
Plan de Reestructuración:

Aprobación, Ejecución e Incumplimiento

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio*

Secretario General del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

I. Introducción

Los procedimientos concursales existen para alcanzar una solución óptima y colectiva de la crisis empresarial que afecta al deudor común. De hecho, los beneficios que otorga la legislación concursal a los insolventes —traducidos en la facultad de suspender sus pagos por un periodo de tiempo y en la protección casi irrestricta de su patrimonio contra la ejecución de sus acreedores— conlleva una carga para aquéllos: la aprobación, ejecución y cumplimiento de un instrumento concursal. En ese sentido, los instrumentos concursales se colocan en el partidor para brindar una salida concursada al problema de la empresa, y son el resultado final y consensuado de las pocas o muchas reuniones de acreedores.

En la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC) identificamos tres instrumentos concursales, a saber: (i) el Plan de Reestructuración, cuando nos ubicamos en el esquema de una reestructuración patrimonial; (ii) el Convenio de Liquidación, si es que la alternativa de los acreedores apuntó a una disolución y liquidación del patrimonio en crisis; y (iii) el Acuerdo Global de Refinanciación, siempre que se trate de un proceso de naturaleza preventiva a una eventual insolvencia, esto es, en palabras de la LGSC, un Procedimiento Concursal Preventivo.

Sea el que fuere, los instrumentos concursales referidos tienen cinco características comunes, que los distinguen con claridad de cualquier otro instrumento de refinanciación o pago de obligaciones: (i) deben ser

aprobados por mayorías calificadas de acreedores concursales; (ii) el deudor concursado no interviene en la formación del acuerdo, pese a que es libre de proponer sus términos y condiciones, e impugnarlo; (iii) sus efectos son oponibles a todas las partes involucradas en el acuerdo, hayan o no manifestado su voluntad de adoptarlo o, incluso, habiendo expresado una opinión contraria al respecto; (iv) requieren de contenidos mínimos y formalidades cuya inobservancia, en ciertos casos, se sanciona con nulidad, conforme a la LGSC; y (v) su ejecución y cumplimiento es seguido y controlado por un cuerpo colegiado: la Junta de Acreedores¹.

Dicho esto, nos detendremos en observar el Plan de Reestructuración, en concreto, las consecuencias de su aprobación, ejecución e incumplimiento. En efecto, no es objeto de este trabajo abordar aspectos sumamente relevantes del Plan de Reestructuración — como puede ser su naturaleza contractual, formación, contenido material y formal, entre otros aspectos— porque ello excedería los límites de estas páginas, sino focalizarnos en los aspectos apuntados líneas arriba, para lo cual haremos un análisis detallado del artículo 67° de la LGSC. A través de ello, apuntaremos los alcances y problemática que trae la disposición en cuestión, para terminar esbozando algunas conclusiones de interés general.

II. Análisis del Artículo 67° de la LGSC

Consideramos la disposición bajo análisis, como una de las más interesantes de la LGSC. Cada uno de los numerales que la comprenden, bien podrían ser objeto de sendos trabajos de investigación, en tanto la riqueza

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato al Magister en Derecho con mención en Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual por la PUCP. Profesor del Seminario de Derecho Mercantil. Derecho de la Competencia y Derecho Concursal en la PUCP y en la Universidad de Lima.

1 Si bien es cierto que el administrador, liquidador o deudor, son quienes participan directamente en la ejecución diaria del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación y Acuerdo Global de Refinanciación, respectivamente; no es menos cierto que, dada la situación concursada del deudor, el monitoreo, supervisión y cambios de los instrumentos concursales están en manos de los acreedores. No obstante ello, en una decisión que no compartimos en lo absoluto, mediante Ley N° 28618, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 29 de octubre de 2005, el Congreso de la República modificó el artículo 106.5° de la LGSC, restringiendo con ello a las Juntas de Acreedores sus facultades de reunión y decisión sobre el Acuerdo Global de Refinanciación, con posterioridad a su aprobación.

Sobre el particular, puede consultarse el siguiente artículo del autor: «Viendo más allá de lo evidente: El Concurso Preventivo y su aplicación por la jurisprudencia concursal». En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 62. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, noviembre 2003.

de sus enunciados así lo amerita. No obstante ello, para los fines del presente artículo, vamos a ver por separado sus aspectos más relevantes².

2.1 Oponibilidad Concursal

«El Plan de Reestructuración aprobado por la Junta obliga al deudor y a todos sus acreedores comprendidos en el procedimiento, aún cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta por cualquier motivo, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos.»

Este enunciado destaca una de las cinco características que referimos como típicas de todo instrumento concursal: la oponibilidad. El campo de acción del Plan de Reestructuración embarga al deudor y a todos sus acreedores concursales³, sin importar el comportamiento que tuvieron en la formación del acuerdo. Por esta razón, este primer numeral del artículo 67° de la LGSC es lo suficientemente claro al establecer la obligatoriedad en el cumplimiento de los términos y condiciones del Plan de Reestructuración, para todos los acreedores del concurso, en cualquier supuesto.

En otras palabras, el Plan de Reestructuración es de cumplimiento obligatorio para los acreedores que: (i) votaron a favor del Plan; (ii) se abstuvieron de emitir posición al respecto; (iii) votaron en contra; (iv) estuvieron ausentes al momento de adoptar dicho acuerdo; (v) no habían obtenido aún su reconocimiento de créditos por parte del INDECOPI; y (vi) tenían la calidad de contingentes.⁴

No es nuestro propósito determinar en este trabajo la naturaleza jurídica del Plan de Reestructuración. Sin embargo, es conveniente advertir que el artículo 66.1° de la LGSC lo define como «...el negocio jurídico

por el cual la Junta define los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del mismo, en función a las particularidades y características propias del deudor en reestructuración.»

Es la primera vez que la legislación concursal peruana se anima por dar una aproximación conceptual a esta institución. Pese a ello, las dudas siguen a flote. En ese sentido, advertimos algunas inquietudes:

- (i) ¿En el Plan de Reestructuración convergen dos o más partes? Partiendo de la idea que no es válido identificar el concepto de persona con el de parte, podríamos entender el Plan como el negocio al que concurren dos partes (deudora y acreedora), pero una pluralidad de sujetos. Como acertadamente señala Manuel de la Puente «... si bien generalmente coinciden el concepto de sujeto y el concepto de parte, porque en la gran mayoría de los contratos cada parte está formada por un solo sujeto (...) no se descarta la posibilidad de que una parte esté constituida por dos o más sujetos que tengan un mismo interés (...) y, en tal caso, la parte contractual es el centro de interés que agrupa a los sujetos»⁵. De esta manera, tenemos que en la formación del negocio intervienen varios sujetos unidos por un solo interés.⁶
- (ii) Sin perjuicio de lo anterior, ¿interviene el deudor como parte del Plan de Reestructuración? Aparentemente no, toda vez que éste se forma con la voluntad mayoritaria de los acreedores. Del mismo modo, la oferta del Plan no proviene del deudor, sino del administrador que propone

2 Con este fin, nos ocuparemos de cuatro grandes temas, todos relacionados con el Plan de Reestructuración y que generan efectos importantes en su aprobación, ejecución y cumplimiento: la oponibilidad concursal, los privilegios de la acreencia tributaria, las garantías constituidas por terceros y el incumplimiento del Plan, tratados en los numerales 1, 2, 3 y 4 del citado artículo 67°, respectivamente. Dejaremos de lado en esta oportunidad —no por ser un asunto de menor importancia, sino por escapar algo de nuestro objeto de estudio— el último numeral de la norma en cuestión, referido a las acciones de acreedores que gozan de garantías sobre bienes del concursado, producto de obligaciones mantenidas por terceros.

