pérdidas originadas por el concurso. Además, en el terreno práctico, dicho trato privilegiado puede resultar contraproducente a los intereses de la masa de acreedores, en aquellos casos en que el patrimonio en concurso se encuentra expuesto a fuertes cargas tributarias de las cuales puede depender la viabilidad de la empresa deudora.

Incluso la fórmula legal de traspasar parte de los créditos tributarios al quinto orden de preferencia no parece ser una alternativa convincente frente a la prohibición de capitalizar y condonar acreencias tributarias, toda vez que los procesos de reestructuración patrimonial no persiguen la liquidación del patrimonio del deudor, por lo que, en principio, el pago de los créditos no depende del orden de preferencia previsto en la Ley²⁴, sino de las posibilidades reales de que el negocio sea rehabilitado y reflotado.

b.2 El caso de los créditos laborales

A diferencia de los créditos tributarios, la LGSC no prohíbe expresamente la capitalización o condonación de los créditos laborales. Esto ha motivado que el Tribunal de INDECOPI, vía jurisprudencia administrativa, haya desarrollado criterios para resolver los conflictos suscitados en aquellos procedimientos concursales en los que se ha pretendido capitalizar o condonar créditos laborales, los cuales se sustentan fundamentalmente en el mandato constitucional de irrenunciabilidad de derechos laborales.

Así, mediante Resolución N° 0707-2006/TDC-INDECOPI de fecha 29 de mayo de 2006, dicho Tribunal se aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“Es inválido cualquier acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores, mediante el cual los acreedores titulares de créditos de origen laboral y previsional renuncien o sean privados de los derechos de cobro que la Constitución Política del Perú y la Ley les reconoce, atendiendo al carácter irrenunciable de tales derechos, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 26° de la Constitución Política del Perú.

En el caso referido en el párrafo anterior, corresponderá a la autoridad concursal declarar, de oficio, la nulidad del acuerdo adoptado, en ejercicio de la atribución conferida por el numeral 2 del artículo 118° de la Ley General del Sistema Concursal.”

El citado precedente de observancia obligatoria fue expedido en el marco del procedimiento concursal de la empresa Sociedad Industrial Textil S.A. -Sitex. En ese caso, en Junta de Acreedores llevada a cabo el 6 de febrero de 2004, se aprobó el Plan de Reestructuración de Sitex incluyendo una cláusula de condonación del 100% de las obligaciones de la empresa. Dicho acuerdo fue objeto de una impugnación por diversos acreedores de la concursada (AFP Integra, AFP Unión Vida, Banco Continental y Banco Internacional del Perú - INTERBANK), la cual, sin embargo, fue desestimada por la Comisión mediante Resolución N° 7093-2005/CCO-INDECOPI del 9 de mayo de 2005. En dicho acto, se argumentó que la LGSC permite a la Junta de Acreedores aprobar la condonación de créditos de cualquier naturaleza, con excepción de aquellos de origen tributario, como uno de los mecanismos previstos para el reflotamiento de la empresa en concurso.

El Tribunal de INDECOPI conoció el caso en mérito a la apelación planteada por AFP Unión Vida, lo que le permitió declarar la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores de Sitex²⁵ y

²³ Con relación a este principio, la Exposición de Motivos de la LGSC indica lo siguiente: “Se presenta aquí la idea de la proporcionalidad, en función de la cual los acreedores deben internalizar la crisis del deudor y redistribuir, en la mayoría de casos, las pérdidas del concursado de manera eficiente.”

²⁴ Conforme a lo establecido en el artículo 69.1 de la LGSC, el orden de preferencia establecido para el pago de los créditos no es de aplicación en los casos en que se acuerde la reestructuración, con excepción de la distribución entre los acreedores del producto de la venta o transferencia de activos fijos del deudor.

²⁵ En la parte considerativa de la Resolución N° 0707-2006/TDC-INDECOPI se fundamentó la nulidad del acuerdo en los siguientes términos: “Ahora bien, con relación al acuerdo de condonación de los créditos laborales incorporado en el Plan de

establecer como criterio general de interpretación de la legislación concursal, que no son válidos los acuerdos que adopte la Junta que importen la renuncia o la restricción en los derechos de cobro de los acreedores laborales, haciendo prevalecer el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales consagrado en la Constitución Política del Perú. Sobre este punto, el Tribunal precisó que “la irrenunciabilidad de los derechos laborales prevista por la norma constitucional no le otorga a tales derechos el carácter de indisponibles, al menos no de manera absoluta. De acuerdo a la finalidad protectora que subyace al referido principio, la prohibición alcanza a todos aquellos actos del trabajador que impliquen una renuncia o abandono de sus derechos, lo cual conlleva la pérdida de los beneficios patrimoniales objeto de los mismos, mas ello no impide que el trabajador pueda transferir, compensar e incluso gravar tales derechos, si es que estos actos de disposición no importan una renuncia en la medida que la contraprestación que perciba le genere un beneficio económico.”

La irrenunciabilidad de los derechos laborales emanada del texto constitucional, que no puede ser desconocida en el marco de un procedimiento concursal²⁶, se sostiene en el carácter alimentario de las remuneraciones y beneficios sociales que percibe el trabajador por su trabajo, los cuales son ingresos que destina a atender su subsistencia y

la de su familia, y cuya afectación le privaría de los medios económicos necesarios para cubrir las necesidades básicas de su hogar.

