

Implicancias de la Suspensión de Exigibilidad de Obligaciones y de la Protección Patrimonial del Deudor Concursado en el Perú

Daniel Schmerler Vainstein*

“La carrera por cobrar primero que se desata por la incertidumbre de los acreedores de una persona jurídica, al ver sus acreencias potencialmente insatisfechas, genera que el ordenamiento jurídico propugne una suspensión de exigibilidad de obligaciones; hecho que, como lo explica el autor, implicará efectos disímiles respecto de sus diversos acreedores, así como de las distintas medidas que éstos hubiesen utilizado para resguardar el cumplimiento de su obligación”.

1. ¿Qué es la Suspensión de Exigibilidad de Obligaciones?

Los procedimientos concursales son mecanismos de naturaleza excepcional previstos en el ordenamiento jurídico a efectos de hacer frente a aquellas situaciones en las que el patrimonio de un determinado sujeto de derecho resulta insuficiente para satisfacer a plenitud el íntegro de los compromisos de naturaleza económica asumidos frente a sus acreedores. Al configurarse un estado de crisis en el deudor como consecuencia de la referida incapacidad patrimonial, se habilita la posibilidad de que se inicie un procedimiento concursal.

Sucede que, una vez que se difunde la situación de desbalance patrimonial que enfrenta una determinada persona, es decir, cuando sus acreedores se enteran que los bienes propios de tal sujeto resultan manifiestamente insuficientes para afrontar el pago de sus obligaciones, se origina en estos una sensación de incertidumbre acerca de si el deudor finalmente les pagará o no.

Como consecuencia de lo acotado en el párrafo precedente, opina Huáscar Ezcurra¹ que, entre todos los acreedores de la persona en crisis se desata “una especie de ‘carrera por cobrar primero’, en la que todos

procuran ejecutar el patrimonio de su deudor y cobrar lo antes posible”. Es decir, cada uno de los acreedores intentará impulsar una acción individual de cobro frente al deudor común.

Acto seguido el mismo autor sostiene que² “(...) los procesos de ejecución ordinaria devienen en ineficaces e injustos en casos en los cuales los activos de la empresa en crisis resultan ser escasos para asumir el pago de todas las obligaciones, toda vez que finalmente sólo lograrán cobrar los acreedores que cuenten con los mayores recursos y la mejor asesoría, quedando los demás acreedores desprovistos de una vía adecuada para el tratamiento de su problema (...) Todo lo anterior trae, a su vez, como consecuencia que quizá los principales activos de la empresa de nuestro ejemplo sean ejecutados por sus acreedores (...) el inevitable resultado de nuestra ‘carrera por cobrar primero’, será que los principales activos de la empresa terminarán siendo ‘canibalizados’³ por los acreedores de mayores recursos”.

Para evitar las injusticias que podrían suscitarse en un escenario como el recién comentado (en perjuicio de varios de los acreedores del sujeto afectado por una situación de incapacidad patrimonial), habitualmente se suele establecer en los ordenamientos jurídicos

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro integrante de la Comisión de Procedimientos Concursales de Lima Norte del INDECOPI. Ex Secretario Técnico de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI. Asimismo, se ha desempeñado como Profesor de Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 EZCURRA RIVERO, Huáscar. La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un Instrumento de Reducción de Costos de Transacción (Artículo publicado originalmente en Gaceta Jurídica, Tomo 57, Lima, 1998). En: EZCURRA RIVERO, Huáscar. Derecho Concursal - Estudios Previos y Posteriores a la nueva Ley Concursal. Palestra Editores S.R.L. Lima, 2002. Página 24.

2 Op. Cit. Páginas 24 – 25.

3 No compartimos el uso del término “canibalización”, por considerarlo inapropiado y ajeno al idioma castellano. En nuestro concepto existen otros vocablos que pueden representar de forma más adecuada la situación de detrimento patrimonial de que puede ser objeto (por acción y obra de sus acreedores) el deudor afectado por el estado de crisis, tales como “desmantelamiento” (que significa desmembrar o separar una cosa de otra) o “depredación” (que equivale al saqueo, -claro que entendido en sentido figurativo- que se presenta en el caso de las ejecuciones individuales).

concursoales que como consecuencia natural del sometimiento del deudor al procedimiento concursal, se prohíba que dichos acreedores actúen de forma individual en cualquier vía (judicial, arbitral o administrativa) para procurar el recupero de sus créditos. Es por ese motivo que la difusión de la situación de concurso conlleva implícitamente entre sus efectos: (i) Una suspensión de exigibilidad de las obligaciones del deudor, así como (ii) La generación de un marco de protección e intangibilidad sobre los bienes que integran el patrimonio del referido concursado⁴.

En relación con este tema, el jurista argentino Osvaldo Maffia⁵ comenta que "(...) uno de los efectos más importantes y característicos que produce la apertura del concurso (...) es lo que se llama 'principio de concursalidad', esto es, los acreedores no pueden reclamar individualmente el pago de lo que el concursado les adeuda, sino que deben someterse al trámite establecido por la Ley de Concursos, para que sus derechos sean reconocidos (...)". De forma coincidente, Bonfanti y Garrone señalan que⁶ "(...) los acreedores no aparecen en el procedimiento de quiebra (u otro concurso) como individuos uti singli, sino como agregados entre sí, como masa (sin que haya que personalizarla). Por tanto, las ejecuciones individuales están prohibidas".

Por el contrario, una vez que se ha constatado la existencia de una situación de crisis patrimonial, resultando necesaria por ende la aplicación del derecho concursal, entrarán en acción "el conjunto de normas sustantivas y procesales reguladoras de las instituciones de ejecución colectiva, mediante las cuales los acreedores concurren para satisfacer, hasta donde alcance el patrimonio del deudor, sus propios créditos y se someten a reglas predeterminadas para la distribución o aplicación del producto de los bienes desapoderados"⁷.

En otras palabras, el derecho concursal tiende a fomentar la búsqueda de una respuesta de carácter colectivo (o altruista) para solucionar un problema común a todos los acreedores del sujeto afectado por una crisis patrimonial, en contraposición a las soluciones de corte individual y/o egoísta que en otras circunstancias podría utilizar cada uno de ellos.

Puede afirmarse pues que el derecho concursal fomenta lo que podría denominarse como "conductas cooperativas" entre los diversos y disímiles acreedores del deudor concursado, ya que estándoles vedada la opción de actuar de manera autónoma, se generan necesariamente incentivos

para que se encaminen de forma conjunta hacia la determinación de las soluciones requeridas.