3 Los acreedores concursales son aquellos que mantienen créditos devengados hasta la fecha de publicidad del acogimiento del deudor al procedimiento concursal, conforme lo dispone el artículo 15.1°, concordado con el artículo 32° de la LGSC. Nótese que el criterio asumido por la LGSC para considerar a un acreedor como concursal es la fecha de devengo u origen del crédito, mas no la fecha de vencimiento del mismo. En tal sentido, un acreedor concursal es aquel cuya relación jurídica con el deudor se celebró antes de la fecha de publicidad del concurso, a pesar que el vencimiento sea posterior a dicha «fecha de corte». Un acreedor post-concursal, por el contrario, es aquel cuya acreencia se origina con posterioridad a la fecha en mención, y al que, por tanto, no se aplican los efectos del Plan de Reestructuración.

4 Advertencia: el Plan de Reestructuración requiere una mayoría calificada de acreedores para su aprobación. Conforme al artículo 53.1° de la LGSC «Los acuerdos de la Junta previstos en el literal a) del artículo 51.1, el acuerdo de aprobación del Plan de Reestructuración, del Convenio de Liquidación y del Acuerdo Global de Refinanciación, y sus modificaciones, así como aquellos para los que la Ley General de Sociedades exija mayorías calificadas, se adoptarán, en primera convocatoria, 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. En segunda convocatoria los acuerdos se adoptarán con el voto favorable de acreedores representantes de un importe superior al 66,6% del total de los créditos asistentes.»

5 De la Puente y Lavalle, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo I. Lima, 2003. Pág. 56.

6 Sobre el concepto de «centro de interés» puede consultarse a Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971. Tomo I.



un proyecto de Plan que, luego de la discusión y análisis de la Junta de Acreedores, recibirá la aprobación o rechazo de ésta. Entonces, ¿es el Plan de Reestructuración, al menos, un negocio jurídico bilateral?

- (iii) Un paso más atrás nos induce a preguntar lo siguiente: ¿El Plan de Reestructuración es un contrato? Si bien el Código Civil peruano reconoce la figura del contrato plurilateral, entendido como aquél formado por más de dos partes; tanto si éstas tienen intereses y fines comunes, cuanto si sus intereses y finalidades son distintos⁷. ¿Ese es el caso del Plan? máxime cuando en la formación de este instrumento no concurre el acuerdo de todos los sujetos comprometidos con el Plan, sino el de la mayoría legal.
- (iv) Siguiendo con la tesis contractualista del Plan, ¿cumple éste la función de cualquier contrato, en el sentido de crear, regular, modificar y extinguir una relación jurídica patrimonial?⁸ Estimamos que cumple todas estas funciones, e incluso algunas adicionales, como veremos en el siguiente punto. En tal sentido, consideramos la definición del artículo 66.1º de la LGSC limitante acerca de los alcances del Plan de Reestructuración cuando lo enfoca exclusivamente a la extinción de obligaciones comprendidas en el procedimiento⁹.

Definitivamente, en el Plan se crean nuevas relaciones jurídicas patrimoniales para satisfacer los diversos intereses de los partícipes del contrato. Conjuntamente, se regulan estas nuevas relaciones jurídicas, con el objeto de precisar sus alcances, modos y cumplimientos; y, adicionalmente, se modifican relaciones jurídicas pre-existentes, lo que implica que la estructura de la relación permanece idéntica.

- (v) Finalmente, nos llama la atención el carácter patrimonial del Plan de Reestructuración. De acuerdo al artículo 1351º del Código Civil, la relación jurídica creada por el contrato debe ser patrimonial. Sobre este concepto, Díez-Picazo

señala que una relación jurídica es patrimonial «... cuando versa sobre bienes e intereses que poseen una naturaleza económica (...) cuando pueden ser objeto de valoración.»¹⁰. La experiencia nos demuestra que el contenido del Plan de Reestructuración excede la sola relación jurídico patrimonial entre deudor y acreedores, incluso a las medidas e instrumentos de carácter financiero que se aplicarán para conseguir el pago de los créditos. En efecto, el Plan establece diversos parámetros más allá de lo meramente patrimonial: en la administración del negocio, el comportamiento de sus directivos y gerentes, la rendición de cuentas, la aprobación de estados financieros, las facultades del comité de acreedores, la política laboral, la elaboración de estrategias empresariales, entre otros. A decir de Candelario Masías, «... el convenio no debe limitarse a regular relaciones entre deudor y acreedores en orden al pago de las deudas sino que debe incluir además las cuestiones relacionadas con la continuidad de la actividad empresarial».¹¹

Dejando de lado todas estas observaciones — como señalamos, materia de un trabajo posterior — la oponibilidad del Plan de Reestructuración es una manifestación del principio del «par conditio creditorum», consagrado en el artículo VI del Título Preliminar de la LGSC¹².

Según este precepto, los acreedores participan proporcionalmente del resultado económico de los procedimientos concursales ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio los créditos contraídos. Se presenta aquí la idea de la proporcionalidad del concurso, 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.

Esto implica que a los acreedores se les debe dispensar un trato igualitario en la distribución de las pérdidas y ganancias del negocio, principio de igualdad conocido con la aludida expresión latina «par conditio creditorum», el que se contrapone con el principio común

7 De la Puente y Lavalle, Manuel. Op. Cit. Pág. 62.

8 De conformidad con el artículo 1251º del Código Civil «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

9 Cabe advertir que dicho enunciado colisiona con el artículo 17º de la LGSC que proclama el carácter no innovativo de las obligaciones concursales del deudor.

10 Díez-Picazo, Luis. Fundamento de derecho civil patrimonial. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1979. Tomo I. Pág. 49.

11 Candelario Masías, Isabel. El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales. Editorial Comares. Granada, 1999. Pág. 163.

12 **Artículo VI.- Proporcionalidad.**- Los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes, salvo los órdenes de preferencia establecidos expresamente en la presente Ley.

de quien llega primero cobra antes —»prior in tempore potior in iure»—, aplicable en el derecho civil.

No obstante lo anterior, conviene mencionar que el principio de proporcionalidad o igualdad se flexibiliza en nuestra legislación concursal a través de las preferencias establecidas por la LGSC¹³.

Pese a esto último, la oponibilidad concursal resulta un rasgo distintivo e imprescindible del Plan de Reestructuración, sin el cual éste carecería de toda eficacia. Piénsese, por ejemplo, si no existiera la inoponibilidad, en lo inseguro que serían los acuerdos al interior de las Juntas de Acreedores, cuando la masa concursal y la consiguiente reestructuración económica financiera de la empresa, puedan quedar a merced de las acciones unilaterales de aquellos acreedores que no se presentaron al concurso o que, siendo minoritarios, tuvieron una opción diferente a la aprobación del Plan.

Bajo tales circunstancias, no habría incentivo alguno de reducir los costos de coordinación entre acreedores y deudor con el ánimo de arribar a soluciones colectivas de la crisis. Salvo que exista unanimidad de opiniones entre todos los acreedores —cosa improbable, atendiendo a la diversidad de intereses que convergen en el procedimiento concursal— el acuerdo y ejecución del Plan de Reestructuración estarían condenados al fracaso.

“(...) la oponibilidad concursal resulta un rasgo distintivo e imprescindible del Plan de Reestructuración, sin el cual éste carecería de toda eficacia.”

2.2 El Caso Particular del Acreedor Tributario

«La oponibilidad del Plan de Reestructuración al Estado, en su condición de acreedor tributario, se regirá por las disposiciones contenidas en el artículo 48º.»

