

“SOSPECHOSOS COMUNES”. LA VINCULACIÓN ENTRE DEUDOR Y ACREEDOR EN EL SISTEMA CONCURSAL PERUANO Y SUS CONSECUENCIAS

IVO S. GAGLIUFFI PIERCECHI*

Abogado por la Universidad de Lima.
Profesor de Derecho Concursal en la Universidad de Lima.

Sumario: 1. Introducción: premisas esenciales sobre la vinculación concursal 2. Revisión de la regulación de la vinculación concursal en el Perú y los criterios establecidos por el INDECOPI 2.1. Acerca de la inexistencia de regulación expresa sobre la vinculación en la legislación concursal y su identificación vía jurisprudencial: El caso CINOLSA-TRANSUR 2.2. La regulación de la vinculación concursal por vía legislativa en el Perú 3. Análisis de la regulación de la vinculación concursal en la ley general del sistema concursal 3.1. Acerca del deber del deudor y sus acreedores de informar existencia de vinculación concursal y la oportunidad de dicha declaración 3.2. Acerca del respeto de los derechos del deudor y de sus acreedores vinculados para desenvolverse en el concurso 3.3. Acerca de los supuestos de vinculación concursal 3.4. Acerca de la división de la Junta de Acreedores por presencia significativa de acreedores vinculados 3.5. Acerca de las sanciones y nulidades aplicables en supuestos relacionados con la vinculación concursal.

1. Introducción: premisas esenciales sobre la vinculación concursal

Quien haya tenido la oportunidad de ver “*Sospechosos Comunes*”, una película del cineasta norteamericano Bryan Singer (“*The Usual Suspects*” - 1995), quizá se encuentre aún en mejor posición para reconocer el mensaje que tiene implícito el título del presente trabajo, debido a que la figura de la vinculación en materia concursal se sustenta en una trama de sospecha inherente hacia un grupo predeterminado de personas por sus antecedentes, las cuales podrían haber cometido un acto perjudicial para los intereses colectivos, pero que inclusive abarca la posibilidad de que dichas personas podrían cometer tal acto.

Dejando de lado por un momento nuestras preferencias cinéfilas, imagine que Usted ha asistido al Mundial de España 82 y, pagando un alto precio de reventa, consigue una entrada para el partido entre Austria y Alemania. Existen rumores de que las selecciones supuestamente contrincantes han pactado un empate, pues ambas requieren un punto más para clasificar a la siguiente ronda mundialista, quedando sin posibilidad alguna las demás selecciones del grupo si se produce tal resultado. Usted confía en el comportamiento ético de ambas selecciones y que podrá observar un interesante juego, descartando la posibilidad de pacto alguno, pues cada selección debe velar por sus propios intereses y cuantos más puntos consiga mejor, no debiendo interesarle si la otra selección es eliminada, pues cada una debe preocuparse por ganar. Empatán cero a cero. Usted podría atribuir el resultado a una igualdad de fuerzas entre los equipos y, en todo caso, el empate es una posibilidad válida en el fútbol; sin embargo, lo cierto es que la sospecha de un arreglo no puede descartarse y menos aún con el discreto nivel de juego demostrado por los equipos en el campo, precisamente el día de hoy, cuando sus presentaciones anteriores fueron sobresalientes. Si el pacto fuese cierto, entonces los equipos no sólo habrían incumplido su deber de brindar su mejor esfuerzo al

jugar, sino que habrían conseguido eliminar de manera cuestionable y sin ética alguna a las otras selecciones del grupo, pero, al mismo tiempo, también habrían engañado al público que, como Usted, pagó una entrada para presenciar un juego transparente, donde existan dos contrincantes con intereses individuales, sin pensar si contribuye o no con los intereses de su oponente.

Pues bien, en mi opinión, las premisas de la institución de la vinculación en materia concursal pueden entenderse a partir de la existencia de dos grandes vínculos genéricos: un vínculo personal (familiar o afectivo) o un vínculo económico (patrimonial o comercial) entre un deudor y su acreedor, el cual determinará que se active una presunción válida acerca de la posibilidad de que dicho vínculo o relación pueda influir negativamente en el desenvolvimiento de éstos durante el proceso concursal, en la medida que dicho acreedor envíe de actuar de manera independiente y transparente, estaría dispuesto a velar por los intereses del deudor en perjuicio de los acreedores no vinculados¹. Así, la vinculación es considerada por sí misma como un presupuesto de la existencia de incentivos para simular o sobrevalorar un crédito².

¹ Según Rojas: “Un tema central en materia concursal es la vinculación posible entre acreedor y deudor. La importancia de esta institución radica en el hecho de que a través de una comunidad de intereses entre acreedor y deudor se afecta la bilateralidad que naturalmente debiera regir la toma de decisiones en el concurso. En otras palabras, en un concurso de acreedores, éstos actúan bajo la racionalidad económica al decidir por la forma eficiente del recupero de créditos. Sin embargo, cuando el acreedor, por cualquier circunstancia, participa de los intereses del deudor, las decisiones que adopte podrían ya no estar regidas por el interés en el recupero de sus créditos, sino más bien, por garantizar el bienestar del deudor; incluso por la adopción de fórmulas que le permitan al deudor evitar el pago del íntegro de sus obligaciones o el establecimiento de condiciones de pago extremada o irrealmente favorables que, además, sean impuestas a los otros acreedores en función a las mayorías en la Junta de Acreedores”. ROJAS, Juan Francisco. Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal. Lima: ARA Editores, 2002, pp. 62-63.

² Resolución N° 0351-2001/TDC-INDECOPI. “(...) uno de los elementos que debe dar lugar a la profundización de las investigaciones sobre la existencia de un crédito es la vinculación entre el solicitante y la empresa deudora. Ello, porque dicha vinculación es un presupuesto de la existencia de incentivos para simular o sobrevalorar un crédito. En efecto, un acreedor vinculado

* Deseo expresar mi agradecimiento a Vanessa Alonso, Juliana Romero y Luis Miguel León, alumnos de la Universidad de Lima, por su eficiente labor de investigación y comentarios.

En efecto, a través de la existencia de vinculación podría afectarse al procedimiento concursal mediante una simulación del crédito correspondiente a los acreedores vinculados, ya sea porque éste es inexistente (simulación absoluta) o porque en realidad es de una cuantía menor (simulación relativa). La simulación puede tener como finalidad que el deudor consiga acogerse a alguno de los procedimientos concursales y, de este modo, gozar de los efectos de suspensión de exigibilidad de obligaciones y protección patrimonial, pudiendo presentarse esta figura ya sea cuando el deudor es quien solicita el inicio del procedimiento concursal (Ordinario o Preventivo) declarando créditos simulados en connivencia con acreedores vinculados, o cuando uno o más acreedores vinculados solicitan el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario del deudor, en virtud a créditos simulados que superan el monto mínimo establecido en la legislación de la materia³.

No obstante, dicha afectación podría no agotarse en conseguir el acogimiento del deudor al sistema concursal, sino que incluso estaría destinada a controlar el desarrollo y consecuencias del respectivo procedimiento concursal, tanto a nivel del ejercicio de los derechos económicos, así como de los derechos políticos involucrados en la Junta de Acreedores. En efecto, en cuanto al ejercicio de los derechos económicos inherentes a los acreedores, la simulación de créditos correspondientes a acreedores vinculados distorsionaría la verdadera composición de la Junta de Acreedores, comprometiendo seriamente una correcta asignación de los recursos del patrimonio concursal; y, en cuanto al ejercicio de los derechos políticos, los acreedores vinculados podrían ostentar una participación significativa en la Junta, utilizando su derecho de voz y voto para conseguir aprobar o, en todo caso, para bloquear la aprobación de diversos acuerdos, esenciales o no, en interés del deudor, frustrando las expectativas racionales de los acreedores no vinculados⁴.

podría no estar actuando en interés propio, sino en interés del deudor; y con ello tratar de usar el sistema concursal para defraudar a los demás acreedores. De este modo, el acreedor vinculado podría tratar de evitar que los otros acreedores cobren acudiendo a la generación de créditos inexistentes, privilegiados o no, o procurando manejar la Junta de Acreedores y haciendo que tomen acuerdos que beneficien a los accionistas de la insolvente en perjuicio de la masa concursal. La existencia de vinculación no puede pasar inadvertida en un procedimiento concursal. De otro lado, el acreedor vinculado, precisamente por su relación con la empresa insolvente, puede obtener de la misma decisiones o acuerdos que le permitan lograr el reconocimiento de créditos inexistentes. Por ejemplo, puede coordinar el otorgamiento o firma de documentos sin respaldo real o que reflejan operaciones ficticias o iniciar procesos judiciales en los cuales el deudor no se defiende o se defiende de manera deficiente, allanándose a las pretensiones del acreedor, o no planteando los medios impugnatorios que la Ley le concede, entre otras posibilidades". (23/08/2000).

³ Resolución N° 0296-2000/TDC-INDECOPI. "La existencia de vinculación económica entre deudor y acreedor constituye una vía que puede facilitar el resquebrajamiento del sistema concursal, ya que créditos inexistentes pueden repentinamente aparecer en la lista de acreencias del insolvente, mientras que otros pueden sobrevalorarse, lo que terminaría afectando a acreedores cuyos derechos se encuentran realmente en juego pues las decisiones a las que podría arribar por constituir las más convenientes a sus intereses, se verían trastocadas con la aparición de estos créditos ficticios". (11/05/2001).

⁴ Resolución N° 0005-2003/SCO-INDECOPI. "(...) al examinar la vinculación entre el deudor y sus acreedores, resulta fundamental que se analice la existencia de intereses concurrentes entre los acreedores vinculados a fin de manejar las decisiones que se adopten en Junta, actuación concertada que debería evidenciar la persecución de intereses comunes al de la propia deudora y que en el marco del procedimiento concursal, podría generar la adopción de decisiones ineficientes que no respondan al interés legítimo de la colectividad de acreedores no vinculados". (14/01/2003).