Uno de los mecanismos regulados en la normativa concursal para alcanzar el objetivo de que los acreedores actúen de manera colectiva y coordinada es la denominada suspensión de exigibilidad de obligaciones a la que hemos hecho alusión párrafos atrás. Para entender adecuadamente lo que implica esta figura jurídica, consideramos apropiado apoyarnos en el comentario de Puelma, quien opina que el concurso constituye⁸ "un procedimiento de ejecución colectiva de los bienes del fallido, y para que esta ejecución colectiva sea eficaz, la ley ha suspendido, mientras dure el estado de quiebra⁹, el derecho de los acreedores de ejecutar individualmente al deudor fallido, y en reemplazo de ello les permite ejercer sus derechos al pago dentro del procedimiento concursal".

"(...) el derecho concursal fomenta (...) conductas cooperativas entre los diversos y disímiles acreedores del deudor concursado (...)"

En conclusión, la suspensión de exigibilidad de obligaciones es una de las consecuencias peculiares que genera la difusión de la situación de concurso de un agente de mercado, en razón de la que los acreedores comprendidos en el procedimiento concursal quedan inhabilitados para actuar de manera individual frente a su deudor en crisis (lo que implica que no pueden iniciar un procedimiento judicial, arbitral o administrativo de cobro, o proseguir el que previamente hubiesen instaurado), quedándoles por ende, solamente, la alternativa de atenerse a las reglas de actuación colectiva propias al procedimiento concursal. Esta suspensión, tiene como propósito central el relativo a dotar de viabilidad el desarrollo del procedimiento concursal, forzando a que cualquier decisión sea adoptada por el conjunto de los acreedores en la vía de negociación dentro del marco de una Junta de Acreedores, respecto a un patrimonio concursal íntegro e intacto.

Para alcanzar el citado propósito, la normativa concursal contiene un mandato de inhibición que se dirige no solamente a los acreedores (para que se abstengan de procurar un cobro de manera individual), sino también a las funcionarios que eventualmente podrían intervenir de plantearse una acción por parte de un particular (magistrados, arbitros y autoridades administrativas,

4 Con relación a este punto, PUELLES OLIVERA, Guillermo. Algunas consideraciones sobre las garantías de terceros en los procesos concursales. Informativo Legal Rodrigo & Hernández Berengel. Volumen 166. Lima, abril 2000. Página 13, opina que "Esta protección ha sido diseñada para permitir al deudor concursado mantener el status quo existente con respecto a su patrimonio y, adicionalmente, para brindarle la posibilidad de una cesación de pagos temporal, a fin de poder abordar con tranquilidad la tarea de negociar y preparar el acuerdo con los acreedores".

5 MAFFIA, Osvaldo. Verificación de Créditos. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1994. Páginas 47 - 48.

6 BONFANTI, Mario y GARRONE, José A. Concursos y Quiebras. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. Página 49.

7 ESTUDIO HARO ASOCIADOS. Derecho de Quiebras y Nueva Reestructuración Empresarial. Grijley. Lima, 1993. Página 114.

8 PUELMA ACCORSI, Alvaro. Curso de Derecho de Quiebras. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Cuarta Edición, 1985. Página 63.

9 En el caso peruano la referencia sería al término "concurso" y no a "quiebra".

que de ser el caso, deberán abstenerse de disponer un pago en circunstancias en las que el sujeto deudor este sometido a un concurso debidamente publicitado).

2. Características de la Suspensión de Exigibilidad de Obligaciones en el Perú

En el artículo 17.1 de la Ley General del Sistema Concursal Peruano¹⁰, se señala que “A partir de la fecha de publicación a que se refiere el Artículo 32, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a éstas, cuando corresponda, la tasa de interés que fuese pactada por la junta de estímarlo pertinente. En este caso, no se devengará intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses”.

En primer término, en el citado artículo se establecen los alcances para la aplicación de la figura de la suspensión de exigibilidad de obligaciones. Es así que se señala expresamente que es a partir del momento de la publicación del aviso de difusión de la situación de concurso¹¹ que empieza a regir el citado mecanismo jurídico.

De igual modo, se hace mención a las relaciones jurídicas del deudor a las que va a afectar la citada suspensión. Al respecto, Beaumont y Palma comentan que¹² “La redacción del primer numeral de éste artículo puede generar dudas respecto de si la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, se aplica solo contra las deudas que el deudor tiene pendientes de pago a la fecha de publicación del aviso de difusión, y no sobre aquellas no vencidas a dicha fecha o que vengzan con posterioridad. Sobre el particular, tomando en cuenta las disposiciones del artículo 15 de la ley, en mérito de las cuales quedan comprendidas en el concurso todas las obligaciones originadas hasta la fecha de difusión del concurso tantas veces mencionado, podemos concluir que la suspensión de exigibilidad referida en el artículo bajo comentario, comprende a todas las obligaciones del deudor, se encuentren o no vencidas”.

Al respecto, debemos señalar que coincidimos con lo concluido por los mencionados autores, por cuanto, en efecto, la regla general para los procedimientos concursales en el Perú, prevista en el artículo 15.1 de la propia norma concursal nacional¹³, es que los créditos comprendidos en los procedimientos concursales

son todos aquellos de cargo del deudor sometido a concurso “originadas hasta la fecha de la publicación en el Artículo 32”; por consiguiente, la regla de suspensión de exigibilidad alcanza a todas las obligaciones del concursado devengadas (nacidas) hasta el día en que hizo público su procedimiento de crisis patrimonial, resultando irrelevante que esos créditos hayan llegado o no a su fecha de vencimiento o se encuentren o no en condición de exigibilidad (es decir, posibilidad de plantearle al deudor que proceda con el pago). La sutil diferencia desde nuestro punto de vista estará en que, mientras a los créditos ya vencidos se les bloquea la opción de cobro inmediatamente, en cambio a los de vencimiento futuro (aunque obviamente también devengados antes del aviso de difusión del concurso) se les advierte que aunque su crédito en circunstancias normales habría llegado en determinado plazo a una situación de exigibilidad, ello no será así debido al concurso al que está sometido el deudor.

En otras palabras, todos los créditos concursales, es decir, aquellos originados hasta la fecha de difusión de concurso, inclusive, estarán afectados por la suspensión de exigibilidad de obligaciones, sin importar otras características de tales acreencias (que estén vencidos o no, que hayan alcanzado una situación de exigibilidad o no, etc.).

La norma precisa que la suspensión bajo comentario no tiene efecto de novación, lo que resulta acertado en la medida que como consecuencia de la difusión del concurso no se está alterando ninguna característica o cualidad de la estructura de las prestaciones de cargo del deudor, sino solamente un elemento del cumplimiento de las mismas: su temporalidad¹⁴. En efecto, como precisaremos luego, será en el seno de la Junta de Acreedores respectiva que se establecerá la nueva oportunidad en que deberá realizarse el pago de las obligaciones concursales.