El principio de proporcionalidad o igualdad concursal al que nos referimos en el numeral anterior se resiente ostensiblemente con la participación del acreedor tributario en el procedimiento concursal.

Dicha participación trae una serie de aristas y cuestionamientos que no son el caso analizar, ni siquiera mencionar, en el presente trabajo. Sin embargo, para explicar lo enunciado en el párrafo precedente, vamos a ocuparnos tan solo de tres privilegios que otorga la legislación concursal al tratamiento del crédito tributario en el Plan de Reestructuración, a saber:

(i) La oponibilidad «favorable»: Nos referimos al precepto general del artículo 48.3º de la LGSC en virtud del cual «Los acuerdos adoptados por la Junta son oponibles a los créditos de origen tributario en las mismas condiciones aplicables a la mayoría de los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos». Dado que los acuerdos de Junta se forman sobre la base del sistema de mayorías, es fácil suponer que las decisiones más ventajosas —o menos onerosas, si queremos verlas por ese lado— serán aquéllas que afecten

a los acreedores mayoritarios¹⁴. En todo ámbito de acuerdo de las Juntas, estas decisiones se extienden al acreedor tributario. A tales efectos, se establece un doble filtro a su favor, cuando se señala que a éste se le aplican las mismas condiciones que: (a) alcanzan a los acreedores mayoritarios; y (b) que representen el orden de prelación con mayor cantidad de créditos reconocidos.

En ese sentido, no cabe duda que el acreedor tributario se ubicará en el grupo de acreedores «menos afectados» con las decisiones del grupo, al que se opondrá tal acuerdo. Incluso, en el supuesto de dudas o discrepancias acerca de los alcances y pertinencias de tales privilegios, éstas serán resueltas por el INDECOPI, es decir, se ofrece al acreedor tributario una vía «ad-hoc» y expeditiva para la solución de las controversias derivadas de las condiciones de sus privilegios, cosa que no tienen, al menos de esa forma, el resto de acreedores del concurso. A propósito de esto último, una duda que salta a la vista en la norma

13 Sobre este asunto, el artículo 42º de la LGSC categoriza a los acreedores atendiendo a la condición de su persona (acreedores laborales y alimentarios, por ejemplo) y a la condición de su crédito (garantizados y quirografarios). Ello implica una participación pre-establecida en el haber concursal ocurrida la disolución y liquidación del patrimonio insolvente.

14 En el Sistema Concursal, como pasa en los regímenes societarios, el acreedor concursal vota en la Junta en función al crédito reconocido por el INDECOPI. De esta manera, el crédito reconocido a un acreedor «x» representa un porcentaje del universo total de créditos reconocidos por la autoridad concursal, previo a la instalación de la Junta de Acreedores, y votará siempre que ese crédito se haya presentado para su reconocimiento de manera oportuna, como exige el artículo 34.1º de la LGSC para contar con el derecho de voto. Siguiendo una metáfora societaria, podemos decir que el crédito es al acreedor, como la acción es al accionista. Cada uno de estos títulos —crédito o acción— representa una parte del «poder político» que concurre en la Junta de Acreedores o Junta de Accionistas, respectivamente.



en cuestión es a qué «mayoría» de acreedores se refiere. ¿A una mayoría nominativa? es decir, si se trata de 5 acreedores reconocidos ¿la mayoría es de 3? ¿O a una mayoría porcentual? es decir ¿en función a la cantidad o porcentaje de créditos que detenta cada uno de los 5 acreedores? La respuesta a esta inquietud, la reservamos para un trabajo posterior.

- (ii) La tesis de la menor afectación: Sobre la base del privilegio anterior, se construye esta tesis con la finalidad de afectar, del menor modo posible, al acreedor tributario cuando en el Plan se fijen las condiciones específicas de las tasas de interés compensatorio aplicables y el plazo de reprogramación de pagos de la acreencia concursal. Nuevamente la remisión a este privilegio la encontramos en el artículo 48° de la LGSC¹⁵.

Para graficar mejor este privilegio vamos a plantear el siguiente ejercicio: asumamos que en el Plan de Reestructuración de la Empresa «X» se establece una tasa de interés compensatorio diferenciada para acreedores garantizados (tercer rango de prelación) y acreedores quirografarios (quinto rango de prelación) del orden del 10% TEA y 5% TEA, respectivamente. Dentro del primer grupo (acreedores garantizados), la tasa del 10% TEA, se incrementa al 12% TEA al cabo del segundo año de la reestructuración, en vista del financiamiento de capital de trabajo que efectuarán el 75% de acreedores pertenecientes a ese grupo en ese momento; en tanto el 25% de acreedores restantes conservan su tasa de interés sin variación durante todo el plazo del proceso, dado que no harán ningún aporte de esa naturaleza.

¿Qué tasa de interés de tipo compensatorio corresponde al acreedor tributario? La respuesta nos la da el precitado artículo 48°: la que corresponde a la mayoría de los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos. En el caso concreto, la tasa para el acreedor tributario sería del orden del 10% TEA por los primeros dos años del proceso de

reestructuración, incrementándose a 12% TEA luego del segundo año, de cumplida la condición. Al respecto, podemos señalar que: (a) el acreedor tributario se beneficia en el grado mayor del acuerdo de la Junta, por consideración a la persona que detenta el crédito: el Estado; (b) su beneficio se incrementa acorde al compromiso de financiamiento de otros acreedores, pese a que el acreedor tributario no contribuyó con el financiamiento; y (c) se limita la voluntad de la Junta de Acreedores para, sobre la base de consideraciones objetivas, asignar al acreedor tributario una tasa de interés de tipo compensatorio acorde a su exposición y lugar dentro del concurso. Todo lo dicho anteriormente, también es aplicable en el supuesto de la reprogramación de pagos de las deudas concursales de origen tributario.

- (iii) «No perdono y no me arriesgo»: Estas podrían ser perfectamente las palabras que, en cualquier Junta de Acreedores, dirá el acreedor tributario; y no necesariamente porque así lo desee en el supuesto concreto —en todo caso, eso es subjetivo—, sino porque el tercer privilegio que nos ocupa así se lo impone, cuando en el literal d) del artículo 48.3° se señala que los créditos tributarios «no serán capitalizados ni condonados». De esta manera, la carga fiscal de la empresa se mantiene intacta. Mecanismos importantes de reorganización de la sociedad en crisis, como puede ser el canje de deuda concursal por acciones de la empresa, lo que supone una capitalización y mejora de sus Estados Financieros; así como la extinción rápida de obligaciones vía el acuerdo de condonación de acreencias, lo que supone además, una menor exposición financiera del negocio facilitando su acceso al crédito, son desechados por el Estado cuando éste es el implicado.

Como una suerte de paliativo, la disposición en cuestión prevé que «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

¹⁵ Artículo 48°.- Participación del acreedor tributario en Junta(...) 48.3

Los acuerdos adoptados por la Junta son oponibles a los créditos de origen tributario en las mismas condiciones aplicables a la mayoría de los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos. Los casos de discrepancia acerca de cuáles son esas condiciones serán resueltos por la Comisión. Sin perjuicio de otras preferencias y privilegios establecidos para los créditos tributarios, se observarán las condiciones siguientes: (...)

b) La tasa de interés compensatorio de la reprogramación de créditos será la que la Junta apruebe para la mayoría de los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos.

c) El plazo de la reprogramación de los créditos no podrá exceder del plazo que sea aprobado para la mayoría de los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos.

en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos». Paliativo insuficiente desde nuestra óptica, por cuanto mantiene la carga tributaria de la empresa y no ofrece a la Junta de Acreedores alternativas adecuadas de tratamiento para alcanzar su reducción o refinanciamiento provechoso.