En tal sentido, de acuerdo al precedente dictado por el Tribunal de INDECOPI, queda claro que no son válidos los acuerdos de condonación de créditos laborales por implicar la renuncia a derechos laborales cuya protección está dada por mandato constitucional. La prohibición no solo alcanza a los créditos laborales generados hasta la fecha de difusión del procedimiento concursal, sino también a los intereses que se generen durante el transcurso del plazo previsto para el pago de los créditos reprogramados en un instrumento concursal (sea un Plan de Reestructuración o un Acuerdo Global de Refinanciación), tal como la ha establecido el Tribunal de INDECOPI en la Resolución N° 0875-2007/TDC-INDECOPI del 28 de mayo de 2007²⁷.

De otro lado, en el caso de los acuerdos de capitalización de créditos laborales, aunque el precedente Sitex no aborda y analiza ese tema, sí otorga una base conceptual para considerar que es posible pactar ello. En efecto, si bien el referido precedente determina que no son válidos los actos de renuncia de derechos laborales aprobados en el proceso concursal, reconoce que se presenta una situación jurídica distinta en el caso de otros actos que, sin importar renuncia de derechos,

Reestructuración de Sitex, esta Sala considera que dicha estipulación es inválida y acarrea la nulidad de dicho acuerdo, toda vez que, conforme al análisis efectuado en el acápite III.3 de la presente resolución, la cláusula de condonación de créditos de naturaleza laboral importa una renuncia de los derechos de cobro de beneficios sociales que la ley reconoce a los trabajadores, los cuales son irrenunciables por mandato constitucional y, por tanto, no pueden ser declinados por su titular o desconocidos por terceros como la colectividad de acreedores, aun en situaciones excepcionales como el régimen concursal, en el cual la mayoría de acreedores reunidos en Junta tienen, en principio, la facultad de modificar las relaciones de crédito comprendidas en el procedimiento.”

²⁶ Respecto al mandato constitucional de irrenunciabilidad de derechos laborales, en la Resolución N° 0707-2006/TDC-INDECOPI el Tribunal de INDECOPI sentenció de manera concluyente que dicho principio debe ser celosamente respetado en toda instancia del procedimiento concursal. Así, en la parte considerativa de dicho acto se asevera lo siguiente: “Siendo la Constitución la norma fundamental sobre la cual se erige el ordenamiento jurídico, sus disposiciones prevalecen sobre la ley y las demás normas de inferior jerarquía. Por tanto, debe entenderse que el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales resulta aplicable no sólo en el supuesto previsto en el numeral 2 del artículo 69° de la Ley General del Sistema Concursal, sino que su ámbito de protección se extiende a todos aquellos actos realizados por los acreedores laborales en el marco de la Junta de Acreedores y, en general, durante el procedimiento concursal que pudieran significar una renuncia a ejercer su derecho de cobro”.

²⁷ La referida resolución recayó en el Procedimiento Concursal Preventivo de la empresa Cyrsa Contratistas Generales S.R.L. En dicho procedimiento, la Junta de Acreedores aprobó un Acuerdo Global de Refinanciación (AGR) en el cual se aprobó la exención del pago de intereses del íntegro de los créditos comprendidos en el procedimiento, incluidos los créditos laborales y previsionales (tanto de aquellos devengados hasta la fecha de aprobación del AGR, como de aquellos por devengarse durante la ejecución de dicho convenio). Dicho acuerdo fue impugnado por diversos acreedores previsionales (AFP Integra, AFP Profuturo y AFP Horizonte), los cuales alegaban que la exención general del pago de los créditos por intereses violaba el mandato constitucional que establece que los créditos de naturaleza laboral son irrenunciables. Tanto la Comisión competente como el Tribunal de INDECOPI consideraron que, efectivamente, el acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores era nulo, por lo que declararon fundada la impugnación y ordenaron que la Junta se volviera a reunir para aprobar un nuevo acuerdo sobre la aprobación del AGR. Al respecto, el Tribunal de INDECOPI consideró que el acuerdo de exención de los intereses devengados hasta la fecha de aprobación del AGR importaba una condonación de dichos créditos y, en ese sentido, la extinción de los mismos. Sin embargo, precisó que, a diferencia de los demás créditos comprendidos en el concurso, los intereses generados del capital de los créditos laborales no pueden ser objeto de renuncia por parte de sus titulares, considerando que los mismos se originan en derechos de crédito derivados de la falta de pago de remuneraciones y beneficios sociales reconocidos por la Ley y a los cuales el artículo 26° de la Constitución Política del Estado les atribuye la condición de irrenunciables.

implican una disposición de los mismos²⁸. Ese criterio sería aplicable a la capitalización, en la medida que dicha operación puede calificar como un acto de disposición a título oneroso, en virtud del cual los trabajadores aportan su derecho de crédito a cambio la entrega de acciones de la empresa en concurso.

Aunque el aspecto crítico de este planteamiento gira en torno al valor que podrían tener las acciones de una empresa en concurso que se entreguen como medio de pago de adeudos laborales (y en general, de créditos concursales), ello ciertamente podría ameritar una evaluación caso por caso para evitar que se configuren situaciones claramente abusivas en perjuicio de los acreedores laborales. Sin embargo, no debe descartarse que en determinadas ocasiones, la capitalización de créditos laborales no solamente contribuye a lograr la efectiva reestructuración de la empresa en concurso, sino que permite también involucrar activamente en dicho proceso a los trabajadores, que pueden constituir uno de los grupos más interesados en que la empresa se mantenga en el mercado desarrollando sus actividades.

Un último tema que vale la pena mencionar es el relativo a la capacidad del representante de los créditos laborales para votar a favor de la adopción de acuerdos que pueden involucrar la disposición de los derechos laborales del colectivo de trabajadores que cuentan con créditos reconocidos por la Comisión.