Finalmente, el artículo 17.1 de la Ley General del Sistema Concursal indica que no se devengarán intereses moratorios ni se capitalizarán los adeudos. Lo primero obedece a una consecuencia lógica de la aplicación de la suspensión de exigibilidad de obligaciones: Si por mandato de la ley cesa temporalmente la posibilidad de reclamar un pago y, los intereses moratorios se generan precisamente como consecuencia del no cumplimiento en el pago de obligaciones, es absolutamente razonable que no se sigan generando esos adeudos por mora desde la fecha de difusión del concurso, debido a que técnicamente

10 Aprobada por Ley N° 27809 y publicada en el boletín de normas legales del diario oficial “El Peruano” el 8 de agosto de 2002.

11 Téngase presente que, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 de la Ley General del Sistema Concursal, todos los días lunes INDECOPI publica en el boletín de avisos societarios del diario oficial “El Peruano” un anuncio por medio del que se informa a la ciudadanía acerca de los nuevos deudores que han sido sometido al sistema concursal en el Perú.

12 BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal. Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Página 117.

13 La excepción a esto se encuentra establecida en el artículo 16.3 de la Ley General del Sistema Concursal, referido al caso de disolución y liquidación en el que el espectro de acreedores comprendidos en el concurso se amplía por efecto del denominado “fuero de atracción” (regulado a su vez en el artículo 74.6 de la propia ley). Es oportuno mencionar que ambos artículos fueron modificados (en el sentido comentado) por el Decreto Legislativo N° 1050 publicado el 28 de junio de 2008.

14 Esto se condice con lo previsto en el artículo 1279 del Código Civil que establece que “(...) la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación”.

se paraliza desde ese instante la exigibilidad y por tanto, también la opción del acreedor de reclamar un pago, ya que el deudor jurídicamente deja de estar atrasado en el cumplimiento (al menos, no acumula días adicionales de omisión en el pago, respecto a los que hubiese podido tener ya antes de la difusión del concurso). En lo que concierne a la prohibición de capitalizar intereses, la finalidad es mantener inalterable el escenario de pasivos que afronta el concursado, a fin de que a futuro sea el colectivo de acreedores el que defina si eventualmente se autoriza o no una capitalización; esto es relevante, por cuanto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 42.2 de la Ley General del Sistema Concursal, los pagos parciales se imputan siempre primero a obligaciones por capital y luego a las originadas por intereses, por lo que, de admitirse una capitalización singular de intereses a favor de un particular, se estaría mejorando su posición en el concurso, en desmedro de los demás acreedores.

Por otra parte, el artículo 17.2 prevé que “La suspensión durará hasta que la Junta apruebe el Plan de Reestructuración Patrimonial, el Acuerdo Global de Refinanciación o el Convenio de Liquidación en los que se establezcan condiciones diferentes, referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable en cada caso, lo que será oponible a todos los acreedores comprendidos en el concurso”.

Lo que hace dicha norma es evidenciar el carácter meramente instrumental (no finalista) de la figura de la suspensión de exigibilidad de obligaciones, por cuanto queda manifiesto que la utilidad de ese mecanismo es la de facilitar la generación de un marco de negociación que permita que el colectivo de acreedores reunidos en Junta adopte decisiones esenciales para el procedimiento, como es el caso de la definición de la fórmula por medio de la que se buscará satisfacer los derechos crediticios de los partícipes en el concurso; dicha fórmula de pago, se incorpora en el texto de los diversos documentos concursales referidos en el propio artículo 17.2 de la ley: El plan (en el caso de un Procedimiento Concursal Ordinario en el que se ha decidido por la vía de la reestructuración patrimonial), el Convenio de Liquidación (en el supuesto de un Procedimiento Concursal Ordinario en el que se ha decidido por la vía de la disolución y liquidación) o el Acuerdo Global de Refinanciación (en el caso de un Procedimiento Concursal Preventivo).

En coincidencia con lo recién expresado menciona Echeandia que¹⁵ “Como es lógico, la inexigibilidad tendrá vigencia hasta que se apruebe una nueva

forma de pago, supuesto en el cuál la reprogramación de las obligaciones surte, por sí misma, similares efectos que la aplicación del artículo 16¹⁶”.

En este punto nos cabe una reflexión: Ha sido habitual en el pasado que muchas personas naturales o jurídicas, al momento de evaluar una decisión de acogerse voluntariamente¹⁷ a un procedimiento concursal, hayan tenido presente como aspecto determinante, la posibilidad de bloquear la opción de cobro inminente por parte de uno o más de sus acreedores. Sin embargo, como acabamos de mencionar, la suspensión de exigibilidad de obligaciones es tan sólo de carácter temporal y culmina en la ocasión en que la Junta de Acreedores haya establecido nuevas condiciones para el pago de los créditos incorporados al procedimiento concursal; en razón de ello, resulta sumamente aventurado y poco reflexivo que un deudor pretenda ingresar a un procedimiento concursal, simplemente para esquivar a sus acreedores, sin tener una propuesta clara que plantearles una vez que el trámite concursal vaya evolucionando en su desarrollo, pues de ser que ello suceda así, lo que podría ocurrir es que (cuál efecto “boomerang”) se incrementen notoriamente las consideraciones de los acreedores acerca de la falta de viabilidad del deudor y se decida en junta por una liquidación, no imaginada ni deseada por el sujeto pasivo al momento en que optó por pedir que se declare su concurso.

Asu vez, en el artículo 17.3 se indica que “La inexigibilidad de las obligaciones del deudor no afecta que los acreedores puedan dirigirse contra el patrimonio de los terceros que hubieran constituido garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original”.

Lo que se plantea en este caso, es un supuesto de excepción a la regla general prevista en el artículo 17.1 de la Ley General del Sistema Concursal referida a que los acreedores comprendidos en el concurso no pueden cobrar sus derechos crediticios frente al deudor una vez que se difunde la situación de concurso de éste.

En este caso, la excepción se presenta en aquellos casos en que con anterioridad a la difusión del concurso, el acreedor tuvo la diligencia de diversificar el riesgo de la respectiva operación crediticia consiguiendo que un tercer agente constituya a su favor garantía real (es decir, una afectación específica sobre determinado bien del patrimonio de ese tercero, como sería el caso por ejemplo de una hipoteca o una garantía mobiliaria) o garantía personal (lo que implica un compromiso general

15 ECHEANDIA CHIAPPE, Luis Francisco. *Odisea Concursal y Crisis Empresarial: Verdades, Mitos y Leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador*. En: *Ius Et Veritas* N° 22. Lima, 2002. Página 209.

16 La alusión es al artículo 16 de la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial (vigente aún en la oportunidad en que Echeandia redactó su artículo de opinión). La mencionada disposición normativa cumplía funciones equivalentes al artículo 17 de la vigente Ley General del Sistema Concursal.

17 Es decir, a su propio pedido.

respecto del conjunto del patrimonio de ese tercero, como sería el caso de una fianza o aval) en respaldo de las obligaciones contraídas por el deudor original.