Entonces, ¿la participación del acreedor tributario y los privilegios concedidos por la LGSC distorsionan las reglas del concurso? Por los argumentos expuestos, pensamos que sí, pero no solo distorsiona, también repercute, de manera proporcional al crédito que el Estado mantiene en el procedimiento, en la ejecución del Plan de Reestructuración y en la viabilidad futura del deudor en crisis.

2.3 Garantías Otorgadas por Terceros a Favor de Deudores Concursados

«Los efectos de la aprobación del Plan no liberan a los terceros garantes del deudor, salvo que el acreedor beneficiario de las garantías constituidas por éstos hubiera votado a favor de la aprobación del Plan o que dichos garantes hubiesen previsto el levantamiento de las garantías otorgadas por efecto de la aprobación del Plan.»

En un ordenamiento jurídico que busca la protección del crédito y la celebración, sin barreras ni obstáculos permanentes, de transacciones comerciales, el sistema de garantías debe funcionar sin contratiempos, constituyendo una verdadera «válvula de escape» a favor del acreedor que se cuidó de revestir de garantías sus contratos, frente a eventuales incumplimientos de su deudor. En ese sentido, nuestro sistema legal pone «sobre la mesa» las cartas de las garantías reales y personales a disposición de los contratantes para que las usen de acuerdo a su conveniencia.

Ahora bien, ¿qué pasa con las garantías del acreedor cuando su deudor ingresa a un procedimiento concursal? Para responder esta pregunta, conviene hacer notar, en primer lugar, que el estado concursado de una persona supone una situación excepcional y temporal, que conlleva intervenciones legales profundas en las relaciones jurídicas, privadas y públicas, preestablecidas por el deudor frente a terceros; pero que son —tales intervenciones—, necesarísimas si es que se quiere alcanzar una solución óptima a la crisis del deudor. De esta forma, la declaración de concurso revestirá de contenido especial la ejecución y cumplimiento de las obligaciones del concursado, conforme a la ley de la materia.

Sobre este particular, la LGSC establece dos efectos de suma relevancia sobre las deudas y masa concursal, los que brevemente pasamos a explicar:

- (i) La suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor devengadas hasta la «fecha de corte», esto es, la fecha de difusión del procedimiento. Como dijimos líneas arriba, este efecto implica una intervención legal en las relaciones jurídicas del deudor con el objeto de fortalecer su patrimonio y hacer efectivas las decisiones que la Junta de Acreedores que se instale tome respecto del mismo. Las consecuencias son: (a) la suspensión de cualquier pago adeudado por el concursado; (b) el no devengo de intereses moratorios; y (c) la no capitalización de créditos.

La suspensión de pagos aludida no es perpetua, sino que tiene efectos hasta que sea aprobado el instrumento concursal correspondiente. En efecto, como quiera que la suspensión es necesaria para fortalecer el patrimonio de la empresa concursada y evitar con ello las exigencias inmediatas de pago que podrían lesionar decisiones eficientes de la Junta, una vez que se ha logrado este propósito se torna innecesario continuar con dicha medida, sobretodo si se tiene en consideración que los acuerdos establecidos en cualquiera de los instrumentos concursales relativos a la exigibilidad de obligaciones serán oponibles a todos los acreedores comprendidos en el concurso y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento.

- (ii) La intangibilidad del patrimonio del deudor. Ello busca evitar acciones ejecutivas individuales una vez descubierta la situación de crisis del deudor, con lo que el desincentivo para la adopción de acuerdos colectivos sería manifiesto. La intangibilidad del patrimonio 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. Lo anterior, evita la degradación o detrimento del patrimonio.

Este efecto nos trae la suspensión de todo procedimiento seguido contra el concursado, en su etapa de ejecución, justamente con la finalidad de evitar el menoscabo de su patrimonio, lo que favorecería a un acreedor respecto del resto de acreedores del concurso.



Con la explicación precedente, la respuesta a la pregunta formulada líneas arriba es que, frente a las garantías constituidas por el deudor, el acreedor garantizado debe: (i) apersonarse y participar en el procedimiento concursal; (ii) solicitar el reconocimiento de sus créditos, incluyendo la garantía que detenta a su favor; y (iii) ajustar sus pretensiones de cobro a lo que la mayoría de acreedores decida en Junta, con la salvedad que, de adoptarse la liquidación como destino del deudor, tendrá una prelación mayor, dada sus garantías, frente a otros acreedores, básicamente el acreedor tributario y los quirografarios.¹⁶

Puede resultar complicado aceptar esta subordinación del régimen de garantías a las consecuencias o resultados del efecto concursal. Sin embargo, el sustento de lo antes dicho está en los principios de colectividad e igualdad propios del Derecho Concursal, dirigidos a superponer el interés colectivo de la masa frente al interés individual de cobro de un acreedor y a dejar en las mismas condiciones a todos los acreedores frente a los resultados —provechosos o desventajosos— del concurso, respectivamente¹⁷.

Como bien señala José Manuel Finez, «con la apertura de un procedimiento de insolvencia entran en juego el principio de equidad, que arbitra los intereses de las partes en el contrato, y la satisfacción colectiva de los acreedores ante un patrimonio «irresponsable». Frente a la resolución como garantía del particular acreedor está la *par conditio* como garantía del crédito. La autonomía de la voluntad, norma de autoregulación de intereses, ha de quedar limitada por el ordenamiento concursal...»¹⁸

En resumen, las garantías del acreedor ceden terreno al concurso emergente, por lo que el acreedor garantizado no puede exigir el pago contra su deudor ni afectar su patrimonio, a través de las garantías que posee; solamente puede/debe participar del concurso como un acreedor de tercer rango de prelación, y sujetarse las

consideraciones y decisiones mayoritarias de la Junta de Acreedores.

Efectuadas estas explicaciones —necesarias para entender los alcances del artículo 67.3º— veamos qué sucede con las garantías constituidas por terceros a favor de acreedores de un deudor concursado.

Según lo expuesto, los efectos del concurso se circunscriben al patrimonio del concursado, por lo que la suspensión no puede extenderse al patrimonio de terceros. En efecto, de acuerdo al artículo 17.3º de la LGSC «*La inexigibilidad de las obligaciones del deudor no impide 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 (...). 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.*»

En ese sentido, los acreedores pueden dirigir el cumplimiento de obligaciones contra la empresa principal (de tratarse del concurso de una sucursal) o contra aquellas personas que constituyeron garantías reales o personales a su favor para respaldar las obligaciones del concursado. En este último caso, se respeta el régimen de

garantías constituido y se premia el comportamiento diligente de ciertos acreedores que se protegieron mejor ante el riesgo que implica el incumplimiento de obligaciones y posible concurso de su deudor.

En ese orden de ideas, el primer enunciado del artículo 67.3º es consecuente con lo antes dicho, cuando señala que «*Los efectos de la aprobación del Plan no liberan a los terceros garantes del deudor*». Así como los efectos del concurso no se extienden a patrimonios distintos del deudor, los términos y condiciones de los

“(...)los efectos del concurso se circunscriben al patrimonio del concursado, por lo que la suspensión no puede extenderse al patrimonio de terceros.”

16 De conformidad con el artículo 42º de la LGSC relativo a los órdenes de preferencia, se encuentran en el tercer rango, «*los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32º...*»

17 **Artículo V.- Colectividad.**- Los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor.

Artículo VI.- Proporcionalidad.- Los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes, salvo los órdenes de preferencia establecidos expresamente en la presente Ley.

18 Finez, José Manuel. Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1992. Pág. 70.

instrumentos concursales aprobados en Junta de Acreedores tampoco deben «tocar» a personas distintas del concursado.