Como se sabe, la LGSC ha instituido un mecanismo especial que regula la participación de los trabajadores en el proceso concursal. Así, conforme al artículo 47.1 de la citada Ley, los créditos derivados de remuneraciones y beneficios sociales son representados en Junta de Acreedores por la persona que designe el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo conforme al procedimiento previsto a tal efecto. La norma en mención es clara en señalar que el

representante designado cuenta con facultades suficientes para la adopción de cualquiera de los acuerdos previstos en la Ley. No obstante, tal como ha explicado el Tribunal de INDECOPI en la Resolución N° 0029-2003/SCO-INDECOPI del 21 de enero de 2003, si bien en virtud de dicha representación legal, el representante laboral puede adoptar acuerdos que hagan viable la negociación entre sus representados y los demás acreedores, las facultades que otorga dicha representación no son suficientes frente a acuerdos que tengan por objeto la disposición de derechos laborales reconocidos por Ley.

Es por ello que en el precedente Sitex, el Tribunal de INDECOPI precisó que “todo acto de disposición de derechos laborales llevado a cabo por el representante sin autorización de sus representados -con excepción de la renuncia de los derechos laborales, la cual (...) está prohibida incluso a sus propios titulares- no resulta oponible a estos últimos, toda vez que, para realizar dicha clase de actos, se requiere que los acreedores laborales presten su consentimiento expreso para tal efecto, considerando la afectación patrimonial que podría significarles la disposición de sus derechos de crédito.” En consecuencia, negada la posibilidad de que los créditos laborales sean condonados en el procedimiento concursal (aun cuando los propios trabajadores así lo deseen), para que el representante de los créditos laborales pueda, de manera válida, votar a favor de una propuesta de capitalización que comprenda también a dichas acreencias, será necesario que cuente con la autorización expresa de cada uno de sus representados a tal efecto.

c. La eficacia y oponibilidad de los acuerdos

Los artículos 68.3 y 68.5 de la LGSC regulan dos aspectos centrales en esta materia: los efectos que despliegan los acuerdos de condonación y capitalización de créditos en el concurso, así como los términos en que tales acuerdos son oponibles a los acreedores que votaron en contra, que no

²⁸ Para sustentar ello, en la Resolución N° 0707-2006/TDC-INDECOPI que aprobó el precedente comentado, se incluyó la siguiente cita de autoría de Mario Pasco:

“(…) El derecho o facultad de disposición es uno de los atributos inherentes al derecho de propiedad, y comprende no sólo la capacidad para renunciar, sino para transferir. Los derechos laborales, como todo derecho, son bienes que pertenecen al patrimonio del trabajador, el cual tiene respecto de ellos un derecho de propiedad (...). Los derechos laborales son transferibles: un trabajador puede disponer de ellos, en tanto la transferencia sea onerosa y no conlleve renuncia. Así, por ejemplo, la legislación peruana, que confiere preferencia absoluta a los créditos laborales frente a cualquier acreencia contra el empleador, contempla que dicho privilegio se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de tales obligaciones (artículo 2° del Decreto Legislativo N° 856). Si los derechos laborales fueran indisponibles, tal posibilidad estaría cerrada. (...) Si la ley dispone la irrenunciabilidad de derechos, no excluye necesariamente la indisponibilidad de ellos, sino solo de aquellos actos de disposición que importen una renuncia. (...) La renuncia es un acto de disposición gratuito: la renuncia es necesariamente gratuita. La disposición puede serlo, aunque por lo común es onerosa, como sucede sin más en una compraventa, por ejemplo. (...)” (El subrayado es agregado).

estuvieron presentes o que no formaron parte de la Junta al momento de la votación.

En las secciones anteriores se ha señalado que, de conformidad con el artículo 68.3 de la LGSC, los acuerdos de capitalización y condonación de créditos surten efectos respecto de la totalidad de acreedores -con excepción de los tributarios y laborales-, cuando hayan sido aprobados por las mayorías previstas en el artículo 53.1 de citada Ley. De esta forma, la ley concursal ratifica la opción del legislador de dotar de fuerza vinculante universal al Plan de Reestructuración y a todos los pactos que se integran a dicho instrumento concursal, siempre que la voluntad de la Junta, expresada como colectivo, se traduzca en acuerdos formados de conformidad con el ordenamiento jurídico; es decir, en reuniones válidamente convocadas e instaladas, con el voto favorable de las mayorías respectivas y en observancia y sujeción al marco legal en su conjunto.

Según el marco de aplicación de la LGSC, así como de las normas concursales que la precedieron, la regla general es que la eficacia de todos aquellos acuerdos que se incorporan en el Plan de Reestructuración respecto al capital y a los intereses adeudados, no está supeditada a la ejecución íntegra de dicho instrumento concursal. Así, todos los pactos integrados al Plan -incluyendo la capitalización o condonación de créditos- surten efectos y son oponibles en el concurso desde la fecha de su aprobación, salvo que la propia Junta de Acreedores haya establecido algo distinto.

Esta pauta de interpretación acerca de la eficacia del Plan de Reestructuración fue establecida por el Tribunal de INDECOPI en la Resolución N° 256-97-TDC de fecha 22 de octubre de 1997, que aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“Los acuerdos adoptados en el plan de reestructuración respecto a la cuantía del capital y a la tasa de interés, subsisten aún después de la finalización de la vigencia de dicho plan a causa del incumplimiento por parte del deudor, toda vez que la eventual reducción de la deuda y/o de la tasa de interés, importa la renuncia por parte del acreedor a dicha diferencia, salvo que al aprobarse el Plan, o con posterioridad, la Junta establezca algo distinto.”

