

RESTRINGIENDO EL ACCESO A LA SOLUCIÓN CONCURSAL

GONZALO DE BRACAMONTE MELGAR

Abogado. Profesor de Derecho Mercantil y Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Concursal en el Instituto de Formación Bancaria de la Asociación de Bancos del Perú

SUMARIO: 1. Introducción 2. La razón de ser del concurso 3. La insolvencia 4. La solicitud de inicio del concurso del acreedor garantizado ¿Por qué restringirle el acceso a la solución concursal? 4.1. El fundamento de la norma 4.2. Algunas consideraciones 4.3. Nuestra posición 5. La preferencia de la liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades 5.1. El fundamento de la norma 5.2. Algunas consideraciones 5.3. Nuestra posición 6. A modo de conclusión

1. Introducción

La Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal (en adelante LGSC), vigente desde el 07 de octubre del 2002, ha originado, en los más de tres años que han transcurrido desde ese entonces, un intenso debate en el que han participado operadores y usuarios del sistema. Es por ello que resulta de particular importancia, luego de un prudente periodo de observación, revisar sus postulados y, partiendo de la premisa que todo es perfectible, realizar los aportes necesarios para mejorar el sistema que ha implementado.

En nuestra opinión, dos resultan ser los puntos centrales sobre los que se basan los cuestionamientos a la LGSC: el cambio de la lógica que inspiraba nuestro sistema y la manifiesta incoherencia entre los fines y principios que consagra su título preliminar con lo que se desprende de parte de su articulado.

Así, mientras que el artículo II de su Título Preliminar nos dice que *«Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción»*, y el artículo III que *«La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada»*, encontramos normas como las contenidas en los artículos 24.2 y 28.4, que disponen, sin participación alguna de los acreedores, la salida del mercado del deudor insolvente en caso tuviera pérdidas acumuladas que, deducidas sus reservas, superen su capital social pagado.»

De igual manera, aunque el artículo IV del Título Preliminar señala que *«Los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor»*, encontramos disposiciones como la contenida en el artículo 34.3, que establece que aquellos acreedores que se apersonen tarde al concurso perderán su derecho de participar con voz y voto en las sesiones de la Junta. Asimismo, el artículo 69.3 dispone que, en caso el proceso concursal derive en la reestructuración patrimonial del deudor, en el correspondiente Plan de Reestructuración debe contemplarse, en primer lugar, el pago de la deuda reconocida, mientras que la no recono-

cida (que puede tratarse de créditos oportunamente apersonados, tardíos y no apersonados), debe comenzar a cancelarse luego del plazo previsto para el pago de los primeros.

Para efectos del presente trabajo nos importa destacar lo dispuesto en el artículo I del Título Preliminar de la LGSC, que establece que *«El objetivo del Sistema Concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Los agentes del mercado procurarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis»*. Articulando la *«protección del crédito»* y el *«patrimonio de la empresa»* podemos decir que ambos son objetivos trazados, fundamentalmente, a favor de los acreedores.

En efecto, el patrimonio de la empresa se protege en el concurso, antes que para favorecer al deudor, para favorecer a sus acreedores, quienes ante la situación falencial de su deudor y la inexistencia de un régimen concursal, iniciarían una serie de ejecuciones individuales para recuperar sus créditos, *«canibalizando»* el patrimonio de su deudor y, en consecuencia, reduciendo el índice de recuperación de sus créditos que, de haberlo maximizado, probablemente habrían obtenido.

Como veremos más adelante, las disposiciones que serán materia de análisis incentivan conductas contrarias a los objetivos antes mencionados. Nos referimos a las contenidas en los artículos 26.2 y 26.3 de la LGSC.

La primera de estas normas, cuyos alcances trataremos de delimitar en el presente trabajo, dispone que el acreedor cuyos créditos se encuentren garantizados por bienes del deudor o de terceros, no podrá solicitar el concurso de éste sino hasta que haya ejecutado su garantía y acredite que el proceso ha sido infructuoso. La segunda, dispone que aquellas sociedades sometidas a un proceso de disolución y liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), no pueden ser sometidas a concurso ante el pedido de cualquier acreedor.

Sobre la racionalidad y el fundamento de estas normas, así como las soluciones que podrían adoptarse al respecto, tratarán las siguientes líneas.