Si posteriormente el deudor principal fuese declarado en situación de concurso, bajo la regla general del artículo 17.1 de la norma concursal peruana, normalmente el acreedor se vería impedido de actuar de forma individual frente a ese agente, iniciando una acción de cobro; pero, en cambio, en el supuesto excepcional del artículo 17.3, cuando exista respaldo respecto de las obligaciones del concursado, otorgado en forma de garantía real o personal por un tercer sujeto, el acreedor si mantiene vigente su opción inmediata de cobro. En tal caso lo que sucederá es que el acreedor podrá actuar frente al tercero garante y cobrarle, dando por satisfecha sus expectativas, subrogándose en consecuencia de pleno derecho el hasta entonces garante en la situación jurídica del acreedor saliente, estableciéndose así una relación jurídica de acreedor – deudor entre el ex garante y el concursado; obviamente, el garante subrogado ya no podrá cobrar por la vía de una acción individual directa, sino que más bien tendrá que atenerse a las reglas del concurso y, para tal fin, solicitar ante la respectiva Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI su reconocimiento de créditos.

“Lo que hace dicha norma es evidenciar el carácter meramente instrumental (no finalista) de la figura de la suspensión de exigibilidad de obligaciones, por cuanto queda manifiesto que la utilidad de ese mecanismo es la de facilitar la generación de un marco de negociación que permita que el colectivo de acreedores reunidos en Junta adopte decisiones esenciales para el procedimiento, como es el caso de la definición de la fórmula por medio de la que se buscará satisfacer los derechos crediticios de los partícipes en el concurso; (...)”

Debe indicarse adicionalmente que la existencia de esta excepción no afecta a los demás acreedores del concurso, por cuanto el patrimonio en mérito al que el acreedor original obtuvo su cobro es uno distinto al

del concursado, no generándose por ello detrimento alguno respecto de la composición o cuantía de los bienes (patrimonio) que deben responder frente al conjunto de los acreedores del concursado, habiéndose producido tan solo una variación en cuanto a la identidad de uno de los acreedores.

La única inquietud que nos queda es el motivo por el que nuestros legisladores consideraron dentro de los alcances de la excepción únicamente a las garantías reales, excluyendo en cambio a otros gravámenes, como es el caso de las medidas cautelares que recaen sobre bienes¹⁸ de tercero, cuando para otros fines (como sería el caso de una asignación de ordenes de preferencia) se da igual tratamiento, sin distinción alguna, a ambos tipos de afectación sobre bienes¹⁹. Evidentemente, al ser la del artículo 17.3 una norma excepcional, el acreedor del concursado cuyos créditos estén respaldado con medida cautelar sobre bien de tercero²⁰, no podrán dirigirse contra éste, a diferencia de los acreedores garantizados con bien de tercero, que si contarán con tal beneficio. No existe explicación alguna de por qué se ha generado ese trato diferenciado.

Finalmente, el artículo 17.4 prevé que “En el caso de concurso de una sucursal la inexigibilidad de sus obligaciones no afecta la posibilidad de que los acreedores puedan dirigirse por las vías legales pertinentes contra el patrimonio de la principal situada en territorio extranjero”.

Al respecto, debemos decir que, aunque no son muchos los casos de procedimientos concursales de sucursales de sociedades extranjeras que se han tramitado en el Perú, resulta acertado lo señalado en el artículo mencionado en el párrafo precedente. Ello por cuanto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 6 de la Ley General del Sistema Concursal la competencia del INDECOPI para tramitar procedimientos concursales, de acuerdo al principio de territorialidad, se extiende únicamente dentro de los límites del Perú y por tanto, nada obsta que el acreedor actúe directamente contra la sociedad extranjera fuera del ámbito territorial del Perú.

3. ¿Qué es el Marco de Protección Patrimonial?

Existe una notoria cercanía entre el tema de la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio del concursado, materia del presente análisis, por lo que en alguna medida nos remitiremos de forma concisa a lo señalado respecto de la primera de las referidas figuras jurídicas.

Como dijimos, el derecho concursal se orienta a fomentar la búsqueda de una respuesta de carácter

18 Como serían los casos de un embargo en forma de inscripción sobre un inmueble o el secuestro sobre bien mueble.

19 Claro está, por cierto, que en el ejemplo que damos, los bienes que sirven para mejorar un orden de prelación, son de propiedad del concursado y no de un tercero; sin perjuicio de ello, creemos que la comparación resulta pertinente para efectos del comentario crítico que hacemos en esta ocasión.

20 Cabe señalar que el artículo 623 del Código Procesal Civil establece que “La medida cautelar puede recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal (...)”.

colectivo para solucionar un problema común a todos los acreedores del sujeto afectado por una crisis patrimonial, en contraposición a las soluciones de corte individual y/o egoísta que en otras circunstancias podría utilizar cada uno de ellos y que, en presencia de la situación de falencia, deben evitarse.

Por ello, el derecho concursal fomenta lo que podría denominarse como “conductas cooperativas” entre los múltiples acreedores del sujeto concursado, ya que estándoles prohibida la opción de actuar de forma individual, se generan necesariamente incentivos para que se encaminen de forma conjunta hacia la búsqueda de soluciones para enfrentar la problemática de crisis patrimonial que afronta un deudor común a todos esos acreedores, procurando así que se logren satisfacer sus derechos crediticios.

En esta línea, Echeandía refiere que²¹ “La inexigibilidad de obligaciones y la intangibilidad del patrimonio (...) conforman lo que conocemos como el marco de protección legal²²(...)”; agregando luego que “Queda claro que, como sucede con los demás efectos de la apertura del concurso, el marco de protección legal es otra de las herramientas con las que cuenta el régimen concursal para preservar el patrimonio comprendido en el proceso. Pero a diferencia de la retroactividad²³ y el desapoderamiento, que actúan en la esfera interna de la empresa, el marco de protección legal produce sus efectos en el ámbito de las relaciones del deudor con sus acreedores, cuyas acciones de cobro individuales quedan subordinadas a la acción colectiva del régimen concursal (...)”.

Uno de los mecanismos regulados en la normativa concursal para alcanzar el objetivo de que los acreedores actúen de manera colectiva y coordinada es pues el denominado marco de protección patrimonial o mandato de intangibilidad de los bienes y derechos del concursado.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI mediante precedente de observancia obligatoria dictado en el año 2000²⁴, ha efectuado la distinción entre los dos efectos de la difusión de la situación de concurso que conforman lo que se conoce como el marco de protección legal (de acuerdo a la explicación de Echeandía antes acotada) señalando que “Debe notarse que es diferente la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones de la protección del patrimonio del insolvente. Si bien en ambas medidas se persigue hacer viables los acuerdos a que llegue la Junta de Acreedores, en el

primer caso la medida se dirige a las obligaciones, mientras que en el otro, al patrimonio mismo”.