Sin perjuicio de lo señalado, inclusive en el caso de que no se produzca simulación absoluta o relativa respecto del crédito correspondiente a los acreedores vinculados, es decir, aún si el crédito existiese y fuese exacto, la posibilidad de afectar el correcto desarrollo del procedimiento concursal se mantiene vigente, toda vez que los acreedores vinculados podrían ejercer sus derechos políticos de voz y voto en la Junta de Acreedores no en interés propio, sino en función a los intereses del deudor, restando credibilidad y, en ocasiones, racionalidad a los acuerdos que se adopten, perjudicando a los acreedores no vinculados si éstos conforman minoría⁵.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta los ejemplos iniciales y las premisas expuestas, el lector podrá deducir fácilmente que la vinculación se trata de una figura que no sólo debe ser materia de verificación por la Autoridad Concursal *a priori*, esto es, al momento de iniciarse el concurso en la Etapa Pre Concursal, ya que pueden existir acreedores que son "sospechosos comunes" debido a su especial relación con el deudor, sino que también debe ser objeto de supervisión *a posteriori*, durante la Etapa de Formación del Concurso en la cual se reconocen los créditos, pues precisamente dichas sospechas podrían confirmarse en la práctica, al "pactar el resultado del partido" previamente el deudor con sus acreedores vinculados, en perjuicio de los acreedores no vinculados.

En consecuencia, la regulación de la figura de la vinculación en materia concursal se sustenta en la necesidad de contrarrestar una simulación absoluta o relativa de créditos, pues ésta implica una afectación de los intereses públicos del Estado -al brindarse información falsa a la Autoridad Concursal a fin de emplear indebidamente los mecanismos de solución de crisis previstos en la legislación-, así como una afectación de los intereses colectivos de los acreedores no vinculados, quienes sufren una restricción en cuanto a su participación en la Junta de Acreedores, tanto a nivel de sus derechos económicos como de sus derechos políticos -al producirse una distorsión artificial en la verdadera composición de la Junta y, asimismo, ver frustradas sus expectativas racionales en relación con la adopción sobre el destino del deudor o sobre el desarrollo de su procedimiento concursal, en caso de que sean minoritarios frente a los acreedores vinculados.

En el presente trabajo se analizan los antecedentes legales de la regulación de la figura de la vinculación concursal, así como su actual tratamiento en la Ley N° 27809, *Ley General del Sistema Concursal*, revisando el surgimiento de dicha regulación como consecuencia de la experiencia práctica de los órganos funcionales del INDECOPI y su desarrollo jurisprudencial.

⁵ Según Ezcurra: "(...) el sistema de votación establecido podrá verse distorsionado y dejar de servir para los fines de la ley, si es que en la votación participan acreedores que, además de encontrarse interesados en recuperar sus créditos, tienen intereses individuales que los acercan más al deudor que a los acreedores. Tal es el caso de los acreedores vinculados al deudor. Cuando acreedores vinculados al deudor participan y controlan las decisiones eficientes, pues los intereses individuales de los acreedores vinculados son distintos a los intereses de los acreedores no vinculados y, por lo tanto, sus preferencias no son acumulables a través del sistema de votación". EZCURRA, Huáscar. *Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal - Análisis Económico del Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2002, pp. 161-162.

2. Revisión de la regulación de la vinculación concursal en el Perú y los criterios establecidos por el INDECOPI

2.1. Acerca de la inexistencia de regulación expresa sobre la vinculación en la legislación concursal y su identificación vía jurisprudencial: El caso CINOLSA - TRANSUR

La vinculación es una figura que no fue prevista por el legislador en el nuevo sistema concursal del Perú de principios de la década de los noventa, careciendo de regulación en el Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, así como en el Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial. La Autoridad Concursal tomó conciencia acerca de la existencia de la figura de la vinculación y de la relevancia de los efectos negativos inherentes que representaba para el sistema concursal, a través de la experiencia práctica de los órganos funcionales del INDECOPI y de la jurisprudencia administrativa producida por éstos en virtud a la solución de diversos casos.

Como ocurre lamentablemente en muchas ocasiones, el conocido adagio "hecha la ley, hecha la trampa" se hizo más palpable que nunca y, de este modo, algunos deudores inescrupulosos aprovecharon dicho vacío legal para simular créditos con acreedores vinculados que les permitiesen acogerse al sistema concursal para conseguir una indebida protección patrimonial, así como para controlar a su respectiva Junta de Acreedores a través de una participación significativa de sus acreedores vinculados en la misma⁶.

No obstante ello, a pesar de la carencia de una regulación expresa de la figura de la vinculación, y a fin de poder combatir sus efectos negativos, los órganos funcionales del INDECOPI recurrieron al empleo máximo de sus facultades de investigación y sustentaron sus posiciones contra dicha figura en la aplicación de los principios administrativos de verdad material (verificación plena de hechos que motivan decisiones administrativas) y privilegio de controles posteriores (derecho de comprobar la veracidad de la información suministrada por los usuarios).

El caso paradigmático sobre la vinculación concursal se presentó en el procedimiento de Declaración de Insolvencia de Compañía Industrial Oleaginosa S.A. (CINOLSA) en el año 1996 (Expediente N° 035-96-CCE-CCPL), en el cual estuvo involucrado la empresa Transur S.A. (TRANSUR). En líneas generales, el caso puede resumirse en que CINOLSA solicitó su Declaración de Insolvencia ante la Comisión de Calificación Empresarial del Colegio de Contadores Públicos de Lima, manifestando que no estaba en capacidad de pagar las obligaciones que mantenía frente a TRANSUR. Poco después, TRANSUR soli-

citó la Declaración de Insolvencia de CINOLSA ante la misma Comisión, en virtud a un crédito incorporado en una letra de cambio avalada por dicha empresa. La Comisión acumuló ambas solicitudes. Se apersonó el representante de CINOLSA, reconoció los créditos invocados por TRANSUR y manifestó no poder pagarlos ni garantizarlos, es decir, no acreditó solvencia alguna. Sin embargo, el informe contable de la Comisión determinó que CINOLSA no había sufrido pérdidas en la proporción exigida por ley, pero igual declaró su Insolvencia, en mérito a la solicitud presentada por TRANSUR. CINOLSA manifestó por escrito su renuncia a impugnar la resolución que declaraba su Insolvencia.

Sin embargo, en octubre de 1996, la Comisión de Salida del Mercado del INDECOPI remitió a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI un informe mediante el cual planteaba que se declare la nulidad de oficio de todo lo actuado en el citado procedimiento concursal, debido, entre otras razones, a la existencia de vinculación económica entre CINOLSA y TRANSUR – la cual siempre fue negada por éstas -, debiendo evaluarse nuevamente el crédito de TRANSUR a fin de determinar su existencia o no.

Así, en el correspondiente Cuaderno de Nulidad, mediante Resolución N° 077-96-TRI-SDC, la Sala dispuso la suspensión de la tramitación de las solicitudes de reconocimiento de créditos presentadas por los acreedores de CINOLSA, así como de la instalación de su Junta de Acreedores. Posteriormente, la Sala expidió la Resolución N° 106-96-TRI-SDC/INDECOPI, de fecha 26 de diciembre de 1996, mediante la cual se delimitó por primera vez en vía jurisprudencial la figura de la vinculación en materia concursal, resaltando su relevancia debido a los efectos negativos que podría ejercer en el sistema concursal, disponiendo la actuación de nuevos medios probatorios en segunda instancia administrativa, en virtud a sus facultades de investigación, a fin de determinar la existencia o no de vinculación económica entre CINOLSA y TRANSUR, así como la legalidad o ilegalidad de los respectivos créditos⁷.

⁶ Según Ezcurra: "(...) la práctica comenzó a distorsionar el proceso de toma de decisiones recién descrito. Los deudores insolventes tramitaban reconocimientos de créditos a favor de acreedores vinculados y, a partir del reconocimiento de tales acreencias, lograban controlar la mayoría de los acreedores y su decisión. A través de dicha estrategia, y "camuflados como acreedores" los deudores fueron capaces de decidir el destino de su propio negocio y decidir cómo y cuándo pagaban sus obligaciones. Los fines de la Ley de Reestructuración Patrimonial se desvirtuaron. La ley ya no era más un instrumento seguro para la protección del crédito. Por el contrario, bajo la estrategia prevista, la ley corría el riesgo de convertirse en un instrumento para que los deudores justificaran una decisión unilateral de no pagar, o de pagar mañana, tarde o nunca. Lo anterior, como es evidente, perjudicaba seriamente el mercado de créditos ¿Quién prestaría dinero en esas condiciones?". EZCURRA, Huáscar. Op. Cit, pp. 128-129.

⁷ Resolución N° 106-96-TRI-SDC/INDECOPI. "(...) la aplicación de la Ley de Reestructuración Empresarial enfrenta el riesgo de que se desvirtúen los fines de sus normas utilizando los mecanismos de protección del patrimonio indebidamente, para evadir o diferir el pago de sus obligaciones, burlando a sus acreedores. Por ello, las normas han provisto a los órganos administrativos encargados de la tramitación de dichos procedimientos de facultades suficientes para hacer las investigaciones que resulten necesarias para verificar la real existencia del estado de insolvencia de una empresa, así como los créditos invocados frente a ella. En estos casos, la Comisión no sólo actúa en atención a los legítimos intereses del solicitante (ya sea éste la empresa deudora o un acreedor), sino de todos los demás posibles acreedores de la empresa, que podrían verse perjudicados por la simulación de un estado de insolvencia. Para cumplir con la función de tutelar los derechos de los acreedores que podrían verse privados de ejercer sus legítimos derechos, derivados de la falta de pago de sus créditos, los órganos administrativos deben verificar que se cumplan los supuestos legales para la declaración de insolvencia de una empresa y para el reconocimiento de los créditos invocados frente a ella, ejerciendo en la etapa investigatoria de los procedimientos, las atribuciones y facultades que le confieren la Ley y el Reglamento, así como el Título I del Decreto Legislativo N° 807. Tratándose de solicitudes de declaración de insolvencia presentadas por la propia empresa, se deberá verificar por todos los medios el cumplimiento de los requisitos a que se refieren los artículos 2 de la Ley y 2 del Reglamento a los que se ha hecho referencia anteriormente, constatando la reducción patrimonial. De otro lado, respecto de las solicitudes de declaración de insolvencia presentadas por acreedores, así como de las solicitudes de reconocimiento de créditos, aplicando además el artículo 8 del Reglamento, se deberá confirmar la existencia, origen, titularidad, legitimidad y cuantía de los créditos". (26/12/1996).

En mérito a la actuación de los nuevos medios probatorios dispuesta por la Sala, se pudo determinar la existencia de vinculación económica entre CINOLSA y TRANSUR (a pesar de que éstas la negaron categóricamente), ya que ambas pertenecían a un mismo grupo económico, en el cual existían diversas empresas que tenían participación como personas jurídicas o a través de sus accionistas, directores, administradores o apoderados, en las otras empresas. Asimismo, se verificó la existencia de un constante tráfico de bienes entre CINOLSA y TRANSUR, entre otros aspectos.