²⁹ El artículo 110° de la LGSC dispone que “cuando el deudor incumpla con el pago de alguna de sus obligaciones en los términos establecidos en el Acuerdo Global de Refinanciación, este quedará automáticamente resuelto. En este caso, cualquier acreedor podrá solicitar el pago de los créditos que mantuviera frente al deudor, en las vías que estime pertinente y en las condiciones originalmente pactadas.”

Como se aprecia, el precedente antes citado busca hacer prevalecer las condiciones pactadas en un Plan de Reestructuración frente a todas aquellas condiciones pactadas en el contexto de las relaciones contractuales originarias de las cuales se devengaron los créditos sometidos al concurso. Ello, en la medida que el Plan es un acuerdo posterior entre el deudor y los acreedores que precisamente modifica las referidas condiciones originarias. Sin embargo, no debe perderse de vista que el precedente bajo comentario admite la posibilidad de que los acreedores pacten algo distinto y, de ese modo, autorregulen sus intereses de la manera que mejor estimen conveniente. Según el marco de la autonomía privada que el ordenamiento les reconoce, los acreedores pueden pactar libremente los efectos que tendrá el incumplimiento del deudor sobre los demás acuerdos contenidos en el Plan, como puede ser un acuerdo de capitalización o condonación de créditos.

Así, por ejemplo, si en un Plan de Reestructuración se pacta capitalizar y/o condonar parte de los créditos adeudados, y el pago del saldo se reprograma a un plazo de 5 años, la condonación y/o capitalización operará al margen de si se cumple o no con el pago oportuno del saldo, salvo que en el propio Plan se incluya una cláusula que disponga dejar sin efecto el acuerdo de condonación y/o capitalización en caso se incumpla con los plazos de la reprogramación, supuesto en el cual los acreedores podrán exigir el pago de sus créditos en las condiciones originalmente pactadas, tal como ocurre en la actualidad cuando se incumple un Acuerdo Global de Refinanciación en el marco del Procedimiento Concursal Preventivo²⁹.

Por otra parte, con relación a la oponibilidad de los acuerdos de condonación y capitalización de créditos, el artículo 68.5 de la LGSC regula de qué manera tales acuerdos son oponibles a los acreedores que votaron en contra, o que no estuvieron presentes o no formaron parte de la Junta al momento de la votación, estableciendo una fórmula a la que puede denominarse de “mínima afectación”. En resumidas cuentas, aquella determina que al grupo de acreedores disidentes, ausentes u omisos, debe ofrecérseles, cuando menos, las mismas condiciones de capitalización o condonación de créditos aplicables al grupo de acreedores que, habiendo votado a favor, hayan resultado menos afectados con tales decisiones.

Para poner en práctica esta regla, se debe partir por determinar, primero, qué grupos de acreedores votaron a favor de las propuestas de capitalización y/o condonación de créditos, y luego, entre tales grupos, identificar cual resultó menos afectado. Nos parece evidente que al efectuar dicho análisis es necesario excluir a aquellos acreedores que, por mandato legal, están impedidos de capitalizar o condonar sus créditos -como los acreedores laborales y tributarios-, los cuales, debido a dicha situación especial, pueden ser proclives a pronunciarse siempre a favor de la capitalización y/o condonación de los créditos de los demás acreedores. Ello es de vital importancia para una correcta aplicación del artículo 68.5 de la LGSC, pues si se pasa por alto dicho presupuesto, cualquier análisis conduciría a la indefectible conclusión de que, en todos los casos, los acreedores disidentes, ausentes u omisos no tendrían obligación alguna de capitalizar o condonar al serles aplicables las mismas condiciones que a los acreedores que están impedidos de hacerlo, lo que distorsionaría los fines de la norma³⁰.

V. Acuerdos de capitalización y condonación de créditos adoptados en ejercicio abusivo del Derecho

El artículo 118° de la LGSC regula el procedimiento de impugnación de acuerdos de Junta de Acreedores. En tal sentido, establece que el deudor o los acreedores que en conjunto representen créditos de cuando menos el 10% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión, podrán impugnar los acuerdos adoptados en Junta, sea por el incumplimiento de las formalidades legales, por inobservancia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, o porque el acuerdo constituye el ejercicio abusivo de un derecho. Asimismo, dicho dispositivo faculta también a la autoridad administrativa a declarar, de oficio, la nulidad de los acuerdos adoptados en Junta en los mismos supuestos señalados anteriormente.

En los casos de capitalización y condonación de créditos, las impugnaciones o las acciones de nulidad de oficio que se formulan por incumplimiento de formalidades legales o por inobservancia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico están referidas, por lo general, a defectos en la convocatoria a Junta, la capacidad de los representantes de los acreedores para actuar en Junta, el cómputo del quórum y las mayorías para la aprobación de los acuerdos, el procedimiento seguido para asegurar el derecho de suscripción preferente de los accionistas, la vulneración de normas expresas que prohíben la capitalización y condonación de créditos tributarios, así como la condonación de créditos laborales, entre otros temas que ya han sido analizados previamente en el presente artículo.