A su vez, en la exposición de motivos que preparó el INDECOPI en la etapa en que la vigente Ley General del Sistema Concursal era solamente un proyecto²⁵, se indicó que “El segundo efecto del concurso es la protección del patrimonio concursado, que de no existir generaría la posibilidad de su ejecución por parte de cualquier acreedor, lo que incentivaría las acciones ejecutivas individuales lo más pronto posible una vez descubierta la situación de crisis del deudor, con lo cual desincentivaría la búsqueda de acuerdos colectivos (...)” añadiendo luego que “La intangibilidad del patrimonio dada por este efecto, trae consigo su fortalecimiento efectivo y elimina la incertidumbre de los acreedores acerca de la bondad de la opción colectiva como mecanismo para enfrentar la crisis del deudor”.

“(...) el marco de protección del patrimonio es una de las consecuencias que se derivan de la difusión de la situación de concurso de un agente de mercado(...)”

Lo recién señalado guarda además estrecha relación con el principio de universalidad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal, de acuerdo al que “los procedimientos concursales producen sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor (...)”, lo que pone en evidencia que, para el adecuado desarrollo del procedimiento concursal y una óptima posibilidad de adopción de decisiones eficientes por parte de la Junta de Acreedores, resulta esencial que el patrimonio del deudor se mantenga incólume, y es ese justamente un fin central al que se orienta la figura jurídica de la intangibilidad patrimonial que estamos analizando.

En conclusión, el marco de protección del patrimonio es una de las consecuencias que se derivan de la difusión de la situación de concurso de un agente de mercado, en razón de la que los acreedores comprendidos en el procedimiento concursal quedan impedidos de perseguir el pago de sus créditos, pero específicamente en el ámbito de los procesos en que pueda ejecutarse bienes pertenecientes al deudor sometido a concurso. Así, mientras la suspensión de exigibilidad de obligaciones impide que se efectúen cobros, en términos generales, en cambio el

21 Op. Cit. Páginas 208-209.

22 Aunque como precisa el autor, en las normas concursales en el Perú se ha solido reservar el término “marco de protección legal” únicamente para el supuesto de la intangibilidad patrimonial.

23 La alusión aquí es al llamado “período de sospecha” y a la ineficacia concursal que acarrea; en la vigente norma concursal se encuentra regulado en los artículos 19 y 20.

24 El referido precedente fue aprobado mediante Resolución N° 0091-2000/TDC-INDECOPI emitida el 1 de marzo de 2000 en el marco del procedimiento concursal de Pesquera Velebit S.A.

25 Cabe señalar que jamás se aprobó una exposición de motivos respecto de la Ley N° 27809 - Ley General del Sistema Concursal.

mecanismo previsto en el artículo 18 de la Ley General del Sistema Concursal niega puntualmente la opción de que tales cobros se produzcan afectando el patrimonio comprendido en el procedimiento concursal.

4. Características del Marco de Protección Legal del Patrimonio en el Perú

En el artículo 18.1 de la Ley General del Sistema Concursal²⁶, se indica que “A partir de la fecha de publicación referida en el Artículo 32, la autoridad que conoce de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial seguidos contra el deudor, no ordenará, bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte su patrimonio y si ya están ordenadas se abstendrá de trabarlas”.

Sobre el particular, debe señalarse que en la normativa concursal se hace alusión hasta a tres (3) estadios posibles en lo concerniente a las medidas cautelares que se dictan en escenarios ajenos al de los concursos. En primer término, se menciona la orden, en razón de la que una autoridad competente (por ejemplo, un juez en un proceso jurisdiccional sobre obligación de dar suma de dinero) establece un mandato destinado a que se constituya una afectación específica sobre el patrimonio perteneciente a determinada persona (por ejemplo, un embargo respecto de un bien de propiedad del demandado), con la finalidad de que por ese medio se asegure el futuro cumplimiento de la decisión definitiva que dicha autoridad expedirá (por ejemplo, un mandato de pago); en segundo lugar, se alude a la traba, en función a la que se cumple la orden de la autoridad en lo concerniente a la constitución de una medida cautelar específica (siguiendo con el ejemplo, si el embargo fuese uno en forma de inscripción respecto de un inmueble del demandado en el proceso judicial, la traba se materializaría en la oportunidad en que se consiga la inscripción registral del mandato dictado por el juez); finalmente, la ejecución se presenta en los casos señalados en el artículo 725 y siguientes del Código Procesal Civil (y otros ordenamientos equivalentes), en ocasión en que el beneficiario de la medida cautelar procurará ver satisfechos sus derechos crediticios en mérito al remate o adjudicación del bien afectado (en el ejemplo, a través de la transferencia del inmueble sobre el que recaía la medida en forma de embargo).

Dada esta explicación, debemos precisar que lo que establece el artículo 18.1 de la Ley General del Sistema Concursal es una regla general consistente en que, una vez difundida la situación de concurso de un determinado sujeto, todas las autoridades que estuviesen en posibilidad de ordenar una medida cautelar respecto de bienes del concursado, como sucede en el caso de magistrados, árbitros, ejecutores coactivos o funcionarios a cargo de procedimientos de venta extrajudicial (como es el caso de quienes se desempeñan en el Registro Fiscal de Ventas a Plazos, para el supuesto de operaciones de compraventa al

crédito principalmente de artefactos, maquinaria y equipos) deberán abstenerse de hacerlo desde ese momento, es decir, no deberán dictar más medidas cautelares respecto del patrimonio de un deudor desde la ocasión en que se difunda la situación de concurso de éste. La norma señala que el funcionario que no cumpla con esta disposición incurre en responsabilidad, aunque no se precisa cuáles son las consecuencias puntuales que le acarrearía tal incumplimiento.

Adicionalmente, el artículo 18.1 consigna una segunda indicación para las autoridades antes referidas, en el sentido que aquellas medidas que ya hubiesen sido ordenadas, no deberán ser trabadas, lo que nos hace notar que lo que finalmente busca el legislador es que no se formalice la constitución de medidas cautelares adicionales, a las que ya pudiesen existir hasta la fecha de difusión del concurso, inclusive.

Seguidamente, el artículo 18.2 prevé que “Dicha abstención no alcanza a las medidas pasibles de registro ni a cualquier otra que no signifique la desposesión de bienes del deudor o las que por su naturaleza no afecten el funcionamiento del negocio, las cuáles podrán ser ordenadas y trabadas pero no podrán ser materia de ejecución forzada”.

A nuestro entender, el citado artículo contiene una excepción a la regla general establecida en el artículo 18.1, en la medida que, contrariamente a ella, permite que ciertos tipos de medida cautelar puedan ser dictadas y trabadas por las diversas autoridades facultadas para tal fin, aún cuando se haya difundido la situación de concurso del propietario de los bienes respecto a los que tales medidas recaerán.