Una vez determinada la existencia de vinculación económica entre CINOLSA y TRANSUR, la Sala procedió a analizar la existencia o no del crédito invocado por esta última, el cual estaba incorporado en una letra de cambio aceptada por el señor Diego Picaza, proveedor de insumos de CINOLSA, y avalada por ésta. De este modo, se determinó que la operación de aval no aparecía registrada en la contabilidad de CINOLSA cuando ésta solicitó ante la Comisión su Declaración de Insolvencia, sino que recién se incorporó cuando se inició la investigación dispuesta por la Sala. Asimismo, se determinó que TRANSUR nunca desembolsó el monto consignado en la letra de cambio. Por último, se pudo comprobar que las solicitudes de Declaración de Insolvencia planteadas por CINOLSA y TRANSUR ante la Comisión habían tenido por objetivo evitar un embargo de los bienes de CINOLSA por parte de uno de sus acreedores, el Banco del Progreso.

Ante la cantidad y contundencia de los medios probatorios recabados en esta investigación, mediante los cuales se acreditó la existencia de una vinculación económica entre CINOLSA y TRANSUR, así como la simulación del respectivo crédito de ésta última, la Sala emitió la Resolución N° 079-1997/TDC-INDECOPI, de fecha 24 de marzo de 1997, por la cual se declaró la nulidad de la resolución de la Comisión que dio inicio a la Insolvencia de CINOLSA. El carácter emblemático del pronunciamiento de la Sala reside en el profundo análisis de la vinculación en materia concursal, advirtiéndose de los peligros que acarrea esta clase de conductas para el sistema, aten-

tando contra los intereses públicos y colectivos y afectando la credibilidad del sistema, lo cual incidiría en el costo del crédito en el mercado⁸, e identificando como las principales consecuencias la obtención de una indebida protección patrimonial por parte del deudor y el hecho de que la simulación de créditos reducía la participación de los demás acreedores no vinculados⁹.

Así, la Sala dictó en este caso un Precedente de Observancia Obligatoria mediante el cual se establecieron criterios para la verificación de créditos invocados para la declaración de insolvencia de un deudor o frente a éste luego de declarada su insolvencia, en especial en caso se detecte que se tratan de créditos de acreedores vinculados, el mismo que se mantiene vigente y se reproduce a continuación:

“Para efectos de la verificación a cargo de la autoridad administrativa, los acreedores podrán presentar la documentación que sustente los créditos invocados que consideren pertinente.

Sin embargo, cuando a criterio de la mencionada autoridad la documentación presentada no resulte suficiente, o cuando existan elementos que le hagan presumir una posible simulación de obligaciones, o cuando se detecte la posible existencia de vinculación entre la deudora y su acreedor, se debe verificar, necesariamente, el origen del crédito, investigando su existencia por todos los medios.

Cuando el crédito invocado está incorporado en una letra de cambio o cualquier otro título valor, resulta apropiado reconocer el crédito en mérito a la literalidad del título, en aplicación de los principios de simplicidad, celeridad y economía de los procedimientos administrativos.

Pero, al igual que el criterio general, si la autoridad administrativa presume la posible existencia de una vinculación entre las partes o tiene elementos de juicio que le haga suponer una simulación del crédito, debe necesariamente investigar la relación causal, es decir, el origen del crédito, para determinar su legitimidad.

⁸ Resolución N° 079-1997/TDC-INDECOPI. “El proceder de Cinolsa y Transur S.A. es a todas luces contrario al interés público, en especial contrario al interés de aquellos que, presumiendo una buena práctica empresarial por parte de Cinolsa, confiaron en esta empresa y mantuvieron o mantienen vínculos comerciales con ella. Afecta además la credibilidad de los procedimientos concursales, los que deben ser considerados como medidas extremas para situaciones reales de crisis económica de una empresa según lo tipificado en la ley, y no como una forma de evadir las obligaciones pendientes con los acreedores. Desvirtuando los fines y objetivos de las normas concursales, Cinolsa ha pretendido utilizarlas para burlar a sus acreedores y evadir el pago de sus deudas. Prácticas como ésta impiden el desarrollo de la economía y generan inseguridad jurídica en la contratación, convirtiendo a los procedimientos concursales en un sistema de debilitamiento del crédito, y no, como debería ser, en un procedimiento que lo refuerce y consolide. Si el régimen concursal se convierte en una herramienta de uso generalizado para dejar de pagar, o postergar pagos sin justificación válida alguna, se generará un incremento en el costo del crédito, cuyo cálculo deberá incorporar el riesgo a que los deudores eviten el pago a través de la declaración de insolvencia, y con ello una contracción de la economía como consecuencia de las menores posibilidades que tendrán los agentes del mercado para acceder a los sistemas de crédito. Por ello, dejar de investigar y, en su caso, dejar de sancionar cuando la autoridad competente considere que existen razones justificadas para ello, sería crear un incentivo para que algunos agentes del mercado hagan uso indebido del régimen concursal con el fin de evadir el pago de sus obligaciones, lo que tendría los efectos antes mencionados”. (24/03/97).

⁹ Resolución N° 079-1997/TDC-INDECOPI. “Si bien la existencia de vinculación económica y de gestión entre Transur y Cinolsa no impide “per se” que la primera solicite la insolvencia de la segunda, sí constituye un elemento a ser tomado en cuenta al momento de evaluar la existencia del crédito en base al cual se solicita la insolvencia o cuyo reconocimiento se reclama, imponiendo en la autoridad a cargo del procedimiento concursal la responsabilidad de investigar con mayor cuidado y detalle. El procedimiento concursal es uno en el cual los intereses en juego trascienden los del solicitante y su deudor. El procedimiento concursal no está diseñado para frustrar los créditos de los demás acreedores, sino por el contrario para proceder a su cobro ordenado evitando la canibalización innecesaria de la empresa. Para ello el procedimiento concursal permite, entre otras medidas, la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones pendientes de la insolvente. Es una medida excepcional, que sólo puede proceder en los casos taxativamente contemplados en la ley, y que reflejan una situación de crisis económica. En consecuencia, si se simularan los supuestos contemplados en la ley para declarar la insolvencia se estaría desvirtuando sus fines, impidiendo que los acreedores puedan ejecutar o exigir sus legítimas acreencias. Pero además la simulación de un crédito perjudica a los demás acreedores porque reduce su participación porcentual en las votaciones en las juntas de acreedores. Las razones expuestas justifican el especial celo que debe poner la autoridad administrativa en estos casos, en especial si existen indicios o pruebas de la existencia de una vinculación económica o de gestión entre el solicitante y el deudor”. (24/03/1997).

En este caso, el reconocimiento de la obligación por parte de la empresa deudora no eximirá a la autoridad administrativa de su deber de verificación.

Tratándose de un acreedor endosatario, éste no requiere acreditar la existencia de un vínculo con la insolvente; lo que debe verificarse en este caso es que la operación que originó el título valor existió realmente y que el solicitante del reconocimiento recibió por endoso el título en forma legítima¹⁰.

El caso CINOLSA – TRANSUR le brindó a los órganos funcionales del INDECOPI una importante experiencia práctica que les permitió establecer lineamientos destinados a investigar con mayor detalle aquellos supuestos en los que pudiese presumirse la existencia de vinculación entre el deudor y sus acreedores, a fin de determinar la legalidad de los créditos involucrados.

2.2. La regulación de la vinculación concursal por vía legislativa en el Perú

Si bien el caso CINOLSA – TRANSUR permitió establecer un Precedente de Observancia Obligatoria mediante el cual se analizarían los casos de vinculación, lo cierto es que el INDECOPI habría considerado insuficiente mantener tal regulación a nivel jurisprudencial y, en tal sentido, incorporó el supuesto de la vinculación concursal dentro de las propuestas legislativas destinadas a mejorar al Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial.

Efectivamente, mediante el Documento de Trabajo N° 004-1998, "Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial", elaborado por el Área de Estudios Económicos del INDECOPI, aprobado por Resolución de la Presidencia del Directorio de INDECOPI N° 052-1998-INDECOPI/DIR y publicado en el Diario Oficial El Peruano

con fecha 16 de diciembre de 1998, a raíz del caso CINOLSA – TRANSUR, se planteó, entre otras propuestas, formalmente la necesidad de regular la figura de la vinculación concursal, debido a la existencia de intentos más sofisticados de simulación que hacían peligrar el sistema¹⁰. Inclusive, se informó acerca de la discusión existente para despojar de derecho de voto a los acreedores vinculados en determinados acuerdos que se sometían a la Junta¹¹.

El Documento de Trabajo N° 004-1998 recibió diversas propuestas, generándose el nuevo Documento de Trabajo N° 002-1999, "Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico y Propuesta", elaborado también por el Área de Estudios Económicos del INDECOPI, aprobado por Resolución de la Presidencia del Directorio de INDECOPI N° 026-1999-INDECOPI/DIR y publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 29 de marzo de 1999¹².

¹⁰ Documento de Trabajo N° 004-1998. "A partir de la difusión de dicho caso, el Indecopi generó incentivos para corregir el problema que se venía observando en la aplicación del régimen contenido en la Ley de Reestructuración Empresarial, por la existencia de acreedores y deudores inescrupulosos que simulaban créditos para obtener una declaración de insolvencia fraudulenta o para lograr posición favorable en la junta de acreedores, perjudicando con ello seriamente el funcionamiento del mercado de créditos. En ese sentido, dicho caso permitió fortalecer la credibilidad en el sistema de reestructuración empresarial, generando conciencia entre los usuarios de los servicios de insolvencia empresarial sobre los serios riesgos que asumía quien intentara utilizar fraudulentamente la ley para, simulando créditos, obtener un beneficio ilícito. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial en septiembre de 1996, se han presentado intentos más sofisticados de utilizar fraudulentamente el régimen y con ello perjudicar la confianza en el sistema. (...) Teniendo en consideración que un incremento de los intentos de simular créditos a través de resoluciones judiciales haría peligrar seriamente los objetivos de la aplicación del régimen concursal referidos a constituirse en un instrumento eficiente de protección del crédito, resulta imprescindible introducir una reforma legal que otorgue al Indecopi facultades para corregir las imperfecciones mencionadas (...)."