No obstante, el supuesto de ejercicio abusivo del derecho contemplado en el artículo 118° de la LGSC enfrenta una gama distinta de situaciones que no siempre son de fácil detección y resolución. Por tal razón, mediante Resolución N° 104-96-TDC, el Tribunal de INDECOPI desarrolló un criterio de análisis para identificar aquellos casos en que se configure un supuesto de abuso de derecho, indicando que para ello deben concurrir los siguientes elementos: (i) que el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento; (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio; (iii) que al causar tal perjuicio el interés afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica; y, (iv) que se desvirtúen manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe. Dicho pronunciamiento fue explícito en señalar que imprescindible concurrencia de los cuatro elementos antes indicados para que se configure el abuso de derecho, de modo que la ausencia de alguno de ellos determinaría la inexistencia de tal figura.

³⁰ En la práctica administrativa, sin embargo, este presupuesto no viene siendo considerado. Así, por ejemplo, en la Resolución N° 0909-2009/SC1-INDECOPI de fecha 27 de agosto de 2009, recaída en el Expediente N° 018-2004/CCO-ODI-UDP-03-06, el Tribunal de INDECOPI revocó la decisión de primera instancia de reducir los créditos reconocidos a favor de Euroform S.R.L. frente a Negusa Corp S.A. como consecuencia del acuerdo de condonación aprobado por la Junta de Acreedores de esta última. En dicha Resolución, el Tribunal consideró que a Euroform S.R.L. le resultaba oponible el acuerdo de condonación de créditos en los mismos términos que a los acreedores que votaron a favor y que se vieron menos afectados con dicha medida, es decir, los acreedores laborales, cuyos créditos no fueron condonados en absoluto.

En igual sentido, en la Resolución N° 1175-2009/SC1-INDECOPI de fecha 27 de octubre de 2009, recaída en el Expediente N° 0263-1999-03-135/CRP-ODI-ULI, el Tribunal de INDECOPI revocó la decisión de primera instancia de reducir los créditos reconocidos a favor del señor Luis Castillo Huamán frente a Corporación Andina de Distribución S.A.C. como consecuencia del acuerdo de capitalización aprobado por la Junta de Acreedores de esta última. En dicha Resolución, el Tribunal consideró que al señor Castillo le resultaba oponible el acuerdo de capitalización de créditos en los mismos términos que a los acreedores que votaron a favor de la aprobación del Plan de Reestructuración y que se vieron menos afectados con la capitalización estipulada en dicho instrumento, es decir, los acreedores tributarios, pues respecto a ellos no se acordó capitalización alguna de sus créditos.

En general, es muy beneficioso que la norma concursal peruana establezca el abuso de derecho como causal para declarar la nulidad de un acuerdo de Junta, pues por esa vía es posible revertir decisiones adoptadas por la mayoría de acreedores que exceden los límites fijados por el legislador al reconocerles el derecho o prerrogativa de tomar decisiones en el procedimiento concursal. Esta consideración adquiere aún mayor significación en los casos en que se aprueban acuerdos de capitalización y condonación de créditos, teniendo en cuenta los importantes efectos que tales decisiones generan en la esfera patrimonial de los acreedores y de los accionistas de la empresa deudora. Así, contar con un mecanismo de revisión de acuerdos que contempla la causal de abuso de derecho otorga a la autoridad concursal, frente a decisiones de capitalización y condonación de créditos, un poderoso instrumento para frenar cualquier intento de imponer sobre las minorías acuerdos que resulten manifiestamente lesivos a sus intereses o que distorsionen los fines del concurso³¹.

En el caso específico de la capitalización de créditos, debe tenerse en cuenta que dicha operación representa un alto riesgo para el acreedor que capitaliza, en la medida que obtendrá acciones que no le permitirán tener algún nivel de injerencia en la gestión de la empresa concursada en tanto dure la reestructuración patrimonial, porque de conformidad con el artículo 63.1 de la LGSC,

durante dicho proceso se mantiene en suspenso la competencia de la Junta de Accionistas, cuyas funciones son asumidas por la Junta de Acreedores. Este riesgo es real si se considera que el referido órgano concursal puede, en cualquier momento, variar el destino de la empresa de reestructuración a liquidación, supuesto en el cual la parte de los créditos que fueron capitalizados serán puestos "al final de la cola" para su cobro, dado que en los procesos de liquidación, los accionistas solo tienen derecho a los bienes sobrantes y al remanente, tal como lo dispone el artículo 88.10 de la LGSC³². Incluso en el supuesto que ello no ocurra y la reestructuración concluya de manera exitosa, el acreedor que capitalizó puede terminar en una posición endeble dentro de la sociedad, en caso resulte siendo accionista minoritario³³.

En línea con lo establecido en la Resolución N° 104-96-TDC antes mencionada, al evaluar si la adopción de un acuerdo de capitalización o condonación de créditos conlleva un ejercicio abusivo del derecho, es necesario verificar que concurren los cuatro elementos señalados en el citado acto administrativo. Por lo general, los tres primeros elementos están presentes en este tipo de acuerdos, pues (i) el derecho de adoptar acuerdos de capitalización y condonación de créditos está formalmente reconocido en la Ley concursal; (ii) la aprobación de ambos acuerdos vulnera el interés de aquellos acreedores que no están de acuerdo con capitalizar o condonar, causándoles

³¹ En este punto, a modo de referencia, es pertinente mencionar que la Ley Concursal española (Ley N° 22/2003, de 9 de julio), permite la incorporación de cláusulas de conversión de créditos en acciones de manera alternativa, pero prohíbe que la conversión se formule como contenido único del convenio. Es decir, sólo admite los convenios con cláusulas de conversión si la propuesta de convenio ofrece a todos los acreedores, o a parte de ellos, la facultad de elegir entre diversas alternativas.