Sobre el particular, la Exposición de Motivos del proyecto de LGSC del INDECOPI señaló:

«El concurso incide en un patrimonio determinado, por lo que sus efectos no pueden extenderse al patrimonio de terceros. En ese sentido, los acreedores pueden dirigir el cumplimiento de obligaciones a aquellas personas que constituyeron garantías reales o personales a su favor frente a obligaciones del concursado. De esa forma se logra (a) respetar el régimen de garantías y (b) premiar el comportamiento diligente de ciertos acreedores que se cubrieron mejor ante el riesgo que implica el incumplimiento de obligaciones.»¹⁹

Aquí encontramos una situación peculiar, toda vez que el principio de accesoriedad de las garantías cede el paso al principio de especialidad que embarga a todo el Sistema Concursal. Nos explicamos mejor: de acuerdo a la doctrina y legislación civil, las garantías reales y las personales son accesorias a la obligación principal; en otras palabras, siguen su suerte, por lo que las circunstancias que recaigan sobre la obligación principal, también afectarán a las garantías ofrecidas para su cumplimiento. A modo de ejemplo, tenemos el numeral 1 del artículo 1090° y el numeral 1 del artículo 1122° del Código Civil que preceptúan la extinción de la prenda e hipoteca, respectivamente, cuando se extingue la obligación que garantizan.

Otro ejemplo de esto lo vemos en el artículo 1901° del Código Civil²⁰, por medio del cual la prórroga de la obligación afianzada a favor del deudor extingue la fianza, si es que el fiador no prestó su consentimiento. De esta manera, se busca evitar una situación incierta en la persona que prestó una fianza, de extender su garantía personal a la sola voluntad de terceros. Sin perjuicio de ello, preceptos del ordenamiento civil, como los referidos, no operan en el ordenamiento concursal.

La preeminencia del Sistema Concursal, además de los principios de colectividad e igualdad mencionados, está avalada por la aplicación preferente de las normas concursales sobre cualquier otra que contenga disposiciones distintas, incluyendo, por cierto, las del Código Civil.²¹

En consecuencia, el acreedor garantizado tiene expedita la posibilidad de ejecución inmediata de los terceros garantes —reales o personales— del deudor concursado. No obstante, para que esto ocurra es requisito previo que la obligación principal se halle vencida, o que esté estipulado en el contrato su resolución por el ingreso del deudor a un procedimiento concursal, lo que faculta al acreedor a ejecutar al garante. Al respecto, coincidimos con la opinión de Guillermo Puelles en el sentido de que la mera existencia del procedimiento e inexigibilidad de obligaciones del deudor, no facultan *per se* al acreedor a llevar adelante la ejecución de las garantías.²²

De haberse aprobado el Plan de Reestructuración, el acreedor garantizado tiene, por tanto, dos opciones: (i) seguir la ejecución del Plan y, de acuerdo a los nuevos términos pactados, esperar el cumplimiento del deudor concursado, es decir, el obligado principal; o (ii) ejecutar sin mayor preámbulo las garantías constituidas por terceros a su favor, siempre que la obligación principal se encuentre vencida.

Lo anterior, nos presenta otra situación peculiar en esta visión dicotómica entre la especialidad concursal versus la accesoriedad del régimen de garantías. Por un lado, tenemos que el acreedor garantizado puede ejecutar de inmediato al garante, pese a que los términos de la obligación principal se han modificado en el Plan (asumamos, por ejemplo, que se reprogramó la obligación del concursado por 10 años); y por otro lado, el acreedor garantizado puede desistir de su intención inmediata de ejecución, en tanto el Plan se ejecuta, siendo su potestad, una ejecución futura del garante, pese a lo pueda estar haciendo el deudor principal al interior de su procedimiento concursal. Como dice Puelles, «... *el*

19 Exposición de Motivos del proyecto de Ley General del Sistema Concursal elaborado por el INDECOPI, que fuera colgada en su página web en el mes de mayo de 2002.

20 **Artículo 1901°.- Extinción de la fianza por prórroga de la obligación afianzada.** La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el asentimiento del fiador extingue la fianza, salvo que éste la haya aceptado anticipadamente.

21 **Artículo 2°.- Ámbito de aplicación de la norma y aplicación preferente (...)**

2.3 En la tramitación y resolución de los procedimientos concursales, las disposiciones previstas en la Ley se aplicarán preferentemente a cualquier otra norma que contenga disposiciones distintas.

Disposiciones Complementarias y Finales.

SEGUNDA.- Aplicación preferente.- En la tramitación de procedimientos concursales, la Ley es de aplicación preferente a las normas del Código Civil, del Código Procesal Civil, del Código Tributario, de la Ley General de Sociedades, de la Ley de Títulos Valores, del Código de Comercio, de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y de todas las demás normas que en situaciones normales rigen y regulan la actividad de los agentes del mercado.

22 Puelles, Guillermo. Algunas consideraciones sobre las garantías de terceros en los procesos concursales. En: Informativo Legal Rodrigo & Hernández Berenguel. Volumen 166. Lima, abril de 2000.



acreedor puede ejecutar al fiador y, en general, a los terceros garantes, en los términos en que éstos se obligaron originalmente, con independencia de lo que ocurra con la obligación garantizada en el marco de un procedimiento concursal».²³

Sobre esto último, cabe advertir que, conforme a la legislación concursal peruana, el ingreso a un proceso concursal y la aprobación de instrumentos concursales, no supone la novación de las obligaciones del deudor. Este aspecto no innovativo del Plan de Reestructuración, busca evitar la pérdida por parte de los acreedores de las garantías otorgadas por terceros y termina siendo una atadura de los garantes a los avatares del obligado principal, lo que trae innumerables cuestionamientos, cuyo análisis excede los márgenes del presente trabajo.²⁴

En síntesis, conforme al artículo 67.3° de la LGSC, los términos y condiciones del Plan de Reestructuración aprobado por la Junta de Acreedores, no se extienden a personas distintas del concursado, por lo que los terceros garantes de éste, no se liberan en modo alguno por la aprobación de dicho instrumento, sino que, pese a los mecanismos de reprogramación, refinanciación u otros dados a favor del concursado, las relaciones de carácter real o personal entre el acreedor y los garantes se mantienen inalterables; como si el procedimiento concursal para ellos, no tuviese ningún efecto ni existencia.

Sin embargo, esta regla general se relaja con dos excepciones contempladas en el mismo artículo bajo comentario:

(i) Por previsión contractual: Mencionado en la parte final del texto del artículo 67.3°, esta disposición permite la liberación de los garantes del deudor como consecuencia de la aprobación del Plan, de existir una previsión en el contrato de constitución de garantía en ese sentido. En otras palabras, se produciría el levantamiento de las garantías personales y reales por efecto de la aprobación del Plan, si es que las partes implicadas —deudor concursado, acreedor concursal y garante— así lo establecieron en el acto jurídico correspondiente, de manera previa al inicio del concurso. De este modo, se restringe contractualmente los alcances de la

responsabilidad del tercero garante ante el riesgo de un eventual concurso del deudor.

Al respecto, siendo ésta una manifestación de voluntad de las partes, no tenemos nada que refutar, en tanto nace de un acuerdo de voluntades que la legislación concursal respeta. No obstante, en la práctica, es poco usual observar una previsión contractual de esa naturaleza, máxime cuando lo que cualquier acreedor busca es proteger su crédito, por medio de garantías de terceros, frente a todo tipo de incumplimiento de obligaciones del deudor, sobretodo si éste entra en falencia o insuficiencia patrimonial.

(ii) Por «voluntad» tácita del acreedor garantizado: De acuerdo a este extremo, el acreedor garantizado propiciaría la liberación de los terceros garantes, siempre que haya votado a favor de la aprobación del Plan de Reestructuración de su deudor.