¹¹ Documento de Trabajo N° 004-1998. "En cuanto a los intentos de simulación de créditos por acreedores vinculados económicamente o por razones de parentesco con el deudor, teniendo en consideración las dificultades de probar una simulación, se está discutiendo la posibilidad de que los acreedores vinculados participen son derecho de voto en la junta de acreedores en que se decide el destino del deudor y se aprueba la forma de pago de los créditos".

¹² Dentro de este contexto, Sobrevilla advertía lo siguiente: "(...) la labor de la Comisión no podría sólo limitarse al de un simple cotejo o una verificación meramente formal de los títulos crediticios, a efectos de establecer solamente una verdad legal, bajo cuyas apariencias pueden, fácilmente, como ocurre no pocas veces, esconderse créditos ficticios, simulados y hasta fraudulentos para así burlar a los acreedores. (...) la Comisión podría negar el reconocimiento de créditos (presuntamente ficticios, simulados, fraguados, etc.) que si bien formalmente resultasen legales, pero que a la luz de un análisis detallado y una investigación exhaustiva de los Libros de la Empresa, o de la documentación adicional (entrecruzada) o complementaria adecuada, resultara su inexistencia, su falta de registro, e incluso un monto írrito meramente simbólico". SOBREVILLA, Tomás. *El Proceso Concursal Peruano: La Ley de Reestructuración Patrimonial Fondo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, p. 129.

¹³ En relación con este tema, Ezcurra realiza una detallada exposición sobre los argumentos que se discutieron a favor de la eliminación del derecho de voto de los acreedores vinculados: (i) no tienen incentivos adecuados para votar; (ii) pueden proteger sus créditos sin necesidad de acudir al INDECOPI; (iii) son más cercanos a los accionistas que a los acreedores en general; y, (iv) otorgar derechos de votación a los acreedores vinculados incentiva comportamientos fraudulentos. Asimismo, los argumentos a favor de mantener dicho derecho de voto de los acreedores vinculados fueron los siguientes: (i) igualdad de derechos entre los acreedores; (ii) incompleta representación en la Junta de Acreedores al no participar los vinculados; (iii) desincentivo para que los acreedores vinculados realicen préstamos; y, (iv) el control de los abusos de los acreedores vinculados se mejoraría incrementando las facultades de supervisión del INDECOPI, pero no eliminando su voto. Ver: EZCURRA, Huáscar. *Op. Cit.*, pp. 135-137. Por su parte, Echeandía, otro especialista involucrado directamente en la discusión señala lo siguiente: "Dije entonces y me ratifico ahora, que la solución a un problema de la simulación de deudas para controlar las juntas de acreedores no puede ser impedir, ciegamente, que los acreedores vinculados voten en las juntas de acreedores, propuesta totalmente contraria al principio en torno al cual se ha desarrollado toda la estructura legal del régimen concursal peruano (...). En ese sentido, si la premisa es que cada acreedor interviene en las decisiones en forma proporcional a la que corresponde a sus créditos en la masa concursal, hacer una distinción a partir de la relación que cada cual tiene con la empresa deudora resulta incoherente. Así, amparándome en la doctrina concursal, hice notar que la posibilidad planteada vulnera los principios de universalidad, colectividad e igualdad al establecer un trato discriminatorio para un determinado grupo de acreedores. Sin embargo, el principal motivo de mi oposición fue la propuesta misma que, en lugar de atacar el problema (simulación) apuntaba a la motivación (participación en la junta) (...). En efecto, como alguien consideraba que la autoridad concursal no tenía capacidad para detectar los casos de fraude, en lugar de hacerse problemas había que cortar el mal desde la raíz; vinculados no votan. En la reunión mensual se descartó la idea, por lo que ésta no fue incorporada en la reforma". ECHEANDÍA, Luis Francisco. *Odisea Concursal y Crisis Empresarial. Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador*. En: *Ius et Veritas* n° 22. Lima, 2001, pp. 222-223.

En este documento se hizo referencia nuevamente a la discusión que existió al interior del INDECOPI, específicamente en el grupo de trabajo de las Comisiones de Salida del Mercado, entre quienes propugnaban la eliminación del derecho de voto a los acreedores vinculados debido al conflicto de intereses que se generaba dentro de la Junta de Acreedores, y quienes consideraban que ello sería discriminatorio y que debía mantenerse, debiendo recurrirse a otros mecanismos para impedir sus efectos negativos¹³. Finalmente, se consideró más adecuado acoger la segunda propuesta y, de este modo, se mantuvo el derecho de voto de los acreedores vinculados¹⁴.

¹⁴ Documento de Trabajo N° 002-1999. “(...) atendiendo a que la simulación responde a una intención dolosa de influir en (o asegurar) el sentido de las decisiones de la junta de acreedores, debemos tener presente que el deudor también puede, tal vez con la misma facilidad, simular obligaciones a favor de personas que no están directamente vinculadas a él. Por el contrario, se ha considerado que la presencia de acreedores vinculados al insolvente es hoy una señal para que la autoridad administrativa efectúe una mayor investigación de los créditos sometidos a su consideración ya que, de ser el caso, lo más probable es que la simulación se haya efectuado en concertación con alguien vinculado al insolvente. En el supuesto de limitar el derecho de voto de los acreedores vinculados, seguramente los créditos simulados se pactarán con acreedores no vinculados al deudor, de tal forma que para detectar las deudas irreales la autoridad administrativa tendría que realizar complejos procesos de verificación en, prácticamente, todos los casos, con lo que se afectaría aún más la celeridad, simplicidad y eficacia que deben tener los procesos concursales. Además que la propuesta resulta cuestionable por el trato discriminatorio que generaría la norma entre acreedores vinculados y no vinculados (contravención del principio de igualdad entre los acreedores), se ha considerado que la norma no generaría una mejora real al régimen concursal puesto que, ni va a simplificar los procesos ni, como ya se señaló, va a otorgarles mayor transparencia.

Se ha considerado que la ley no debe contener normas proteccionistas destinadas a resguardar a un grupo de acreedores de la posibilidad de fraudes, afectando con ello a otros acreedores reales”.

¹⁵ Decreto Legislativo N° 845. “Artículo 5°.- Declaración de Insolvencia a solicitud del deudor.-

(...)

Asimismo, el deudor persona natural o persona jurídica, deberá informar bajo declaración jurada que no mantiene ningún tipo de vinculación con sus acreedores o, caso contrario, informar de la existencia de vinculación con alguno o algunos de sus acreedores, en cualquiera de los siguientes casos:

- por razones de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad;
- por ser o haber sido cónyuges o concubinos, o que, por cualquier motivo, hayan tenido o tengan una unión de hecho que manifieste la finalidad de hacer vida en común;
- por haber tenido o tener accionistas, socios o asociados comunes;
- porque el acreedor tiene directa o indirectamente participación en la propiedad del negocio del acreedor;
- porque el deudor tiene directa o indirectamente participación en la propiedad del negocio del acreedor;
- por existir un acuerdo de asociación en participación, “joint venture” u otro similar;
- por haber tenido o tener representantes, directivos o gerentes comunes;
- por haber sido o ser el acreedor funcionario de confianza, funcionario principal o asesor en la empresa deudora;
- por formar parte de un mismo grupo económico;
- por tener una contabilidad centralizada;
- por la existencia de algún tipo de relación en virtud de la cual alguno de ellos ejerce o se encuentra en capacidad de ejercer una influencia relevante en las decisiones operativas, económicas o de cualquier otra índole que adopte o pudiera adoptar el otro; y,
- por haber existido o existir cualquier otro elemento que pudiera significar algún tipo de vinculación directa o indirecta.

Si la Comisión lo considerara necesario para efectos de la evaluación a su cargo, puede requerir al solicitante la presentación de documentación adicional”.

Las propuestas contenidas en el Documento de Trabajo N° 002-1999 se plasmaron en la Ley N° 27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, publicada el 24 de junio de 1999, mediante la cual se modificaron diversas disposiciones del Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial y, asimismo, se introdujeron nuevas regulaciones, como fue el caso de la vinculación concursal.

De este modo, a efectos de facilitar las labores de los órganos funcionales del INDECOPI, aunque sin perjuicio de su deber de investigación del origen de los créditos, se estableció que el deudor tenía la obligación de informar acerca de la existencia de vinculación o no con cada uno de los acreedores al momento de solicitar el inicio de un procedimiento concursal (Declaración de Insolvencia, Procedimiento Simplificado o Concurso Preventivo), o al ser declarada su insolvencia a pedido de acreedores, debiendo observar una lista enunciativa de supuestos de vinculación¹⁵; obligación que también se impuso a los acreedores, quienes debían informar la existencia de vinculación ya sea cuando solicitasen la insolvencia de su deudor, o cuando presentasen su solicitud de reconocimiento de créditos en un concurso ya iniciado, fuese ésta oportuna o tardía¹⁶.

Asimismo, a efectos de evitar que los acreedores vinculados abusaran de una eventual posición mayoritaria en la Junta, se consideró conveniente la división de la misma en dos juntas independientes compuestas por acreedores vinculados y no vinculados, siempre y cuando los acreedores vinculados representasen más del 66.6% de los créditos reconocidos en el concurso. De este modo, para aprobar el Plan de Reestructuración, el Convenio de Liquidación y otros instrumentos concursales, así como para modificar sus términos, se exigió que se alcance mayoría calificada, es decir, el voto a favor de más del 66.6% del monto total de los créditos reconocidos, pero tanto en la junta compuesta por los acreedores vinculados, así como en la junta de los acreedores no vinculados, ya sea en primera, segunda o tercera convocatoria¹⁷.

¹⁶ Decreto Legislativo N° 845. “Artículo 22°.- Acreedores hábiles para participar en la Junta.-

(...)

Al presentar sus solicitudes de reconocimiento de créditos, los acreedores deberán informar bajo declaración jurada que no mantienen ningún tipo de vinculación con su deudor o, caso contrario, informar de la existencia de vinculación con el deudor, en cualquiera de los casos a que se refiere el Artículo 5° de la presente Ley.

(...)