³² Para reducir este riesgo, lo que viene ocurriendo en la práctica es que los Planes de Reestructuración incorporan esquemas integrales de extinción de obligaciones en los cuales la capitalización de créditos es una de las distintas fórmulas empleadas por la Junta para superar la situación de concurso del deudor, con lo cual se garantiza la estabilidad y seguridad de la inversión que realizan los acreedores que capitalizan. Así, por ejemplo, los Planes incluyen también simultáneamente acuerdos de condonación y novación de créditos, de modo que luego de llevarse a cabo ese conjunto de operaciones, se pueda acreditar ante la autoridad la extinción de todas las deudas, la conclusión del proceso y la devolución de la empresa a sus accionistas para que retomen su administración. Inclusive, en varios casos se ha observado que la aprobación del Plan de Reestructuración con la inserción de este tipo de acuerdos está precedida de la venta de importantes volúmenes de créditos a terceros inversionistas interesados en tener participación en el capital social de la empresa para que, una vez producida la conclusión del proceso concursal, asuman el control y gestión de la misma. En el Perú, casos emblemáticos en los que se ha aplicado este esquema de reestructuración corresponden a los procedimientos concursales de Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (Canal 4), Trupal S.A. y Empresa Siderúrgica del Perú S.A.A. - SIDERPERU.

³³ Con relación a este tema, comentando la legislación española, Raúl Bercovitz considera que la entrada en minoría del acreedor en el capital social de la concursada representa uno de los principales obstáculos para que los acreedores acepten la conversión de sus créditos en acciones o participaciones. Por ello, dicho autor señala que "cabría plantearse si, para eliminar este obstáculo, sería posible plantear en la propuesta de convenio condiciones que garantizaran, a los acreedores que convierten sus créditos en acciones o participaciones, unas mínimas garantías o normas que reforzaran su posición en la sociedad que ofrece la condición de socio. Esto podría hacerse introduciendo, como parte de la propuesta de conversión, la introducción simultánea de modificaciones estatutarias que introdujesen algún tipo de salvaguarda de los derechos e intereses de los minoritarios. Así, por ejemplo, acordando que, junto con el acuerdo de aumento de capital, se adopten acuerdos introduciendo mayorías reforzadas para la adopción de ciertos acuerdos societarios, o el establecimiento de derechos de información reforzados o traslación a la esfera de la Junta de accionistas de ciertos asuntos que, de otra forma, serían gestionados por el órgano de administración de la sociedad". BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl. La conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad concursada (artículo 100.2 L.C.). En: Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales. II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil. Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 381-382.

un perjuicio; y, (iii) el interés de los acreedores que son forzados a capitalizar y condonar sus créditos no está protegido por una específica prerrogativa jurídica, pues aunque el artículo 68.5 de la LGSC establece una regla de mínima afectación para los acreedores disidentes, ausentes y omisos, no los exceptúa de quedar bajo los alcances de los acuerdos en cuestión.

Siendo ello así, el tema que normalmente se discute en estos casos se refiere a la concurrencia del cuarto elemento que es mencionado en la Resolución N° 104-96-TDC, esto es, que los acuerdos desvirtúen manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe. De acuerdo con la jurisprudencia emitida por el Tribunal de INDECOPI, el análisis de este elemento en los casos de capitalización y condonación de créditos se efectúa principalmente desde dos enfoques: racionalidad económica de la decisión y trato no discriminatorio entre los acreedores. El primer enfoque implica verificar que la decisión de los acreedores esté justificada en razones objetivas y legítimas que los conduzca a determinar la conveniencia de capitalizar o condonar sus créditos en cada caso en particular; mientras que, a través del segundo enfoque, se busca confirmar que los términos acordados de la capitalización y la condonación no sean arbitrarios y no sirvan en la práctica como medio para perjudicar los derechos de los acreedores minoritarios.

Para graficar de mejor manera ambos enfoques es pertinente revisar algunos casos que han ameritado pronunciamientos por parte de dicha autoridad.

En el procedimiento concursal de la empresa Trefilados y Derivados S.A. - TREFIDE, la Junta de Acreedores aprobó un Plan de Reestructuración en el que se acordó condonar el 50% de los créditos adeudados por la empresa, con excepción de los créditos laborales y tributarios. Dicho acuerdo fue impugnado por Banco de Crédito del Perú alegando, entre otros aspectos, un ejercicio abusivo del derecho por parte de los acreedores mayoritarios al adoptar dicho esquema de remisión de adeudos.

El Tribunal de INDECOPI, al conocer el caso³⁴, confirmó la decisión de la Comisión que

desestimó la impugnación, indicando que el Plan de Reestructuración de TREFIDE fue aprobado por mayoría calificada (74,92% de los créditos asistentes a Junta), tal como exige la LGSC. En el extremo puntual del presunto abuso de derecho alegado por el Banco, dicho Tribunal manifestó que el Plan "no involucra el ejercicio abusivo de un derecho, pues no desvirtúa los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento concursal reconoce a los acreedores el derecho de decidir los mecanismos más eficientes de recuperación de sus créditos, en la medida que dicha decisión afecta por igual a todos los acreedores respecto de los cuales surte efectos." En su resolución, el Tribunal dejó claramente establecido que "en la medida que el acuerdo de condonación de créditos se adopte cumpliendo las formalidades exigidas legalmente y no resulte discriminatorio afectando los derechos de unos acreedores frente a otros, la toma de dicho acuerdo constituye un accionar legítimo que no involucra abuso de derecho alguno."