Esta parte de la norma es absolutamente desafortunada por cinco razones centrales:

- a. Asume una voluntad liberatoria de los garantes por parte de los acreedores, que no fue declarada ni prevista contractualmente, ni antes ni después de la aprobación del Plan. Así, la LGSC se sustituye indebidamente en la voluntad de los acreedores garantizados, pese al principio de autonomía privada que el Título Preliminar de la propia ley proclama.²⁵
- b. Pareciera ser que la LGSC le da un carácter extintivo a las obligaciones concursales cuando sucede la aprobación del Plan de Reestructuración; caso contrario, no entendemos porqué libera gratuitamente a los garantes del cumplimiento que les corresponde.
- c. El voto a favor de la aprobación de un Plan, es resultado del análisis económico-financiero que, acerca de la viabilidad de la empresa deudora, realizan sus acreedores luego de observar las variables endógenas y exógenas del negocio, planteadas y discutidas en el seno de la Junta. Nótese que todo esto se encuentra en función

23 Puellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 18.

24 Una discusión, desde nuestro punto de vista de vital importancia, pero que no se produjo con ocasión de la reforma de la legislación concursal, justamente se relaciona con la pertinencia de regular la novación concursal como mecanismo célere y definitivo de extinción inmediata de todas las obligaciones concursales, a la hora que la Junta de Acreedores determine la aprobación del instrumento concursal respectivo. Esto conllevaría a la conclusión del procedimiento administrativo ante el INDECOPI, así como la regulación y solución enteramente privada de los problemas posteriores en la ejecución o interpretación del Plan. Convenio de Liquidación o Acuerdo Global. Las conveniencias o no de este instituto dentro del orden concursal, así como sus efectos en las obligaciones y garantías del deudor, es un asunto pendiente, que nos comprometemos a abordar en un trabajo futuro.

25 **Artículo X.- Rol promotor del Estado.**— El Estado, a través del INDECOPI, facilita y promueve la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales con las formalidades de ley.

de la realidad y mayor valor del negocio en reestructuración, razón por la que no encontramos ninguna causalidad entre la aprobación del Plan y la liberación de garantes sujetos con masas activas y pasivas distintas a las del concursado.

- d. Se genera un desincentivo a la aprobación de los Planes de Reestructuración, ante el riesgo de pérdida de las garantías. Si el acreedor garantizado vota a favor pierde automáticamente la obligación del garante, y siempre existe el riesgo de perder también la obligación del principal, si es que la reestructuración no resulta como lo trazado. Frente a la disyuntiva de perder «soga y cabra», mejor es asegurarse un cobro directo, aunque sea parcial, para lo cual el acreedor con garantías, o vota en contra del Plan, o se abstiene de emitir pronunciamiento, pese a las bondades que dicho instrumento pueda tener.
- e. Como colofón, la norma comentada debilita el régimen de garantías en general, pero peor aún, pone más trabas a las empresas que, con seriedad y transparencia, desean ingresar a un proceso de reestructuración, que pudo haber sido óptimo para la mayoría de sus acreedores y para ella misma.

Por todos los argumentos expuestos, este extremo del artículo 67.3° de la LGSC debería ser derogado, circunscribiendo de manera excepcional la liberación de los garantes, como consecuencia de la aprobación del Plan, a una previsión contractual expresa y previa entre las partes.

2.4 Efectos del Incumplimiento del Plan de Reestructuración

«El incumplimiento de los términos o condiciones establecidos en el Plan determina la declaración de disolución y liquidación del deudor por parte de la Comisión, siempre que tal declaración haya sido solicitada por un acreedor a la autoridad concursal.»

Si ya de por sí son altos los costos de coordinación entre acreedores y deudor antes del estado de insolvencia, surgido éste, la cuestión es más compleja; y no deja de serlo, a pesar de contar con un primer compromiso de cumplimiento de obligaciones y buen perfil empresarial, como puede ser el Plan de Reestructuración. A decir de Alan Schwartz:

*«El derecho concursal difiere de otras áreas del derecho comercial porque la renegociación después de ocurrida la insolvencia es difícil. Los acreedores no pueden coordinar convenientemente sus esfuerzos de cobro de sus créditos, respetando la disposición apropiada de la empresa insolvente, porque hay a menudo muchos acreedores cuyos intereses pueden ser diversos. La empresa no tiene tampoco el poder legal para compeler a los acreedores para estar de acuerdo con ella. Un sistema concursal es necesario para facilitar la habilidad de las partes de renegociar hacia acuerdos que sean eficientes ex post».*²⁶

La Ley de Reestructuración Patrimonial, colaboró con la reducción de costos de coordinación entre las partes para procurar acuerdos en el marco del procedimiento concursal, sean éstos de naturaleza reorganizativa o liquidatoria. Empero, el problema se presentaba cuando dichos acuerdos, alcanzados en la generalidad de veces con sumo esfuerzo, no eran cumplidos por los deudores. Frente a esta hipótesis, las acciones del INDECOPI eran inexistentes, por cuanto sus atribuciones para declarar la nulidad del Plan no estaban orientadas al incumplimiento del mismo, sino que regulaba situaciones no deseadas, atentatorias contra el ordenamiento jurídico, la normativa concursal o el ejercicio abusivo de un derecho.

Pero, si el caso trataba de la inejecución del Plan de Reestructuración, los acreedores perdían su tiempo si acudían a la autoridad concursal. ¿Qué les quedaba? Dirigir sus fuerzas a acciones judiciales de incumplimiento de contrato, procesos de conocimiento largos, tediosos y, casi siempre, improductivos. Claro que la Junta de Acreedores, ante el incumplimiento del Plan, podía cambiar el destino de la empresa a una liquidación, pero igualmente sus expectativas de cobro vía una reorganización corporativa se vieron burladas y, lo que es peor, no amparadas por el Sistema Concursal.

Ante este supuesto, la peor carga la recibían los acreedores con mejores expectativas de cobro — acreedores laborales y acreedores garantizados—, pero sin mayoría en la Junta, quienes quedaban a merced de la decisión de los acreedores mayoritarios de baja prelación, que preferían seguir firmando «cheques en blanco» a favor del deudor, en vista que para ellos mejor negocio resultaba una reestructuración de poca expectativa —pero que permitía seguir «disfrazando» sus estados financieros— que una liquidación con una segura pérdida total de sus acreencias.

26 Schwartz, Alan. Una aproximación contractual a la insolvencia empresarial. En: Themis, Revista de Derecho, N° 45. Lima, 2002. Pág. 128.



El precitado artículo 67.4° de la LGSC intenta cambiar esta perspectiva sombría y poco efectiva que dejó la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial en lo relativo a la inejecución del Plan. En tal sentido, ante el incumplimiento de los términos y condiciones del Plan de Reestructuración aprobado —supuesto de hecho— acontecerá la declaración de disolución y liquidación del deudor por parte de la Comisión —consecuencia jurídica—. Como señaló el INDECOPI *«de esta forma, se busca dar mayor seriedad al cumplimiento de la ejecución de Planes, así como garantía a los acreedores del cumplimiento oportuno o vías adecuadas a ser utilizadas ante el incumplimiento de dicho instrumento»*.²⁷

En ese orden de ideas, más que una sanción contra el deudor o la solución a los males del sistema concursal, como se ha creído que apunta esta disposición²⁸, la liquidación por incumplimiento del Plan es un mecanismo de protección efectivo de los acreedores ante la eventual inejecución de dicho instrumento.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 67.4° presentaba algunas grietas en su regulación que, por fortuna, fueron tratadas por el INDECOPI, a través de la Directiva N° 002-2003/CCO-INDECOPI²⁹. Sobre este particular, nos detendremos en tres asuntos que nos parecen los más relevantes para comprender plenamente los alcances y efectos de la norma bajo análisis:

- (i) Supuestos de falta de legitimidad activa: El último extremo del artículo 67.4° establece que la actuación de la Comisión se producirá *«...siempre que tal declaración haya sido solicitada por un acreedor a la autoridad concursal»*. Para saber qué acreedores se encuentran legitimados para solicitar esa declaración, es menester precisar quiénes no tienen esta prerrogativa. Al respecto, la Directiva N° 002-2003/CCO-INDECOPI, señala que un acreedor no podrá pedir la liquidación de la

concurada: (a) en razón de un incumplimiento propio; o (b) cuando sustente su pedido en un incumplimiento del Plan que no le produce afectación directa.