¹⁷ Decreto Legislativo N° 845. “Décimo Segunda Disposición Complementaria.- Requisitos de validez de la forma de pago aprobada cuando acreedores vinculados al deudor tienen la mayoría en la Junta de Acreedores.- En los casos en que los acreedores identificados por la Comisión o el Notario Público, según el caso, como vinculados al deudor, representen más del 66.6% del monto total de los créditos reconocidos, es requisito de validez para la aprobación del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación, Convenio Concursal, Convenio de Reprogramación de Pagos, Acuerdo Global de Refinanciación y sus modificaciones, el que se alcance mayoría calificada de más del 66.6% en la clase de acreedores vinculados y la clase de acreedores no vinculados al deudor insolvente, respectivamente. En tal sentido, para la aprobación de tales acuerdos se requerirá, en primera convocatoria, del voto de más del 66.6% en la clase de los créditos reconocidos como no vinculados. En segunda o tercera convocatoria, los acuerdos se adoptarán cuando se alcance el voto favorable de acreedores representantes de un importe superior al 66.6% del total de créditos asistentes en la clase de los acreedores vinculados y la clase de los acreedores no vinculados, respectivamente”.

De este modo, la vinculación concursal fue regulada expresamente en la legislación de la materia, recogiendo los criterios jurisprudenciales elaborados por los órganos funcionales en su experiencia práctica. Como puede apreciarse, esta regulación introdujo, en líneas generales, los siguientes aspectos: (i) el deber del deudor y de sus acreedores, indistintamente, de informar acerca de la eventual existencia de vinculación, dentro de los supuestos legales; (ii) la obligación de la Autoridad Concursal de investigar la existencia del crédito, en especial de los acreedores vinculados, a fin de descartar o, de ser el caso, detectar una simulación absoluta o relativa en perjuicio de los acreedores no vinculados; (iii) la necesidad de dividir la Junta de Acreedores en un grupo de acreedores vinculados y un grupo de acreedores no vinculados, cuando aquellos tuviese una participación significativa en el porcentaje total de créditos reconocidos (más del 66.6%) a fin de evitar un eventual abuso de derecho por parte de los acreedores vinculados, adoptando decisiones irracionales en beneficio del deudor, pero en perjuicio de los acreedores no vinculados, exigiéndose que la adopción de diversos acuerdos sea por mayoría calificada.

Si bien la regulación de la vinculación concursal fue adecuada, se presentaron algunos cuestionamientos acerca de su verdadera efectividad y la suficiencia o no de los supuestos legales de vinculación previstos en la norma, situación que ha motivado que en la LGSC se establezcan algunas modificaciones en su regulación, las cuales se analizarán más adelante. Lo cierto es que se sentaron las bases de la supervisión y tratamiento de los acreedores vinculados, aunque, lamentablemente, como ocurre muchas veces en nuestro país, la existencia de casos que involucraban intereses económicos y políticos importantes incidió en la desnaturalización y distorsión de la figura legal¹⁸.

3. Análisis de la regulación de la vinculación concursal en la ley general del sistema concursal

Una vez revisado el tratamiento original vía jurisprudencial de la vinculación concursal y su posterior regulación vía legislación, resulta conveniente analizar su tratamiento actual a cargo de la Ley N° 27809,

¹⁸ En efecto, un deplorable ejemplo de la influencia económica y política que atenta contra una correcta norma expedida con criterios técnicos y legales transparentes, puede apreciarse en el irregular Decreto de Urgencia N° 110-2000, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 04 de diciembre de 2000, mediante el cual se habría "solucionado" vía interpretación extensiva de la norma concursal, un caso político relacionado con un canal de televisión y los conflictos existentes entre sus accionistas, favoreciéndose a una de las partes para la recuperación de la administración de la empresa deudora. Recuérdese que la Carta Magna establece que las normas se expiden porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas (artículo 103°); sin embargo, en este caso resultaba evidente a quien o quienes se favorecía con la misma, puesto que no existía en todo el sistema concursal un caso siquiera similar. Así, esta norma dispuso en su artículo 1° lo siguiente: "Cuando, en los procedimientos de insolvencia seguidos conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial aprobado por Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI se demuestre que el acreedor que ha solicitado la insolvencia de una empresa está vinculado al deudor, según los criterios del Artículo quinto (sic) de la Ley de Reestructuración Patrimonial, quedará concluido el proceso de insolvencia y disuelta la junta de acreedores. Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en esta norma, se requerirá asimismo (sic), que la administración del insolvente esté o haya estado en poder de un administrador judicial y no conste la participación del Directorio y de la Junta General de Accionistas de la empresa deudora en el proceso de insolvencia. Quedan a salvo los derechos de los acreedores para iniciar un nuevo proceso de insolvencia".

Ley General del Sistema Concursal, vigente desde el 07 de octubre de 2002 (en adelante, la "LGSC"), a fin de estudiar los supuestos de vinculación previstos y sus efectos en el procedimiento concursal.

A tales efectos, he considerado pertinente analizar el tratamiento de la vinculación concursal en la LGSC, siguiendo el orden secuencial de un procedimiento concursal, de acuerdo con los puntos que se detallan a continuación:

3.1. Acerca del deber del deudor y sus acreedores de informar existencia de vinculación concursal y la oportunidad de dicha declaración

Naturalmente, la LGSC mantiene el deber tanto del deudor como de sus acreedores de informar acerca de la existencia de vinculación conforme a los supuestos previstos en la norma, sin perjuicio de la obligación de la Autoridad Concursal de investigar con mayor profundidad o detalle aquellos casos en los cuales consten elementos que permitan presumir la existencia de tal vinculación si no es declarada por ninguno de los mencionados sujetos concursales.

Debe tenerse en especial consideración que la información brindada por los sujetos concursales, sean éstos deudores o acreedores, tiene el carácter de declaración jurada, de acuerdo con el artículo 10.1° de la LGSC¹⁹. Esta declaración jurada adquiere mayor relevancia en caso que conste un supuesto de vinculación, teniendo en cuenta que la autoridad concentrará mayormente sus investigaciones sobre la existencia o no de los créditos en aquellos casos en los cuales se hubiese declarado vinculación, facilitándose su labor²⁰.

El deber de información acerca de la existencia de vinculación recae en el deudor en dos situaciones distintas, pero dentro de la misma Etapa Pre Concursal, a saber: (i) cuando el deudor solicite el inicio de un procedimiento concursal, ya sea un Procedimiento Concursal Ordinario o un Procedimiento Concursal Preventivo, deberá presentar la relación de sus obligaciones y la identificación de los acreedores titulares de las mismas, así como una declaración sobre la existencia de vinculación o no con éstos, de acuerdo con el artículo

¹⁹ LGSC. "Artículo 10°.- Carácter de declaración jurada de la información presentada.

10.1 Toda información presentada tiene carácter de declaración jurada. El representante legal, el propio acreedor y el deudor, según el caso, serán responsables de la veracidad de la información y la autenticidad de los documentos presentados".

²⁰ Resolución N° 0024-2003/SCO-INDECOPI. "La razón de dicha norma se sustenta en el deber que tienen los administrados de facilitarle a la autoridad concursal la labor de verificación de los créditos para que, de ese modo, la autoridad concursal pueda concentrar sus recursos en las solicitudes de personas vinculadas al deudor. Investigar exhaustivamente toda solicitud de reconocimiento de créditos significaría perjudicar la marcha eficiente de los procedimientos concursales, lo cual atentaría contra el principio de economía procesal". (17/01/2003).

²¹ LGSC. "Artículo 25.- Documentos anexos a la solicitud.

1.1 El deudor acompañará a su solicitud un Resumen Ejecutivo fundamentando el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario, la viabilidad económica de sus actividades, de ser el caso y los medios para solventar las obligaciones adeudadas. Asimismo, presentará, en lo que resulte aplicable, la siguiente documentación:

(...)

k) Declaración jurada de la existencia o inexistencia de vinculación con cada uno de sus acreedores, de acuerdo a los supuestos previstos en el Artículo 12°".

25.1° (literal k) de la LGSC²¹; y, (ii) cuando se declara el inicio del concurso del deudor a pedido de un acreedor o acreedores, aquél deberá presentar también su relación de obligaciones y la declaración de existencia de vinculación o no con los acreedores titulares de las mismas, de acuerdo con el artículo 31° de la LGSC²².

Por su parte, el deber de información acerca de la existencia de vinculación recae en el acreedor en dos situaciones distintas y en etapas diferentes dentro del procedimiento concursal, a saber: (i) cuando el acreedor o acreedores soliciten el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de un deudor, deberán presentar una declaración jurada sobre la existencia o no de vinculación con dicho deudor, de conformidad con el artículo 26.4° de la LGSC (en Etapa Pre Concursal)²³; y, (ii) cuando ante el inicio de un procedimiento concursal, ya sea a pedido del deudor o de acreedores, el acreedor solicite el reconocimiento, deberá informar acerca de la existencia de vinculación o no con el deudor, de acuerdo con el artículo 37.2° de la LGSC (Etapa de Formación del Concurso)²⁴.

En consecuencia, los deudores y acreedores tienen la obligación ineludible de declarar la existencia de vinculación en un procedimiento concursal, declaración que puede presentarse en oportunidades distintas, dependiendo del sujeto que inicie el concurso, pero que se reducen a los actos de solicitud de inicio de un procedimiento concursal y a la solicitud de reconocimiento de créditos en un concurso ya iniciado²⁵, residiendo su importancia en la facilitación de las labores de la Autoridad Concursal a fin de determinar la existencia o no de los créditos vinculados involucrados²⁶.

Cabe resaltar que esta obligación de declarar la existencia o no de vinculación no puede ser cumplida por los deudores o acreedores en cualquier momento, sino que debe realizarse en la primera oportunidad en que se presenten al concurso, lo cual ha sido precisado expresamente en el artículo 12.2° de la LGSC²⁷.

3.2. Acerca del respeto de los derechos del deudor y de sus acreedores vinculados para desenvolverse en el concurso

Contrariamente a lo que suponen muchos usuarios, la existencia de vinculación entre deudor y acreedor no implica que éstos no cuenten con derechos para participar como sujetos concursales²⁸, sino que, en principio, determinará que el crédito del acreedor vinculado sea investigado de una manera más exhaustiva a efectos de verificar su existencia total o parcial²⁹.

En otras palabras, no puede interpretarse que un acreedor vinculado siempre será titular de un crédito simulado o sobrevalorado, sino que sólo puede sostenerse que existen elementos que obligan a verificar su origen, legitimidad exigibilidad y cuantía. Si se demuestra que el crédito del acreedor vinculado existe, ya sea total o parcialmente, entonces éste participará en el desarrollo del procedimiento concursal con iguales derechos que los acreedores no vinculados, es decir, un acreedor vinculado puede solicitar el inicio del concurso de su deudor³⁰.