2. La razón de ser del concurso

Antes de analizar el tema específico del presente artículo, conviene que nos detengamos a analizar algunos conceptos de particular importancia para estos efectos. ¿Para qué sirve el «concurso»? es una pregunta que necesariamente debemos responder antes de criticar los preceptos que restringen el acceso a la solución concursal.

Y es que, debemos tener claro que la solución concursal, por los particulares efectos que conlleva la aplicación del régimen, debe atender situaciones excepcionales ante las cuales las reglas del derecho común se presentan insuficientes e inadecuadas.

Pero entonces, ¿cuáles son las circunstancias que ameritan la aplicación del régimen concursal?

Podemos dar respuesta a lo anterior imaginando a una empresa que está atravesando una crisis económico - financiera, situación que le impide cumplir sus obligaciones, no sólo con uno, ni con dos, y tampoco necesariamente con todos, sino al menos con la mayoría de sus acreedores, en las condiciones que normalmente debiera hacerlo.

Por otro lado, el endeudamiento de la empresa puede ser (y de hecho frecuentemente lo es) de tal magnitud que su patrimonio es insuficiente para respaldar sus obligaciones, es decir, sus pasivos han superado largamente a sus activos, con lo que, a la demora en el pago los acreedores deberán sumar escasas posibilidades de recuperación en el supuesto de una ejecución.

Esta situación, por cierto, desencadenará un sinnúmero de consecuencias. Por un lado, a la empresa se le hará más difícil y costoso acceder al crédito. Es más que seguro que los bancos que financiaban su actividad le requieran mayores garantías y eleven sus intereses, o que sus proveedores, ante la posibilidad que futuros pedidos tampoco sean cancelados, exijan pagos contra entrega.

Sumados a éstos, los trabajadores, los entes recaudadores de aportes provisionales y tributos, iniciarán acciones para cobrar sus acreencias, las que se concretarán en diversas medidas judiciales o administrativas que agravarán, aún más, la precaria situación del deudor.

Ante estas circunstancias, el deudor destinará sus ya escasos recursos a buscar acuerdos con sus acreedores que le permitan refinanciar sus obligaciones y continuar con su actividad productiva, pero además de lo inviables que pueden resultar por la crisis en la que está inmerso, de concretarse no serán oponibles a todos ellos, sino únicamente a quienes los acepten. Así, los acreedores que no accedieron a refinanciar sus obligaciones tendrán expedito su derecho a accionar contra el deudor, en tanto que los que aceptaron los nuevos términos serán relegados¹.

En un escenario como el descrito, en el que la regla general del derecho común es que cobra primero el que acciona primero contra el patrimonio del deudor (primero en el tiempo, primero en el derecho), en el que los acreedores están incomunicados, en el que no puede arribarse, sino por voluntad unánime a un acuerdo colectivo, es de esperarse que se produzca lo que se ha denominado «*la carrera por cobrar primero*»; es decir, acciones individuales, masivas y desordenadas por parte de los acreedores para recuperar sus créditos; las que producirán, como efecto ineludible, la «*canibalización*» de su patrimonio, con resultados contraproducentes para sus propios intereses.

En efecto, abierto el concurso comienzan a regir una serie de dispositivos que contravienen la lógica del sistema ordinario. Con la finalidad de frenar la «*carrera por cobrar primero*», en aplicación de los dispositivos del régimen concursal, abierto el concurso los créditos exigibles se toman «*inexigibles*» (suspensión de la exigibilidad de las obligaciones); como correlato necesario, el patrimonio del deudor se cubre de un manto que impide que no sólo sus acreedores (quienes de por cierto ya en ese momento no cuentan créditos exigibles que puedan dar mérito a una ejecución), sino que también los terceros puedan accionar contra sus bienes por obligaciones garantizadas por éste (marco de protección legal).

Entendiendo que la situación falencial no se desencadenó intempestivamente, sino que se gestó en un lapso determinado, el sometimiento a concurso hará pasibles de ineficacia ciertos actos de disposición patrimonial realizados con anterioridad a tal hecho (periodo de sospecha); asimismo, hacia adelante y con cargo a agravarse posteriormente (cuando los acreedores tomen el control), el titular verá restringida su capacidad de disponer de su patrimonio, pues ciertos actos serán también sancionados con ineficacia (desapoderamiento relativo).