La elaboración de un Plan de Reestructuración no implica solamente el tratamiento de un cúmulo de obligaciones pecuniarias del deudor frente a sus acreedores concursales, sino que, por el contrario, supone también, por parte de éstos, responsabilidades y cargas que voluntariamente asumen con el propósito de hacer viable la reestructuración del deudor. Justamente, la base del éxito de un Plan reposa, en buena medida, en las facilidades y compromisos que asumen los acreedores del deudor interesados en su reflotamiento, como vía factible para la recuperación de sus acreencias.

En ese sentido, no sería razonable que un acreedor que, por ejemplo, se comprometió a otorgar un financiamiento a largo plazo al deudor, solicite la

liquidación de este último producto de la inejecución de un Plan de Reestructuración que no se materializó, precisamente porque el deudor careció de capital de trabajo que iba a obtener del financiamiento prometido. Por esta razón, hace bien la Directiva del INDECOPI en restar legitimidad a estos acreedores para pedir la liquidación del deudor.

Mayor polémica produce la segunda causal de exclusión, esto es, del acreedor que sustenta su pedido en un incumplimiento del

Plan que no le produce afectación directa. Ello, porque el Plan de Reestructuración no es la materialización de relaciones jurídicas individuales acreedor-deudor, aisladas e independientes del resto de acreedores; el Plan, contempla una compleja red de relaciones patrimoniales y comerciales, de ejecución y organización o gestión, que involucra a múltiples sujetos —como son los administradores, gerentes, accionistas y garantes de la empresa

“(...) la liquidación por incumplimiento del Plan es un mecanismo de protección efectivo de los acreedores ante la eventual inejecución de dicho instrumento.”

27 Exposición de Motivos del proyecto de Ley General del Sistema Concursal elaborado por el INDECOPI, que fuera colgada en su página web en el mes de mayo de 2002.

28 De Bracamonte, Gonzalo. Cambiando de rumbo: las causales de liquidación en la Ley General del Sistema Concursal. En: Ius et Veritas N° 25. Año XIII. Lima, 2002.

29 La Directiva N° 002-2003/CCO-INDECOPI, de observancia obligatoria respecto de todos los Planes de Reestructuración, fue emitida por la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI con fecha 28 de mayo de 2003 con el objeto de ofrecer los lineamientos sobre la disolución y liquidación ante el incumplimiento del Plan de Reestructuración. Cabe advertir que, de conformidad con el artículo 3.2° de la Ley General del Sistema Concursal, *«Corresponde a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI regular y fiscalizar la actuación de las Comisiones creadas en virtud de Convenio, Entidades Administradoras y Liquidadoras, acreedores y deudores sujetos a los procedimientos concursales en el ámbito nacional, para lo cual podrá expedir directivas de cumplimiento obligatorio»*.

concurada—. En ese orden de ideas, el incumplimiento de algún extremo del Plan, consideramos, si afecta al conjunto de participantes en el mismo.

Dejando de lado la discusión formulada al inicio del presente trabajo, acerca de la naturaleza contractual del Plan, este instrumento, como cualquier otro acuerdo entre partes, debe ser respetado y cumplido a cabalidad³⁰. En tal sentido, sería indistinto que el incumplimiento afecte al acreedor «A» o al acreedor «B» para aplicar la disposición contenida en el artículo 67.4°; lo trascendente es que un extremo del Plan se inejecutó por causa imputable al deudor, por lo que, desde un punto de vista conceptual, hay un incumplimiento negocial; y desde un punto de vista práctico, ese hecho puede desencadenar incumplimientos progresivos del deudor sobre el resto de términos del Plan aprobado.

Siendo la liquidación por incumplimiento del Plan un mecanismo de protección efectivo de los acreedores ante la eventual inejecución de dicho instrumento, no resulta consecuente restringirlo a los acreedores «directamente afectados», máxime cuando el Plan de Reestructuración — como hemos visto— es un programa bastante complejo de obligaciones plurilaterales y acciones de organización de la concursada que no puede circunscribirse a la prestación del deudor para con un solo acreedor.

En conclusión, pensamos que cualquier tipo de incumplimiento del Plan, sea de sus obligaciones pecuniarias o de pago en él consignadas, o en los deberes de gestión de los órganos de administración frente a uno o más acreedores; conllevará a que cualquiera de ellos tenga la legitimidad suficiente para solicitar ante el INDECOPI la declaración de liquidación del citado deudor.

- (ii) Defensa del deudor: La Directiva N° 002-2003/CCO-INDECOPI establece con acierto que «... a fin de no generar indefensión en el deudor concursado, se debe conceder a éste una última

opción de cumplir y ejecutar, o en su caso, gestionar con quien corresponda que ello ocurra, ante el requerimiento de los acreedores, las obligaciones pactadas en el Plan de Reestructuración que no fueron oportunamente satisfechas».

De este modo, la declaración de liquidación no implica una resolución «*ipso facto*» de la Comisión una vez informada del incumplimiento del deudor. Por el contrario, a través de la norma acotada, se sigue un proceso incidental, debiendo el acreedor cursar primero al deudor una comunicación fehaciente por la que se le solicita el cumplimiento en un plazo no menor de 15 días hábiles; o, en segundo lugar, otorgando a éste la posibilidad de formular sus descargos, pudiendo así contradecir lo señalado por el solicitante y demostrar que el supuesto incumplimiento no ocurrió, o encontrar los medios adecuados para subsanar tal incumplimiento. Todo lo anterior, bajo una lógica elemental del debido proceso que debe asistir siempre a cualquier persona.

- (iii) Alcances de la liquidación por incumplimiento: Tema referido a la posibilidad de revertir la decisión de la Comisión acerca de la liquidación como destino del concursado debido al incumplimiento del Plan, asunto que inicialmente presentó varias dudas en la autoridad concursal.

Como cuestión preliminar, es pertinente advertir que la LGSC presenta tres categorías acerca de las causales de disolución y liquidación: (a) las causales legales, supuestos previstos en la LGSC, por los cuales opera la disolución y liquidación del deudor sin requerir el pronunciamiento previo de la Junta de Acreedores; (b) las causales oficiosas, reguladas en el artículo 96° de la LGSC, son aquéllas que ameritan el pronunciamiento de oficio de la Comisión, en vista de la falta de impulso o incapacidad de la Junta de Acreedores para reunirse o adoptar acuerdos sobre el futuro del deudor; y (c) las causales voluntarias, estas son, nacidas por voluntad de la Junta de Acreedores, conforme a las facultades que le otorga la legislación concursal.³¹

30 **Código Civil Artículo 1361°.-** Obligatoriedad del contrato

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

31 Para una explicación más detallada sobre este tema, se puede consultar el siguiente artículo del autor: Un fin, dos caminos: Encuentros y desencuentros entre la liquidación societaria y la liquidación concursal. En: Estudios de Derecho Societario: Libro Homenaje a Enrique Elias Laroza. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo, 2005. (...)