Asimismo, un acreedor vinculado puede solicitar el reconocimien-

²² LGSC. “Artículo 31°.- Obligación del deudor de presentar información.- Declarada la situación de concurso o efectuada la publicación referida en el Artículo 30°, el deudor deberá presentar a la Comisión, si no lo ha hecho antes, en un plazo no mayor de diez (10) días, la totalidad de la información y documentación señaladas en el Artículo 25°, bajo apercibimiento de multa”.

²³ LGSC. “Artículo 26.- Inicio del procedimiento a solicitud de acreedores. (...) 4.4 La solicitud deberá indicar el nombre o razón, domicilio real y la actividad económica del deudor con una declaración jurada del acreedor sobre la existencia o inexistencia de vinculación con su deudor, según el Artículo 12°. (...)”.

²⁴ LGSC. “Artículo 37°.- Solicitud de reconocimiento de créditos. (...) 37.2 Con la solicitud se deberá incluir una declaración jurada sobre la existencia o inexistencia de vinculación con el deudor, de acuerdo al Artículo 12°”.

²⁵ Resolución N° 0081-2001/TDC-INDECOPI. “De ello se concluye que tanto en las solicitudes de declaración de insolvencia, como en las de reconocimiento de créditos, la autoridad concursal no sólo actúa en atención a los legítimos intereses del solicitante (ya sea éste la persona deudora o un acreedor de ésta), sino de todos los demás posibles acreedores del deudor, quienes podrían verse perjudicados por la simulación de un estado de insolvencia, o de un determinado crédito”. (23/02/2000).

²⁶ Resolución N° 0270-2000/TDC-INDECOPI. “El desarrollo del proceso de verificación [de créditos] obedece no sólo a la necesidad de cautelar los legítimos intereses del acreedor solicitante, sino también a la necesidad de cautelar los derechos de todos los demás acreedores de la empresa, quienes podrían verse perjudicados con la simulación de un estado de insolvencia o con el reconocimiento de créditos inexistentes, pues ello afectaría su participación en las reuniones de la junta de acreedores. Al respecto, la Comisión asume un papel determinante, ya que al verificar la existencia, legitimidad o exigibilidad de los créditos invocados por un acreedor está velando por el correcto funcionamiento del sistema concursal”. (05/07/2000).

²⁷ LGSC. “Artículo 12°.- Declaración de vinculación entre el deudor y sus acreedores. (...)”

2.2 La existencia de estas relaciones deberá ser declarada por el acreedor y por el deudor en la primera oportunidad en que se apersonen ante la Comisión”.

²⁸ Según Rojas: “La vinculación en sí misma no es un tema que merezca ser sancionado, pero sí constituye una señal de alerta que la autoridad debe tener a la vista cuando se trata de verificar la existencia de los créditos. La ecuación, vinculación igual simulación de créditos, no es real. No obstante, la existencia misma de la vinculación hace necesario un análisis exhaustivo de los créditos presentados a reconocimiento”. ROJAS, Juan Francisco. Op. Cit, p. 63.

²⁹ Resolución N° 0115-2002/SCO-INDECOPI. “En este sentido, cuando una solicitud de reconocimiento de créditos es formulada ante la autoridad concursal y presenta una o más de las situaciones señaladas en el precedente de observancia obligatoria, la labor de dicha autoridad debe ser más rigurosa, es decir, se procederá al análisis de la documentación sustantiva presentada y de ser el caso, se requerirá la presentación de documentación adicional a fin de que se acredite la existencia de créditos”. (10/12/2002).

³⁰ Resolución N° 134-1997/TDC-INDECOPI. “Es necesario señalar que la simple vinculación entre los agentes del mercado, constituye únicamente un elemento de juicio para profundizar las investigaciones destinadas a verificar la existencia de los créditos invocados, pero de ninguna manera constituye un elemento que impida la existencia de una relación acreedor – deudor”. (28/05/1997).

³¹ Resolución N° 0083-1998/TDC-INDECOPI. “No obstante lo expuesto, debe precisarse que la existencia de vinculación económica o de gestión entre empresas no impide por sí misma efectuar el reconocimiento de los créditos invocados por una empresa vinculada a la insolvente. Sin embargo, ello constituye un elemento a ser tomado en cuenta al momento de verificar la existencia del crédito objeto de reconocimiento, tal como se estableció en el precedente de observancia obligatoria aprobado en la Resolución 079-97-TDC, según el cual este hecho impone a la autoridad a cargo del procedimiento concursal la responsabilidad de investigar con mayor cuidado y detalle la información presentada”. (04/04/1997).

to de sus créditos³¹, aunque con una especial situación de carga de la prueba³². En este caso, la diferencia en relación con los acreedores no vinculados, es que la solicitud no será resuelta por la Secretaría Técnica, sino por la propia Comisión, ya se que se trate de un Procedimiento Concursal Ordinario o Preventivo, debido a la característica de la investigación que debe realizar para verificar la existencia del crédito, de acuerdo con los artículos 38.5³³ y 105.2° de la LGSC³⁴. Así, la Comisión emite resolución reconociendo el crédito, pero precisando que su titular es un acreedor vinculado, de acuerdo con el artículo 41° (literal d) de la LGSC³⁵.

En ese orden de ideas, un acreedor vinculado cuyo crédito haya sido reconocido por la Comisión podrá participar con derecho de voz y voto en la Junta de Acreedores, entre otras prerrogativas.

Sin embargo, debe reconocerse que los acreedores vinculados deben soportar una carga legal consistente en votar en un grupo distinto al de los acreedores vinculados al momento de adoptar acuerdos esenciales relacionados con el desarrollo del procedimiento concursal del deudor, cuando los créditos vinculados reconocidos superen el 66.6% de los créditos totales reconocidos. Esta situación ha sido considerada como una restricción en cuanto al ejercicio de los derechos del acreedor para adoptar decisiones en el proceso concursal, pues le agrava la formalidad requerida para conseguir la aprobación de un acuerdo válido, motivo por el cual las disposiciones concursales sobre vinculación deben interpretarse de manera restrictiva y no bajo fórmulas analógicas o de interpretación extensiva, aspecto que se verá más adelante con detenimiento³⁶.

3.3. Acerca de los supuestos de vinculación concursal

Si bien el artículo 12.1° de la LGSC ha incorporado algunos supuestos adicionales a aquellos previstos en el Decreto Legislativo N° 845, para determinar que se evidencia vinculación,³⁷ lo cierto es que su lógica se basa en los mismos conceptos.³⁸ Así, se mantienen como punto de partida dos vínculos genéricos: un vínculo personal (familiar o afectivo) y un vínculo económico (patrimonial o comercial) entre un deudor y su acreedor. Los órganos funcionales del INDECOPI consideran que la determinación de la vinculación se desprende de cuatro tipos de relaciones: relaciones de parentesco, propiedad, control o gestión del deudor sobre el acreedor o viceversa³⁹.

El primer supuesto de vinculación concursal previsto en la LGSC es el parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, supuesto éste último que se constituye como una innovación de la nueva norma. La existencia de vinculación entre los parientes resulta evidente, debido a que se presentan lazos familiares y afectivos que influyen en la relación entre el deudor y su "acreedor familiar", pudiendo prestarse ello para la simulación del crédito o para la distorsión de sus decisiones en la Junta de Acreedores.

Empero, este supuesto no se limita a ser interpretado como una vinculación a nivel de deudor y acreedor personas naturales, sino que se ha extendido a los casos donde intervienen personas jurídicas, considerándose que existe vinculación si el deudor persona natural tiene parentesco con un accionista, socio o asociado de la persona jurídica acreedora o viceversa, es decir, si el deudor persona

³² Resolución N° 0757-2000/TDC-INDECOPI. "Debe considerarse además que la carga de la prueba de acreditar el origen, existencia, legitimidad y cuantía de los créditos recae sobre el propio acreedor que solicita el reconocimiento, por lo que los vinculados deben ser especialmente cuidadosos al momento de efectuar sus operaciones económicas para generar pruebas suficientes que acrediten dichas operaciones". (14/11/2001).

³³ LGSC. "Artículo 38°.- Procedimiento de reconocimiento de créditos. (...)

38.5 En los casos de créditos invocados por acreedores vinculados al deudor y en aquellos en que surja alguna controversia o duda sobre la existencia de los mismos, el reconocimiento de dichos créditos solamente podrá ser efectuado por la Comisión, la que investigará su existencia, origen, legitimidad y cuantía por todos los medios, luego de lo cual expedirá la resolución respectiva".

³⁴ LGSC. "Artículo 105°.- Acreedores hábiles para participar en Junta (...)

105.2 El procedimiento de reconocimiento de créditos se sujetará a lo dispuesto para tales efectos en el Artículo 38°".

³⁵ LGSC. "Artículo 41°.- Contenido de las resoluciones de reconocimiento de créditos.- Las resoluciones de reconocimiento de créditos emitidas por la Secretaría Técnica y la Comisión deberán contener:

(...)

d) La existencia o inexistencia de vinculación entre acreedor y deudor, conforme a los criterios establecidos en el Artículo 12°".

³⁶ Resolución N° 0052-2001/TDC-INDECOPI. "Atendiendo a que el efecto de la declaración de vinculación conlleva una restricción al ejercicio de los derechos del acreedor para tomar decisiones en el proceso concursal, toda vez que la exigencia del voto por clase agrava la formalidad requerida para la adopción de acuerdos válidos en junta de acreedores, las disposiciones concursales sobre vinculación económica deben aplicarse en forma estricta y, eventualmente, ser interpretados en forma restrictiva, descartándose de plano la aplicación analógica o la interpretación extensiva de ellas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil". (26/01/2001).

³⁷ Exposición de Motivos del Proyecto de LGSC. "La experiencia administrativa concursal ha dado cuenta de otros tipos de vinculación, lo que ha conllevado a que se haga necesario incrementar los supuestos de vinculación entre acreedor y deudor para extenderlo a otros hechos que permitan advertir los casos en los que un acreedor vinculado podría no estar actuando en interés propio, sino en interés del deudor, y de esta manera tratar de usar el sistema concursal para defraudar a los demás acreedores", p. 34.

³⁸ LGSC. "Artículo 12°.- Declaración de vinculación entre el deudor y sus acreedores.