En el procedimiento concursal de la empresa Sitex, la Junta de Acreedores aprobó un Plan de Reestructuración en el que se acordó condonar todos los créditos adeudados por la empresa, con excepción de los créditos tributarios. Como se ha explicado en la sección IV.b.2 de este artículo, dicho acuerdo de condonación, en el extremo referido a los créditos laborales, fue declarado nulo por el Tribunal de INDECOPI por violar el mandato constitucional de irrenunciabilidad de los adeudos laborales. Sin perjuicio de ello, de manera adicional, dicho Tribunal también analizó la validez del acuerdo de condonación respecto del íntegro de los créditos adeudados por Sitex, determinando que el mismo involucraba un ejercicio abusivo del derecho por parte de los acreedores mayoritarios de dicha empresa.

En su pronunciamiento, el Tribunal indicó que la decisión de condonar debe sustentarse en criterios objetivos de racionalidad económica que justifiquen la pérdida del derecho de cobro, ponderando los beneficios que finalmente reportará dicho sacrificio patrimonial para lograr el saneamiento de la empresa y, de esa forma, poder optimizar su capacidad de pago en el mediano o largo plazo. En ese sentido, según refirió el Tribunal, "no resulta extraño que un acreedor acceda a renunciar al cobro de una parte de sus créditos, si es que con ello alcanza mejores condiciones de pago del saldo restante. Por ejemplo, es

³⁴ Ver Resolución N° 0626-2004/TDC-INDECOPI de fecha 18 de octubre de 2004, recaída en el Expediente N° 024-2003/CCO-ODI-ULI.

frecuente en los procesos de reestructuración patrimonial que ciertos acreedores convengan con su deudor en reducir o eliminar el pasivo concursal adeudado por concepto de intereses, a cambio de lo cual dichos acreedores reciben un tratamiento favorable en el cronograma de pagos respectivo, usualmente mediante el establecimiento de plazos de pago más breves o el otorgamiento de tasas de interés preferenciales. Del mismo modo, incluso podría presentarse el supuesto de que determinados acreedores condonen el íntegro de sus créditos, pero supediten dicha renuncia a la obtención de ventajas económicas vinculadas con la conservación y fomento de las relaciones comerciales sostenidas con el deudor concursado".

En el caso en particular, el Tribunal determinó que los acreedores que votaron a favor de la condonación de créditos -algunos de los cuales, incluso, eran vinculados a Sitex- no sustentaron su decisión en condiciones objetivas derivadas de sus relaciones comerciales con la empresa concursada o algún otro criterio de racionalidad económica que justifique razonablemente la renuncia a sus derechos de crédito, toda vez que aquellos habían expuesto razones que estaban orientadas a validar actos de disposición realizados por el deudor a su favor³⁵ y que presumiblemente afectarían en forma ilegítima las posibilidades de pago de los créditos de los demás acreedores. Debido a ello, el Tribunal concluyó que los acreedores mayoritarios ejercieron su derecho de voto con el único propósito de perjudicar el interés de los acreedores minoritarios sin que ello les reportara un beneficio patrimonial, actuación que resultaba contraria al principio de buena fe que debe regir las relaciones colectivas desarrolladas en el marco del concurso.

En el procedimiento concursal de la empresa Corporación Stewart S.A.C. - Costesac, la Junta de Acreedores acordó la modificación del Plan de Reestructuración previamente aprobado y, en ese sentido, decidió condonar el 30% de los créditos

adeudados por la empresa, con excepción de los créditos laborales y tributarios. Uno de los acreedores de la empresa (Banco de Crédito del Perú) impugnó dicho acuerdo por considerarlo abusivo, ya que a su criterio, la condonación no cumplía con el objetivo que la Ley asigna al concurso, como es la recuperación del crédito.

El Tribunal de INDECOPI, al conocer el caso³⁶, confirmó la decisión de la Comisión que desestimó la impugnación, indicando que la administración de Costesac había justificado la condonación parcial de créditos en la necesidad de sincerar la situación patrimonial de la empresa para poder ejecutar el Plan de Reestructuración y que, de manera consecuente con ello, la mayoría de acreedores optó por renunciar a un porcentaje de sus créditos en aras de mejorar la situación económica de Costesac y de esa manera poder estar en mejores condiciones de recuperar sus créditos. Considerando ello, el Tribunal concluyó que el acuerdo de condonación no constituía un abuso de derecho pues no contravenía los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho ejercido por la mayoría de los acreedores, en la medida que afectaba por igual a la totalidad de acreedores sujetos a dicho acuerdo.

En el procedimiento concursal del señor Henry Edward Stewart Checa, la Junta de Acreedores acordó la modificación del Plan de Reestructuración previamente aprobado y, en ese sentido, decidió condonar el 100% de los créditos adeudados por la empresa. Dicho acuerdo fue declarado nulo de oficio por la Comisión respectiva, por considerar que era abusivo al beneficiar solamente al deudor concursado y perjudicar a la masa de acreedores, quienes no tendrían posibilidades de recuperar sus créditos.

El Tribunal de INDECOPI, al conocer el caso³⁷, revocó la decisión de la Comisión argumentando que, en principio, los acuerdos de condonación

³⁵ Así, antes de resolver el caso, el Tribunal de INDECOPI cursó requerimientos a los acreedores que votaron a favor del acuerdo de condonación para que explicaran las razones que sustentaban dicha decisión. Una de las empresas (Textil Los Rosales) manifestó que votó a favor de la condonación de sus créditos debido a que éstos fueron adquiridos a Banco de Crédito del Perú, entidad financiera que había iniciado acciones judiciales con el objeto de que se declare la ineficacia de determinadas transferencias de bienes de propiedad de Sitex a favor de Textil Los Rosales, por lo que la condonación acordada por la Junta le permitiría concluir las referidas controversias judiciales y, de este modo, consolidar la adquisición de los bienes antes mencionados. Otra de las empresas (Gafero Consultores) señaló que la condonación de sus créditos representaba una solución comercial que le facilitaba la adquisición de bienes de la concursada. Finalmente, una última empresa (Compañía Inmobiliaria Britto) expresó que su voto a favor de la condonación de créditos obedeció a la incidencia de dicho acto en el desarrollo de un proceso judicial iniciado por Banco de Crédito del Perú contra ella y Sitex, en el que se discutía la validez de un contrato de compraventa celebrado entre ambas.