Lo común en el caso de las medidas pasibles de dictado establecidas en el artículo 18.2, es que no se privará del control de bien alguno al concursado; en efecto, en un embargo en forma de inscripción, la traba se produce por medio de un acto registral que no implica despojo alguno para el deudor; de igual forma, nada obstaría a que se ordene un embargo en forma de intervención en información, tal como lo contempla el artículo 665 del Código Procesal Civil, pues por ese mecanismo no se altera la forma en que se viene manejando el negocio del concursado (imaginando que se trata de un deudor persona jurídica), sino que simplemente se recaba información acerca del movimiento económico de la empresa. En ese orden de ideas, podemos afirmar que se permite que se ordenen y traben tales medidas cautelares porque no se evidencia con su existencia un detrimento (al menos no inmediato) del universo patrimonial del concursado.

Sin embargo, nos parece que, para fines concursales, existe poca utilidad práctica acerca de lo establecido en el artículo 18.2, toda vez que los gravámenes que pudiesen establecerse en aplicación de esa excepción

26 Aprobada por Ley N° 27809 y publicada en el boletín de normas legales del diario oficial “El Peruano” el 8 de agosto de 2002.

a la regla general del artículo 18.1, no podrían ser invocados por el acreedor beneficiario de los mismos con la intención de obtener un mejor orden de prelación al pedir su respectivo reconocimiento de crédito”.

En efecto, si revisamos el artículo 42.1 de la Ley General del Sistema Concursal, advertiremos con facilidad que dicha norma exige que para conceder un tercer orden de preferencia“(…) la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32º”; dicha inconsistencia con lo que indica el artículo 18.2, motivan que dentro del ámbito del trámite concursal, resulte poco útil impulsar las gestiones para que una autoridad distinta a la concursal, ordene y/o trabe una medida cautelar que no implique desposesión para el deudor luego de difundida la situación de concurso, pues ello no ayudará al acreedor a mejorar su posición en el concurso, ya que sus acreencias no calificarán como créditos de tercera prelación, por no ajustarse a las previsiones de la norma excepcional que asigna los privilegios para el cobro en el procedimiento administrativo de lucha contra la crisis.

“(…) nos parece que, para fines concursales, existe poca utilidad práctica acerca de lo establecido en el artículo 18.2, toda vez que los gravámenes que pudiesen establecerse en aplicación de esa excepción a la regla general del artículo 18.1, no podrían ser invocados por el acreedor beneficiario de los mismos con la intención de obtener un mejor orden de prelación al pedir su respectivo reconocimiento de crédito”.

Evidentemente, tampoco servirán dichas medidas cautelares para que el acreedor beneficiario de las mismas busque un cobro directo de sus créditos, por cuanto según establecen los artículos 18.4 y 19.3. literal g) de la Ley General del Sistema Concursal, no se debe ejecutar el patrimonio del concursado y, en la eventualidad que ello haya ocurrido, tal ejecución será susceptible de ser declarada ineficaz por el Poder Judicial. Es obvio que actos individuales de esa índole son contrarios a la naturaleza colectiva propia a los procedimientos concursales, lo cual se ve ratificado en la oración final del artículo 18.3 de la propia ley.

Por otro lado, el artículo 18.3 de la Ley General del Sistema Concursal indica que “Si las medidas cautelares, distintas a las señaladas en el numeral precedente,

han sido trabadas se ordenará su levantamiento y la devolución de los bienes involucrados en la medida cautelar a quien ejerza la administración del patrimonio del deudor. Sin embargo, no serán levantadas las medidas cautelares mencionadas en el numeral 18.2, pero no podrán ser materia de ejecución forzada”.

Lo que dispone este artículo es un complemento a las previsiones del artículo 18.1, en el sentido que se ordena a las diversas autoridades que, todas las medidas cautelares que puedan implicar desposesión patrimonial para el deudor y que por ende no debieron ser ordenadas ni trabadas luego de la difusión del concurso, pero que pese a ello, si se hubiese producido tal traba, deberán ser inmediatamente revertidas. En efecto, el artículo 18.3 manda a los magistrados, arbitros, ejecutores coactivos y demás autoridades que dejen sin efecto la medida cautelar que hubiesen podido dictar en contravención a la regla general de intangibilidad patrimonial y a que, como consecuencia de ello, dispongan la entrega del respectivo bien al deudor o a la persona que se encuentre a cargo de su administración.

Asimismo, en adición a lo dicho, entendemos que el artículo 18.3 dispone además que todas las medidas cautelares sobre bienes del deudor que impliquen desposesión y que se hubiesen trabado antes de la difusión de su concurso, también deben levantarse, a fin de permitir al concursado que recomponga su patrimonio y cuente con mejores condiciones para afrontar su procedimiento concursal, brindando así a sus acreedores mayores recursos para efecto de una óptima evaluación acerca de la solución que deberán adoptar para superar la situación crítica y ver satisfechas sus acreencias impagas.

En este punto, nos parece necesario efectuar una reflexión, para lo cual nos apoyaremos en un comentario de Echeandia, quien opina que²⁷ tras la aparente racionalidad de los dispositivos sobre marco de protección legal del patrimonio “Hay discriminación en tanto los acreedores que han obtenido gravámenes susceptibles de registro los mantienen vigentes durante el proceso, mientras que los embargos que implican desposesión deben ser levantados (...)”.

En efecto, de lo previsto en las normas bajo análisis se colige que, dos acreedores igualmente diligentes que han obtenido sendas medidas cautelares sobre bienes de un mismo deudor, correrán distinta suerte en función de la naturaleza del gravamen que respalde su crédito, pudiendo inclusive uno de ellos quedar sin cobertura patrimonial respecto a bienes del concursado (si es que, por ejemplo, uno de esos acreedores contaba con embargo en forma de inscripción sobre inmueble – que quedaría cubierto – y el otro con un gravamen que implique desposesión – caso de un secuestro sobre bien mueble –).

Sería ideal que se revise estas disposiciones a fin de que se corrijan esas desigualdades generadas al no tener

en consideración todas las aristas e implicancias que se generan con el dictado de una norma legal.

A su vez, el artículo 18.4 dispone que “En ningún caso el patrimonio del deudor sometido a concurso podrá ser objeto de ejecución forzosa, en los términos previstos en la Ley, con la excepción prevista en el primer y segundo párrafos del Artículo 16”.

En este caso, lo que nos señala la normativa es que, en observancia del principio de universalidad, se debe atender al objetivo de asegurar la integridad del patrimonio del concursado. Por ello, la norma precisa que los únicos acreedores que pueden dirigirse contra el patrimonio del sujeto pasivo del concurso para procurar un cobro, son los titulares de créditos devengados con posterioridad a la fecha de publicación del aviso de difusión del procedimiento concursal, por no hallarse éstos comprendidos en los alcances del concurso.