1.1 Para los efectos de la presente Ley, son relaciones que evidencian vinculación entre deudor y acreedor, las siguientes:

- El parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad entre ambas partes o entre una de ellas y los accionistas, socios, asociados de la otra parte o entre una de ellas y los accionistas, socios o asociados de la otra o entre quienes ostenten tal calidad.
- El matrimonio o concubinato, presente o pasado.
- La relación laboral, presente o pasada, que implique el ejercicio de labores de dirección o de confianza.
- La propiedad, directa o indirecta del acreedor o deudor en algún negocio de su respectiva contraparte. Están excluidos de esta condición los trabajadores que sean acreedores de las cooperativas de trabajo a las que hubieran pertenecido.
- La asociación o sociedad, o los acuerdos similares entre acreedor y deudor.
- La existencia de contabilidad común entre las actividades económicas de acreedor y deudor.
- La integración común de un grupo económico en los términos señalados en la ley de la materia.
- Cualquier otra circunstancia que implique una proximidad relevante de intereses entre acreedor y deudor".

³⁹ Resolución N° 0005-2003/SCO-INDECOPI. "De la lectura de los supuestos regulados en la Ley para la existencia de vinculación, se desprende que las relaciones que ésta considera relevantes para la existencia de vinculación son aquellas en que existen relaciones de parentesco, propiedad, control o gestión del deudor sobre el acreedor o viceversa". (14/01/2003).

jurídica tiene un accionista, socio o asociado que posea parentesco con un acreedor persona natural. Inclusive, se entiende que existe vinculación si un deudor persona jurídica tiene un accionista, socio o asociado que posea parentesco con un accionista, socio o asociado de un acreedor persona jurídica.

Así, el legislador ha agotado todas las posibilidades en las que pueda observarse algún parentesco, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en línea recta o colateral, entre deudor y acreedor⁴⁰. Este supuesto se encuentra dentro del género de "vinculación personal".

El segundo supuesto de vinculación concursal previsto en la LGSC es el matrimonio o concubinato, presente o pasado, habiendo la LGSC eliminado el término "unión de hecho". En este caso, la existencia de vinculación también es evidente, teniendo en cuenta la relación afectiva existente entre deudor y acreedor, así como las implicancias patrimoniales que generan estas relaciones. Sin embargo, cabe señalar que, en nuestra opinión, la existencia de vinculación afectiva y patrimonial entre dos personas, puede desvanecerse con un divorcio o con una separación de hecho, una vez repartidos los bienes entre los ex – cónyuges o ex – concubinos, pero la LGSC no se detiene a analizar esta situación, motivo por el cual igual serían siendo considerados vinculados, además de la dificultad que supondría verificar el rompimiento del vínculo afectivo entre las partes a pesar de su separación. Este supuesto también se encuentra dentro del género de "vinculación personal".

El tercer supuesto de vinculación concursal previsto en la LGSC es la relación laboral, presente o pasada, pero siempre que implique el ejercicio de labores de dirección o de confianza. Como puede apreciarse, en este caso el legislador excluye concientemente a los trabajadores comunes del deudor, debido a que éstos no tendrían influencia en sus decisiones, comprendiendo únicamente a aquellos trabajadores que tengan intervención en la toma de decisiones del negocio del deudor, es decir, quienes ejercen labores de dirección o de confianza.

La delimitación de los conceptos relacionados con trabajadores de dirección y de confianza se encuentra en la normatividad laboral, específicamente, en el TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, según la cual es un "trabajador de dirección" quien ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o que comparte con él las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Por otro lado, se entiende que un "trabajador de confianza" es quien labora en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado o, cuando sus opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales⁴¹.

Este supuesto se encuentra, principalmente, dentro del género de "vinculación económica", aunque también es cierto que en ciertos

casos puede poseer elementos del género de "vinculación personal", en especial cuando estamos frente a un trabajador de confianza. Los "trabajadores de dirección" son más fáciles de identificar, como sería el caso de los directores, los gerentes o administradores y los apoderados, siendo estos casos considerados como relaciones de control y de gestión por la jurisprudencia del INDECOPI⁴². Sin embargo, no es tarea fácil identificar a los "trabajadores de confianza", ya que, por lo general, no ocupan puestos debidamente formalizados, pudiendo ser incluso consejeros personales, situación que podría complicar la actuación de los órganos funcionales del INDECOPI al tratar de determinar la existencia de vinculación bajo este supuesto concreto⁴³.

El cuarto supuesto de vinculación concursal previsto en la LGSC es la propiedad, directa o indirecta del acreedor o deudor en algún negocio de su respectiva contraparte, excluyéndose de este supuesto a los trabajadores que sean acreedores de las cooperativas de trabajo a las que hubieren pertenecido, pues se entiende que no podrían haber ejercido una influencia relevante en las decisiones del deudor.

La relación de propiedad directa ha sido considerada por los órganos funcionales del INDECOPI como la existencia de accionistas o participacionistas comunes en el capital social del deudor y acreedor simultáneamente (nótese que la norma no hace referencia a supuestos en los cuales haya existido en algún momento dicha relación de propiedad), entre otros supuestos similares⁴⁴. Por su parte, si bien la relación de propiedad indirecta no ha sido definida aún en la jurisprudencia del INDECOPI, puede entenderse que esta se presentaría en el caso de que deudor y acreedor tengan participación en un tercer negocio. Lógicamente, este supuesto de relación de propiedad directa o indirecta se encuentra dentro del género de "vinculación económica".

El quinto supuesto de vinculación concursal previsto en la LGSC es la asociación o sociedad, entre otros acuerdos similares entre acreedor y deudor. La regulación de este supuesto resulta lógica, ya que deudor y acreedor mantienen un interés económico común en la marcha de un determinado negocio, el mismo que, en mi opinión, puede ser de naturaleza civil o comercial. Como puede apreciarse,

⁴² Resolución N° 0447-2001/TDC-INDECOPI. "La relación de control de una empresa está referida a la influencia preponderante y continua que tienen ciertas personas en las decisiones de los órganos de gobierno de una empresa. Este sería el caso de los directores y gerentes quienes con los encargados de velar por la correcta y adecuada marcha de la empresa, pues ello redundará en beneficio de los socios o accionistas de la empresa. La relación de gestión está referida a la administración de la empresa, esto es, a poner en marcha las decisiones adoptadas por los órganos de gobierno de la empresa. Este sería el caso de los gerentes y demás funcionarios que administran la empresa sobre la base de las decisiones adoptadas por los socios y directores". (11/07/2001).

⁴³ Una interesante salvedad corresponde a Beaumont y Palma, quienes analizan la posibilidad de que un trabajador calificado como de dirección o de confianza pueda solicitar a la Comisión que no se le considere como tal en mérito al principio de primacía de la realidad. BEAUMONT, Ricardo y PALMA, José. Comentarios a la nueva Ley General del Sistema Concursal. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 98-99.

⁴⁴ Resolución N° 0447-20017TC-INDECOPI. "Existen relaciones de propiedad, cuando las personas que detentan la titularidad de una empresa también son titulares de otra empresa. Este sería el caso de aquellas personas que son accionistas tanto de la empresa insolvente como de la empresa acreedora. En un procedimiento de insolvencia, los accionistas pierden el control de la empresa, transfiriéndose el mismo a los acreedores, por lo cual, los primeros tratarán de tener los créditos suficientes para tener el control de la junta de acreedores". (11/07/2001).

⁴⁰ Ver: FERRERO, Augusto. "Tratado de Derecho de Sucesiones". Sexta Edición. Lima: Grijley, 2002, p. 613 y ss.

⁴¹ Ver: DOLORIER, Javier. "Trabajadores de dirección y de confianza". En: Diario Oficial El Peruano de fecha 27 de octubre de 2003. p. 18.

este supuesto de asociación o sociedad se encuentra dentro del género de "vinculación económica"⁴⁵.

Igual situación se produce con el sexto supuesto de vinculación concursal previsto en la LGSC, el cual consiste en la existencia de contabilidad común entre las actividades económicas de acreedor y deudor, las cuales se producen en supuestos de asociación o colaboración empresarial, encontrándose esta supuesto dentro del género de "vinculación económica".

El séptimo supuesto de vinculación concursal previsto en la LGSC es la integración común de un grupo económico. A fin de comprender los alcances del término "grupo económico" debe acudirse a la legislación de la materia, específicamente a la Resolución SBS N° 445-2000 de la Superintendencia de Banca y Seguros, de fecha 28 de junio de 2000.

Según dicha resolución un "grupo económico" es el conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, correspondiendo este supuesto a la "Holding" o "Empresa Controladora", la cual se constituye como una persona jurídica cuya actividad principal es la tenencia de acciones o participaciones en el capital social de otras personas jurídicas, sobre las cuales ejerce control. El control sobre las personas jurídicas de un grupo económico también puede ser ejercido por una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

En ese orden de ideas, existirá vinculación entre deudor y acreedor cuando ambos integren un "grupo económico", ya sea como empresa controladora o empresa controlada, o ambas como empresas controladas; e, incluso, cuando uno de ellos actúe como persona natural que conforme la unidad de decisión o de control sobre el conjunto de personas jurídicas que integren el "grupo económico" en la que esté comprendido el otro. Este supuesto se encuentra comprendido dentro del género de "vinculación económica".

El último supuesto de vinculación concursal previsto en la LGSC es uno que puede ser calificado como "Cajón de Sastre", debido a que se sustenta en la existencia de cualquier otra circunstancia que implique una "proximidad relevante de intereses" entre acreedor y deudor. Si bien el legislador ha intentado establecer una norma que le permita eventualmente comprender supuestos de vinculación más sofisticados, complejos o no previstos aún en la experiencia práctica, lo cierto es que la amplitud y vaguedad de este supuesto de vincula-

ción contradice precisamente el reconocimiento efectuado por la jurisprudencia de los órganos funcionales del INDECOPI y el propio legislador en la Exposición de Motivos del Proyecto de la LGSC, en el sentido de que como la declaración de vinculación conlleva una restricción en cuanto al ejercicio de los derechos del acreedor para tomar decisiones en el procedimiento concursal, entonces las disposiciones concursales sobre vinculación deben aplicarse restrictivamente y no por analogía o interpretación extensiva; sin embargo, este último supuesto de vinculación no es otra cosa que una vía analógica o extensiva para intentar identificar casos de presunta vinculación y, por lo tanto, sería ilegal su aplicación por parte de los órganos funcionales del INDECOPI⁴⁶.