50.5 En caso la disolución y liquidación del deudor se haya iniciado en aplicación del Artículo 703 del Código Procesal Civil, o de los supuestos previstos en el literal b) del artículo 24.2 y en el artículo 28.4, la Junta se desarrollará en el lugar, día y hora señalados en única convocatoria. La Junta se podrá instalar con la sola asistencia de cualquier acreedor reconocido.



Conforme a lo preceptuado en la LGSC, las causales legales pueden ser revertidas por la Junta de Acreedores, en tanto ésta logre salvar la situación patrimonial del concursado que lo llevó a ese estado³² las causales oficiosas no se pueden revertir, en tanto hay norma expresa en ese sentido³³; mientras que las causales de liquidación voluntarias, siempre pueden revertirse, toda vez que obedecen a las atribuciones que la normativa concursal confiere a los acreedores para decidir acerca del destino de su deudor.

¿Dónde se ubica la liquidación por incumplimiento del Plan? Aparentemente no encaja en ninguna de las causales antes mencionadas, es más, la Directiva N° 002-2003/CCO-INDECOPI objeto de comentario en el presente acápite, crea una categoría especial para este supuesto de liquidación. No obstante, consideramos que la liquidación por incumplimiento del Plan de Reestructuración, es un supuesto más de las causales legales previstas en la LGSC.

Las razones son tres: (a) opera de manera directa—lo que no implica «saltarse» el cumplimiento de las reglas del debido proceso referidas precedentemente— frente a un supuesto de hecho concreto y comprobable; (b) no requiere ni involucra pronunciamiento alguno de la Junta de Acreedores, tan es así que no se le convoca ni pide opinión previa; y (c) puede revertirse ese estado por parte de la Junta en cualquier momento, siempre que, a través de la negociación y acuerdos que desarrolle este colegiado, el deudor deje su situación de incumplimiento por medio de las acciones correctivas pertinentes o la reformulación parcial o total del Plan de Reestructuración.

Finalmente, cabe señalar que la regulación del artículo 67.4° tiene carácter supletorio a lo que la Junta de Acreedores pueda decidir oportunamente cuando apruebe el Plan de Reestructuración. En ese sentido, las soluciones primarias al incumplimiento del Plan, están reguladas en el mismo instrumento, con lo cual se dan cauces consensuados para resolver este impase y se evita también el impacto de la aplicación del artículo 67.4° de la LGSC.

Lo expresado precedentemente es lo que dota de contenido al artículo 73° de la LGSC³⁴, por cuanto permite a las Juntas de Acreedores establecer en el Plan, el fuero—judicial o arbitral— a ser usados para la solución de controversias derivadas de la ejecución o interpretación de dicho instrumento concursal. De ser este el caso, los efectos de la regla prevista en el artículo 67.4° se tornan casi inaplicables.

III. Conclusiones

1. La oponibilidad concursal es un rasgo distintivo y necesario del Plan de Reestructuración, sin el cual éste carecería de eficacia. Como todo instrumento concursal, el Plan brinda una salida concursada al problema de la empresa y constituye el resultado final alcanzado por la Junta de Acreedores a través de un sistema de mayorías en la toma de acuerdos, de obligatorio cumplimiento para todos los acreedores y el propio deudor. De no contar con el carácter de inoponible, no habría incentivo para reducir los costos de coordinación entre acreedores y deudor con el ánimo de arribar a soluciones colectivas de la crisis, y el acuerdo y ejecución del Plan de Reestructuración estarían condenados al fracaso. Cabe advertir que la formación y naturaleza del Plan generan inquietudes pendientes de resolver.

50.6 En los supuestos descritos en el párrafo precedente, en la reunión de instalación la Junta podrá elegir a sus autoridades, designar al liquidador, aprobar el Convenio de Liquidación, así como adoptar la decisión a que se refiere el literal e) del cuarto párrafo del presente artículo. La Junta no podrá acordar la modificación del destino del deudor o de su patrimonio, salvo que efectúe las acciones necesarias para dejar el estado de insuficiencia patrimonial o de cesación de pagos previstos en la Ley como causales de liquidación directa. La Junta deberá demostrar a la Comisión la reversión de tal situación.

32 **Artículo 50°.- Instalación de la Junta de Acreedores. (...)**

50.5 En caso la disolución y liquidación del deudor se haya iniciado en aplicación del Artículo 703 del Código Procesal Civil, o de los supuestos previstos en el literal b) del artículo 24.2 y en el artículo 28.4, la Junta se desarrollará en el lugar, día y hora señalados en única convocatoria. La Junta se podrá instalar con la sola asistencia de cualquier acreedor reconocido.

50.6 En los supuestos descritos en el párrafo precedente, en la reunión de instalación la Junta podrá elegir a sus autoridades, designar al liquidador, aprobar el Convenio de Liquidación, así como adoptar la decisión a que se refiere el literal e) del cuarto párrafo del presente artículo. La Junta no podrá acordar la modificación del destino del deudor o de su patrimonio, salvo que efectúe las acciones necesarias para dejar el estado de insuficiencia patrimonial o de cesación de pagos previstos en la Ley como causales de liquidación directa. La Junta deberá demostrar a la Comisión la reversión de tal situación.

33 **Artículo 96°.- Disolución y liquidación iniciada por la Comisión (...)** 96.2

La disolución y liquidación iniciada por la Comisión no puede ser revertida por decisión de la Junta.

34 **Artículo 73°.- Solución de controversias relativas al Plan de Reestructuración**

73.1 La Junta deberá establecer en el Plan de Reestructuración, el fuero jurisdiccional, sea el judicial o el arbitral, para la solución de cualquier controversia que pudiera surgir sobre su ejecución o interpretación; en defecto de indicación, se entenderá que es el fuero judicial.

2. El principio de proporcionalidad o igualdad concursal se resiente ostensiblemente con la participación del acreedor tributario en el procedimiento concursal, por cuanto la legislación le atribuye privilegios especiales que constituyen factores desequilibrantes para la efectiva ejecución del Plan de Reestructuración. La eliminación de estos privilegios, así como la participación del Estado como acreedor tributario, debería ser repensada dentro del esquema concursal.
3. Las garantías del acreedor ceden terreno al concurso emergente, por lo que el acreedor garantizado no puede exigir el pago contra su deudor ni afectar su patrimonio a través de las garantías que posee, solamente puede/debe participar del concurso como un acreedor de tercer rango de prelación, sujetándose a las consideraciones y decisiones mayoritarias de la Junta de Acreedores. Sin perjuicio de ello, el acreedor garantizado tiene expedita la posibilidad de ejecución inmediata de los terceros garantes —reales o personales— del deudor concursado, toda vez que la aprobación del Plan de Reestructuración no los libera del cumplimiento frente al acreedor. El efecto no liberatorio de los garantes reviste dos excepciones: la previsión contractual y la «voluntad» tácita del acreedor beneficiado, esta última sumamente inadecuada.
4. Las consecuencias del incumplimiento del Plan de Reestructuración supone un mecanismo de protección de los acreedores, más que de sanción del deudor. Siendo un supuesto de causal legal de liquidación opera de manera directa, no requiere ni involucra pronunciamiento alguno de la Junta de Acreedores y puede ser revertida por ella en cualquier momento, siempre que el deudor deje su situación de incumplimiento. Conviene apuntar que este mecanismo tiene carácter supletorio a lo que la Junta de Acreedores pueda decidir en su oportunidad, por lo que las soluciones primarias al incumplimiento del Plan serán reguladas en el mismo instrumento concursal 