En efecto, dichos créditos son de carácter post-concursal y por ende se rigen por el derecho común y las reglas que habitualmente se aplican a las relaciones jurídicas patrimoniales y no por las normas del concurso. En otras palabras, estas reglas (posibilidad de los créditos posteriores a la difusión de concurso de actuar contra el patrimonio del deudor) se aplicarán siempre para el caso de un procedimiento concursal preventivo, así como para los procedimientos concursales ordinarios en que aún no se haya tomado una decisión acerca del destino, y también para aquellos otros en que el trámite se haya decantado hacia una reestructuración patrimonial; en cambio, si en el marco de un procedimiento concursal ordinario el desarrollo se orienta hacia una disolución y liquidación, ya no existirán créditos post-concursales en razón del denominado fuero de atracción (previsto en el artículo 74.6 de la Ley General del Sistema Concursal), no siendo posible bajo esas particulares circunstancias, ejecución patrimonial alguna.

El artículo 18.5 dispone que “El marco de protección legal no alcanza a los bienes perecibles. En tal caso, el producto de la venta de dichos bienes será puesto a disposición del administrador o liquidador, según corresponda, para que proceda con el pago respectivo, observando las normas pertinentes”.

Conforme señalan Beaumont y Palma²⁸ “(...) perecible tiene que ver con el concepto de lo breve, fugaz y efímero, caso de mercaderías del tipo de frutos, hortalizas, carnes y similares (...)”. En el caso de este tipo de bienes cuya duración o permanencia en buen estado, ciertamente será mucho más corta que la vigencia del respectivo procedimiento concursal, se ha generado normativamente una excepción a la regla de la intangibilidad patrimonial, para que los mismos sean libremente transferidos, de modo que se eviten perjuicios a los acreedores como efecto de una eventual reducción de la masa patrimonial. De ese

modo el valor económico obtenido a cambio de la venta de tales bienes calificará como recurso que se adherirá al patrimonio del concursado. Cabe anotar que los recursos pecuniarios obtenidos por la transferencia de los bienes perecibles, al integrarse a la masa patrimonial concursal, serán aplicados a los fines que se establezcan en el marco del respectivo procedimiento concursal, a cuyo fin habrá que tener en consideración si se trata de un procedimiento concursal preventivo, o si es más bien un procedimiento concursal ordinario (en cuyo caso, el destino de los recursos obtenidos dependerá en gran medida de si la Junta de Acreedores optó por una Reestructuración – en que se paga de acuerdo al cronograma que se establezca en el respectivo Plan de Reestructuración– o por una Liquidación – supuesto este último en el que los pagos se efectúan en directa relación con los órdenes de preferencia –)

Por otra parte, el artículo 18.6 de la Ley General del Sistema Concursal, modificado por el artículo 1º de la Ley 28709²⁹, establece que “Declarada la situación de concurso y difundido el procedimiento no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados por garantías, salvo que dichos bienes hubiesen sido afectados en garantías de obligaciones de terceros, en cuyo caso podrán ser materia de ejecución como en los supuestos de los artículos 16.1 y 67.5”.

La norma bajo comentario consagra un supuesto de las denominadas “garantías cruzadas” que constituye una excepción a la regla general de la intangibilidad de los bienes del concursado.

En este caso, la excepción se presenta en aquellos casos en que con anterioridad a la difusión del concurso, aquél que ocupa la situación jurídica de acreedor en una relación jurídica patrimonial, tuvo la diligencia de diversificar el riesgo de la respectiva operación crediticia consiguiendo que un tercer agente, distinto a su deudor, constituya a su favor garantía real (es decir, una afectación específica sobre determinado bien del patrimonio de ese tercero, como sería el caso por ejemplo de una hipoteca o una garantía mobiliaria) en respaldo de las obligaciones contraídas por el deudor original.

Si posteriormente el garante (quien como ya dijimos, no es deudor sino solamente propietario del bien que respalda una obligación de persona distinta a él) fuese declarado en situación de concurso y el sujeto deudor (respaldado con garantía otorgada por la persona luego sometida a concurso) no honra en la oportunidad correspondiente su compromiso de pago, el acreedor, en aplicación del supuesto excepcional del artículo 18.6, estará en posibilidad de dirigirse contra el garante y actuar respecto a su patrimonio, pese a encontrarse tal garante en situación de concurso. Recuérdese que con esto se rompe la regla general de que el patrimonio del concursado es intocable. Así lo ha reconocido además el INDECOP por la vía jurisprudencial

28 BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal. Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Página 122.

29 Publicada en el boletín de normas legales del diario oficial “El Peruano” el 12 de abril de 2006.

señalando que³⁰“(…) si bien el derecho real de garantía con que cuenta un tercero respecto de los bienes de la empresa concursada no le otorga derecho de crédito alguno, éste sí se encuentra facultado para ejecutar la referida garantía, lo cual constituye un caso de excepción a la protección del patrimonio en concurso establecida por la Ley General del Sistema Concursal”.

En tal caso lo que sucederá es que el acreedor podrá actuar frente al concursado garante y cobrarle, dando por satisfecha sus expectativas, subrogándose en consecuencia de pleno derecho el hasta entonces garante en la situación jurídica del acreedor saliente, estableciéndose así una relación jurídica de acreedor – deudor entre el ex garante (que se mantiene en calidad de concursado) y el deudor original.

La consecuencia de la existencia de esta excepción es que la masa patrimonial del concursado se verá reducida, como efecto de la ejecución de un bien integrante de tal masa por parte de quién era beneficiario de una garantía real constituida sobre ese bien. Asimismo, el concursado, subrogado como consecuencia de la ejecución, en la calidad de acreedor del obligado original, deberá procurar por todos los medios lícitos existentes, actuar frente a tal deudor y cobrarle, a fin de obtener recursos patrimoniales que puedan ser utilizados (para beneficio de sus acreedores) en el desarrollo de su procedimiento concursal.

“(…) de lo previsto en las normas bajo análisis se colige que, dos acreedores igualmente diligentes que han obtenido sendas medidas cautelares sobre bienes de un mismo deudor, correrán distinta suerte en función de la naturaleza del gravamen que respalde su crédito, pudiendo inclusive uno de ellos quedar sin cobertura patrimonial respecto a bienes del concursado (si es que, por ejemplo, uno de esos acreedores contaba con embargo en forma de inscripción sobre inmueble – que quedaría cubierto – y el otro con un gravamen que implique desposesión – caso de un secuestro sobre bien mueble -)”.

Como podrá advertirse con facilidad, esta excepción, a diferencia de la que vimos al analizar el artículo 17.3 de la Ley General del Sistema Concursal (que trata de aquél supuesto en el que el concursado ocupa la situación jurídica de deudor e interviene además un tercer agente garantizando sus obligaciones), no resulta tan beneficiosa para los intereses de los acreedores del concursado³¹, pues en el caso del artículo 18.6 se produce una reducción patrimonial, quedando apenas una expectativa incierta de crédito (un derecho a cobrar) frente al deudor original, respecto a la que no existe seguridad alguna acerca de si se materializará o no y si por ende se recuperará el valor económico del bien que fue materia de ejecución por parte del beneficiario de la garantía.