Nótese que el término "proximidad relevante de intereses entre acreedor y deudor" podría ser cualquier clase de relación entre éstos, con lo cual existe el riesgo que ningún acreedor pueda predeterminar si es uno vinculado o no y, ante esta disyuntiva, incluso acreedores no vinculados, pero que por ejemplo son estratégicos para la continuación de actividades del deudor (proveedores) se considerarían a sí mismos como vinculados, declarándolo de ese modo ante la autoridad concursal para evitar sanciones y recargando sus funciones al tener que investigar la existencia del respectivo crédito por todos los medios. Es por ello que considero que la vigencia de este supuesto debería ser reconsiderada por el legislador.

3.4. Acerca de la división de la Junta de Acreedores por presencia significativa de acreedores vinculados

Una vez declarada la vinculación concursal entre deudor y acreedor y, acredita la existencia de un crédito, entonces debe determinarse el porcentaje de participación de los créditos cuyos titulares son acreedores vinculados, a fin de establecer si superan el 66.6% de la totalidad de los créditos reconocidos en el respectivo procedimiento concursal, ya que, en este caso, se produce la división de la Junta de Acreedores en dos grupos: uno conformado por los acreedores vinculados y otro conformado por los acreedores no vinculados, de acuerdo con el artículo 59° de la LGSC⁴⁷.

Ahora bien, esta división se sustenta en la necesidad de evitar que los acreedores vinculados abusen de una eventual posición ma-

45 Según Alva y Calle: "Este supuesto se refiere básicamente a la vinculación entre acreedores y deudor en razón de haber celebrado ambos un contrato de asociación en participación, joint venture o sociedad, aunque este último caso ya se encontraría contemplado en el supuesto de propiedad directa que se ha mencionado anteriormente, por lo que no tendría sentido su inclusión. La propia norma deja abierta la posibilidad para que la vinculación se establezca en razón de otros acuerdos similares a los antes señalados, como podrían ser otros contratos asociativos e, incluso, contratos de colaboración empresarial celebrados entre acreedor y deudor. La justificación de este supuesto obedece a que en la mayoría de estos casos existe una vinculación económica entre acreedor y deudor, que se establece principalmente por la cooperación entre ello basada en un interés económico común que mantienen en el negocio constituido". ALVA, Sonia y CALLE, Jean Paul. Guía rápida de preguntas y respuestas sobre la nueva Ley General del Sistema Concursal. Lima: Gaceta Jurídica., 2003, p. 59.

46 Ver Nota al Pie N° 36. Supra. Asimismo: Exposición de Motivos del Proyecto de LGSC, p. 34.

47 LGSC. "Artículo 59°.- Formas especiales de votación. Cuando los acreedores identificados como vinculados representen más del 66.6% del total de créditos reconocidos y se ponga a consideración de la Junta la aprobación del destino del deudor, del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Acuerdo Global de Refinanciación, y sus modificaciones, se deberá realizar dos votaciones, por separado:

- a) En primera convocatoria, para la aprobación de los temas señalados, se requerirá el voto favorable de más del 66.6% en la clase de acreedores reconocidos como no vinculados.
- b) En segunda convocatoria se requerirá el voto favorable de más del 66.6% de acreedores asistentes, en ambas clases".

48 Resolución N° 0612-2003/SCO-INDECOPI. "Conviene aclarar que la normatividad concursal contempla una serie de mecanismos a fin de que los acreedores puedan protegerse de posibles abusos de parte de los acreedores vinculados, como la obligación que los acuerdos referidos al destino del patrimonio del deudor y la forma de pago de las obligaciones obtengan votación favorable en la clase de acreedores vinculados y no vinculados, si como la posibilidad de impugnar un acuerdo de junta de acreedores alegando la existencia de un abuso del derecho". (15/07/2003).

yoritaria en la Junta, debido a que sus intereses individuales pueden fundirse con los intereses del deudor en atención a su vinculación, obstaculizando la adopción de una decisión eficiente en la Junta que refleje verdaderamente la mejor solución para los intereses de los acreedores no vinculados que representan una minoría⁴⁸.

Ahora bien, esta división de la Junta de Acreedores en grupo de vinculados y no vinculados, funciona en la práctica exigiendo que se supere el 66.6% de los votos en ambos grupos a fin de adoptar la decisión sobre el destino (constituyéndose este aspecto como una novedad incorporada por la LGSC), o aprobar el Plan de Reestructuración Patrimonial o el Convenio de Liquidación dentro de un Procedimiento Concursal Ordinario, o la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciación en un Procedimiento Concursal Preventivo, así como para aprobar las modificaciones de los términos que pudiesen efectuarse sobre dichos instrumentos concursales.

Cabe señalar que esta solución legal ha sido calificada como “la regla de la mayoría de la minoría”, pues por su especial mecánica los acuerdos esenciales dentro del procedimiento concursal no podrán aprobarse si no se cuenta con el voto favorable de los acreedores no vinculados que no minoritarios⁴⁹.

3.5. Acerca de las sanciones y nulidades aplicables en supuestos relacionados con la vinculación concursal

Conviene plantear como premisa esencial que la vinculación no es sancionable por sí misma⁵⁰, sino que los actos que pueden ser objeto de sanción son, puntualmente, los siguientes: (i) que el deudor

o el acreedor o ambos no declaren la existencia de vinculación en la primera oportunidad en que se apersonen al procedimiento concursal, de acuerdo con el artículo 125.1° (literal a) de la LGSC⁵¹; y, (ii) si se presenta una simulación de créditos entre deudor y acreedor, ya sea absoluta o relativa, de acuerdo con los artículos 125.2° (literal b) y 125.3° (literal a) de la LGSC⁵².

Asimismo, cuando no se declara la existencia de vinculación y se consigue iniciar un concurso en virtud a créditos correspondientes al acreedor vinculado, el Tribunal del INDECOPI tiene la facultad de declarar la nulidad de oficio o a pedido de parte de la resolución de inicio del concurso, ordenando a la Comisión que realice nuevamente la investigación sobre la vinculación o no del acreedor, con la especial intención de determinar la existencia o no del crédito involucrado, suspendiéndose el procedimiento concursal⁵³.

Una reflexión final está relacionada con el hipotético caso en que el deudor o el acreedor, o ambos, declaren vinculación con su contraparte, pero finalmente los órganos funcionales del INDECOPI determinen la inexistencia de dicha vinculación. En tal supuesto, ¿procedería sancionar al deudor o al acreedor por información incorrecta o falsa? En nuestra opinión, no debería sancionarse a ninguno de ellos, ya que, si bien el supuesto estaría tipificado dentro de la infracción que regula brindar información verdadera contemplada en el Decreto Legislativo N° 807, aplicable supletoriamente, lo cierto es que esta conducta de las partes no ha tenido como intención generar perjuicio alguno a los demás acreedores y, a fin de cuentas, no generará afectación alguna, puesto que se ha descartado la vinculación relevante en relación con el concurso.

⁴⁸ Según Ezcurra: “(...) la solución adoptada (conocida como “la regla de la mayoría de la minoría”) es adecuada en el sentido que deja en las partes afectadas (los acreedores no vinculados) la posibilidad de decidir el mejor resultado para sus intereses. Los acreedores no vinculados, aun cuando sean minoría, respecto del total de créditos reconocidos, serán los que finalmente aprueben la forma de pago que más satisfaga sus intereses. Los acreedores vinculados, aunque en control, no podrán imponer su decisión sobre los acreedores no vinculados, a menos que la mayoría de los acreedores no vinculados se encuentre de acuerdo”. EZCURRA, Huáscar. Op. Cit. p. 162. Por su parte, según Echeandía: “Lo malo es que esta solución tiene similares problemas a los de la propuesta descartada. Genera discriminación, elude la obligación de verificar los créditos, no toma en cuenta que se puede simular obligaciones a favor de personas aparentemente no vinculadas y tampoco ha considerado que, si hay voluntad de fraude, la simulación puede hacerse evitando llegar al porcentaje establecido. Por último, el voto por clase regulado en la legislación alemana no distingue entre los acreedores según su naturaleza, sino a partir de los distintos regímenes que se establezca en el proceso para el pago de la deuda”. ECHEANDÍA, Luis Francisco. Op. Cit, p. 223.

⁴⁹ Resolución N° 0447-2001/TDC-INDECOPI. “Debe precisarse que la vinculación entre deudor y acreedor no constituye “per se” una infracción al régimen concursal. Lo que constituye una infracción es la utilización o aprovechamiento de esa vinculación para simular la existencia o cuantía de créditos y, con ello, obtener una ventaja indebida distorsionando la masa concursal”. (11/07/2001).

⁵¹ LGSC. “Artículo 125°.- Infracciones y sanciones.
1.1 La Comisión está facultada para imponer sanciones en los siguientes casos:
a) Cuando las partes incumplan los requerimientos de información y documentación efectuados por la Comisión o se incurra en las conductas tipificadas en el Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 807, serán sancionadas con multas no menores de una (1) ni mayores de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias”.

⁵² LGSC. “Artículo 125°.- Infracciones y sanciones.
(...)
1.2 La Comisión sancionará con multas de hasta cien (100) Unidades Impositivas Tributarias al deudor, a la persona que actúa en su nombre, al administrador o al liquidador que realice alguna de las siguientes conductas:
(...)
c) Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas”.
(...)
1.1 La Comisión podrá sancionar con multas hasta de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias al acreedor o la persona que haya actuado en su nombre:
a) Resulte beneficiado con cualquiera de los actos referidos en los párrafos anteriores del presente artículo; o,
(...)”.

⁵³ Resolución N° 0280-1998/TDC-INDECOPI. “(...) debido a los indicios de vinculación económica existentes, la Comisión debió iniciar un proceso de investigación destinado a verificar por todos los medios el origen del crédito conforme al precedente de observancia obligatorio contenido en la Resolución N° 079-97-TDC emitido por la Sala, así como la legalidad o ilegalidad de los créditos comprendidos en este procedimiento. En atención a lo expuesto, se debe de declarar nula la Resolución N° 001-98/CSM-ODI-CAL que declaró la insolvencia de Comercial Rímac, toda vez que la Comisión no cumplió con lo que ordena el referido precedente de observancia obligatoria. Asimismo, con el objeto de tutelar los derechos de los acreedores que podrían verse privados de ejercer sus legítimos derechos, derivados de la falta de pago de sus créditos, toda vez que de existir vinculación económica entre los solicitantes y Comercial Rímac podría haber una simulación de los créditos que sirvieron como sustento para la declaración de insolvencia de Comercial Rímac como mencionamos anteriormente, la Comisión debe de suspender el presente procedimiento”. (1/10/1998).