³⁶ Ver Resolución N° 0750-2011/SC1-INDECOPI de fecha 22 de marzo de 2011, recaída en el Expediente N° 0064-2002/CRP-ODI-PIU.

³⁷ Ver Resolución N° 1505-2009/SC1-INDECOPI de fecha 17 de diciembre de 2009, recaída en el Expediente N° 0069-2002/CRP-PIURA.

de créditos no pueden ser considerados en sí mismos como acuerdos lesivos a los acreedores, pues estos podrían tener justificaciones valederas para tomar dicha decisión, la cuales podrían ser acordes con la finalidad del Sistema Concursal. Así, en el caso específico, el Tribunal consideró que el acreedor mayoritario que votó a favor del acuerdo (el señor Rodrigo Bazán Dañino) había tomado dicha decisión de manera justificada a fin de tutelar sus intereses, considerando por un lado que el deudor no contaba con bienes con los cuales pudiera hacer frente al pago de sus créditos, y por otro lado, que la condonación no significaba renunciar a su expectativa de cobro de los mismos, pues estos podían ser cobrados al obligado principal (la empresa Costesac, cuyo fiador era precisamente el señor Stewart). Sobre la base de ello, el Tribunal concluyó que el acuerdo de condonación total de los créditos no constituía, en este caso, un ejercicio abusivo del derecho, pues de esa manera el acreedor mayoritario sinceró sus posibilidades de recupero de los créditos sin renunciar a sus expectativas de cobro, avalando así lo señalado por dicho acreedor en el sentido que le resultaba más oneroso mantener un procedimiento concursal en el que no obtendría resultados, que condonar la deuda y focalizar sus acciones de cobro frente a la empresa Costesac, como deudora principal³⁸.

Los casos antes citados, aunque tratan todos sobre acuerdos de condonación de créditos, permiten apreciar los criterios que aplica el Tribunal de INDECOPI para determinar en qué casos un acuerdo puede desvirtuar los fines económicos y

sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que ejercen los acreedores en el concurso, dentro del marco impuesto por el principio de buena fe. Tales criterios están orientados a identificar si subyace una racionalidad económica en la decisión adoptada por la Junta que no contravenga la finalidad del sistema concursal, y si esta no impone un trato discriminatorio que afecte los derechos de un grupo de acreedores frente a otros.

VI. A modo de conclusión

La capitalización y la condonación de créditos son figuras que están reguladas en la LGSC, y cuyo empleo en los procesos de reestructuración patrimonial pueden coadyuvar eficazmente al saneamiento y reflatamiento de la empresa en crisis. Dado que se tratan de operaciones que conllevan importantes efectos en la esfera patrimonial de los acreedores y de los accionistas de la empresa en concurso, es imprescindible que al adoptar acuerdos de capitalización y condonación de créditos, la Junta de Acreedores observe las formalidades y exigencias establecidas en la LGSC para su correcto uso. En especial, resulta de fundamental importancia que la Junta garantice el ejercicio pleno del derecho de suscripción preferente de los accionistas, respete las prohibiciones legales aplicables a los créditos laborales y tributarios, y sustente la toma de tales decisiones criterios de racionalidad económica y no discriminación, a fin de que guarden debida coherencia con los fines económicos y sociales del sistema concursal.

³⁸ Si bien el Tribunal utilizó este razonamiento para desestimar una impugnación contra un acuerdo de condonación de créditos adoptado en un proceso de reestructuración patrimonial, dicha autoridad tomó una orientación opuesta al resolver una impugnación contra un acuerdo de similar contenido adoptado en un proceso de liquidación. Así, en el procedimiento concursal del señor Henry Adam Stewart Gotuzzo, la Junta de Acreedores aprobó un Convenio de Liquidación en el cual se acordó la condonación del 100% de los créditos reconocidos por la Comisión. Si bien en ese caso el acreedor mayoritario (el señor Rodrigo Bazán Dañino) justificó su voto a favor del referido acuerdo manifestando que contaba con garantías reales constituidas sobre bienes de una tercera empresa (Costesac) y que le resultaba más eficiente efectuar el cobro de sus créditos frente a esta última; el Tribunal de INDECOPI, coincidiendo con la Comisión, determinó que no resultaba legítimo que dicho acreedor prive de manera definitiva a los demás acreedores de sus derechos de crédito con la finalidad de no proseguir con el procedimiento concursal por considerar que cuenta con una mejor vía para el cobro de sus créditos. Ello, teniendo en cuenta que en los casos de liquidación, el acreedor que no desea seguir participando en el concurso (por ejemplo, por tener una vía de cobro adicional y menos onerosa frente a un tercero), tiene expedito su derecho a separarse individualmente del procedimiento concursal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 90° de la LGSC. (Ver Resolución N° 02336-2010/SC1-INDECOPI de fecha 18 de agosto de 2010, recaída en el Expediente N° 0005-2004/CCO-ODI-PIU).