Es importante señalar que el antecedente a la previsión establecida en el artículo 18.6 de la Ley General del Sistema Concursal se encuentra en el precedente de observancia obligatoria del año 2000, ya mencionado en los presentes comentarios. En dicha jurisprudencia se señaló que “Las garantías reales constituidas sobre bienes de la insolvente que garanticen obligaciones no concursales deberán ser respetadas, sin perjuicio de que no concedan el derecho a participar en la Junta de Acreedores porque el titular del derecho real no es acreedor de la insolvente. Asimismo, tampoco serán oponibles al titular del derecho real de garantía los términos de los convenios de liquidación o del plan de reestructuración aprobada por la Junta, al no ser dicho titular acreedor de la insolvente”.

5. Acto seguido, en el citado precedente se señaló que “De esta manera, se debe proceder de la siguiente forma:

a) En el caso de liquidación: Al momento de proceder a la venta de los bienes del insolvente, el liquidador deberá respetar los derechos reales de garantía constituidos sobre los mismos, pagando los créditos garantizados con el provecho de dicha venta dentro del rango y montos que correspondan, sin afectar los créditos del primer y segundo orden que puedan existir.

b) En el caso de reestructuración: Aprobar el plan de reestructuración y, dado que el mismo no es oponible al titular de un derecho de garantía constituido, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de terceros, este titular podrá proceder a ejecutar su derecho pues con la aprobación de dicho plan cesa la situación de protección del patrimonio de la insolvente. Dado que el plan de reestructuración no le es oponible, el titular del derecho real podrá proceder a la ejecución de su derecho de acuerdo a los términos originalmente pactados”.

30 La glosa corresponde a la Resolución N° 0890-2003/SCO-INDECOPI emitida el 7 de octubre de 2003 por la Sala Transitoria Concursal del Tribunal del INDECOPI en el marco del procedimiento de reconocimiento de créditos postulado por el señor Cesar Fernando Torres Carrillo frente a Instalaciones Electromecánicas Norte S.A. – INORSA.

31 Ver en este mismo libro el artículo de nuestra autoría en el que se desarrolla el tema de la suspensión de exigibilidad de obligaciones de que trata el artículo 17 de la Ley General del Sistema Concursal.

La regulación contemplada en la vigente Ley General del Sistema Concursal respecto a la posibilidad de que los acreedores de sujetos distintos al concursado pero respaldados por garantía real de éste ejecuten el bien materia de gravamen, aunque se asemeja a lo establecido en el precedente jurisprudencial recién transcrito, guarda algunas diferencias con el mismo.

En primer lugar, considerando que los instrumentos que se puedan aprobar en el marco de un procedimiento concursal ordinario (plan de reestructuración o convenio de liquidación) nunca serán oponibles a ese sujeto que no es acreedor del concursado pero sí beneficiario de garantía sobre bien de éste, la legislación actual permite que el citado titular del derecho de garantía lo haga efectivo (ejecute su garantía) sin necesidad de esperar a que se produzca la aprobación de alguno de tales instrumentos. Así, a diferencia de lo dicho en el precedente jurisprudencial, en la norma actual, aún cuando recién se haya difundido el concurso y no esté conformada todavía la respectiva Junta de Acreedores o existiendo ésta no se haya definido aún el destino del concursado, el beneficiario de la garantía podrá ejecutar el bien del concursado afectado a su favor.

Asimismo, en el caso que se haya adoptado en el procedimiento concursal una decisión liquidatoria, el artículo 85.2 de la Ley General del Sistema Concursal establece que "Tratándose de la venta de bienes de propiedad del deudor que garanticen obligaciones de terceros (...) el Liquidador debe respetar los derechos reales de garantía constituidos sobre los mismos, pagando los créditos de esos terceros, con el producto de dicha venta, teniendo en consideración el rango registral y montos que correspondan, pero sin afectar el pago de los créditos del primer orden de preferencia que existan en el procedimiento".

Como se aprecia, a semejanza de lo expuesto en el precedente, se procura insertar al beneficiario de la garantía en los órdenes del trámite liquidatorio, pero anteponiéndole a aquellos que tienen la calidad de acreedores del concursado y que además se catalogan como merecedores de un especial nivel de tutela. La diferencia entre la vigente ley y el precedente es que en la norma actual esa tutela preferencial en los casos liquidatorios se concede solamente a los créditos de primera prelación (es decir, laborales y previsionales) en tanto que, en el precedente se había establecido que, además de

los de primer orden, también se de prioridad a los de segundo orden (es decir, en ese entonces, los créditos alimentarios). Evidentemente, la disposición a observarse en la actualidad, acerca de este tema es la del artículo 85.2 que restringe sus alcances al primer orden de preferencia.

Finalmente, el artículo 18.7 señala que "La prohibición de ejecución de bienes no alcanza a las etapas destinadas a determinar la obligación emplazada al deudor. La autoridad competente continuará conociendo hasta emitir pronunciamiento final sobre dichos temas, bajo responsabilidad".

El mensaje que contiene esta disposición está referido a que hay ciertos supuestos en que los procesos judiciales y heterocompositivos en general no se deben suspender por la simple difusión de la situación de concurso. En ese sentido, para discernir si corresponde paralizar o no la actividad de la autoridad ajena a la concursal que viene conociendo de un proceso que involucra al deudor concursado, habrá que indagar acerca de la naturaleza de tal proceso.

En efecto, si el proceso que se sigue ante una autoridad distinta a la concursal se orienta a que se determine la existencia, legitimidad, origen o cuantía de una posible acreencia frente al concursado, resultará indispensable que ese proceso prosiga hasta que se definan los citados aspectos, pues solamente así se habrán determinado los alcances de los derechos crediticios particulares a efecto de su incorporación en el concurso. En efecto, el artículo 39.5 de la vigente ley concursal³² hace alusión a la figura de la contingencia y a la imposibilidad de reconocer una acreencia por parte de INDECOPI hasta que el fuero judicial, arbitral o administrativo, según sea el caso, hayan dilucidado la controversia.

En cambio, si el único objetivo del proceso judicial o equivalente es obtener el cumplimiento de una obligación, es decir el pago, ese trámite sí debe paralizarse inmediatamente, pues no resultará viable que un acreedor accione de forma individual contra el deudor y su patrimonio, pues para ello están establecidos los mecanismos colectivos propios al concurso³³. En efecto, en esos casos, resultará inaceptable que se prosiga con tal ejecución particular (privada) del patrimonio 📄

32 Modificado por el Decreto Legislativo N° 1050, publicado el 28 de junio de 2008.

33 Para ahondar sobre esta materia, véase el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI mediante Resolución N° 268-97-TDC emitida con fecha 5 de noviembre de 1997 en el marco del procedimiento de reconocimiento de créditos seguido por Banco de Crédito del Perú frente a Droguería Lid'ar S.A.