Por su parte, todos los acreedores (principio de universalidad) deberán apersonarse al proceso para hacer efectivos sus derechos (principio de concursalidad), supeditado ello a los acuerdos a los que arriben en el marco de la Junta de Acreedores (principio de colectividad), órgano del concurso que, conformado por quienes tienen mayores intereses comprometidos en la empresa, sustituirá al titular de la concursada (desapoderamiento absoluto).

Sea la reestructuración o la liquidación el destino acordado por la Junta de Acreedores, ésta deberá respetar al implementar el mecanismo de pago (Plan de Reestructuración o Convenio de Liquidación), pautas de equidad de trato y de distribución del haber concursal (principio de igualdad y causas de preferencia).

Respecto al objetivo del sistema concursal, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI manifestó que «*El esquema general del procedimiento concursal consiste en que ante una situación de crisis económica o financiera, verificada por el órgano administrativo competente, se reúne en un solo procedimiento al universo de acreedores del insolvente y a la totalidad de su patrimonio, para que éstos encuentren una fórmula que permita pagar todas las obligaciones de su deudor o, en caso contrario, distribuir en forma equitativa las pérdidas generadas por la crisis*». De igual manera, manifestó que el procedimiento de insolvencia (ahora «*Procedimiento Concursal Ordinario*») tenía por finalidad «*reducir los costos de transacción para que el universo de acreedores de un deudor determinado pueda llegar a un acuerdo que permita, o la reestructuración o, en todo caso, la*

¹ Lo anterior ha sido explicado por Ezcurra en el siguiente sentido «*La incertidumbre que genera entre los acreedores el que exista la posibilidad de que algún acreedor ejecute el reducido patrimonio de la empresa insolvente, introduce en ellos un incentivo natural a buscar ejecutar el patrimonio de su deudor lo antes que fuere posible y, en consecuencia, a no buscar un acuerdo colectivo. En este sentido, la incertidumbre referida genera entre los acreedores una aversión natural a la búsqueda de una solución colectiva de la crisis: costos de transacción*».

saiiva ordenada de la empresa del mercado, protegiendo el derecho que tienen todos los acreedores de recuperar sus créditos en la medida que se lo permita la viabilidad y/o el patrimonio de la empresa»².

Ahora bien, por la gravedad de los efectos antes descritos, no podemos concluir que la situación excepcional que amerite su aplicación se configure a partir del simple incumplimiento de una determinada obligación; menos aún cuando el deudor tiene la suficiente capacidad patrimonial que le asegure al acreedor hacer efectivo su derecho dentro del marco del derecho común, o cuando, por último, no existan una pluralidad de intereses afectados.

En consecuencia, el régimen concursal constituye un mecanismo adecuado para solucionar la situación conflictual que se presenta cuando un deudor deviene en insolvente. Hasta aquí todos parecemos estar de acuerdo; sin embargo, en lo que existe discrepancia es en cuanto a los supuestos que ameritan esta solución excepcional que implica la apertura del concurso, discrepancia que se plasma en parte en los preceptos materia del presente análisis.

3. La insolvencia

La situación de «crisis» descrita en el punto precedente encuentra materialización jurídica en la «insolvencia», que es el concepto que, en principio³, subyace al concurso, en nuestro sistema, al denominado Procedimiento Concursal Ordinario.

Sobre el concepto de insolvencia mucho se ha escrito y existen al menos dos posiciones claramente diferenciadas; aquellos que postulan la teoría económica, según la cual la insolvencia se verifica a partir de un presupuesto objetivo, que viene determinado por la impotencia del patrimonio del deudor para hacer frente a las obligaciones contraídas con cargo a él, esto es, cuando los pasivos exigibles son mayores que los activos realizables; y aquellos que consideran insuficiente el simple desbalance contable entre activos y pasivos, pues consideran que, además, éste debe traducirse en la efectiva lesión del derecho de crédito.

Respecto a la primera de las posturas, la Sala de Defensa de la Competencia señaló que «... el estado de insolvencia puede ser explicado en forma concreta como una situación en la cual un monto deter-

minado de obligaciones se enfrenta a un patrimonio que podría resultar insuficiente para cubrirlos.»⁴

Sin embargo, otros como Orduña⁵, sostienen que la teoría económica resulta insuficiente para explicar este concepto, pues la insolvencia se presenta «(...) como hecho o causa legal determinante de diversos efectos jurídicos tendentes a la protección o tutela del derecho de crédito».

Al margen de discrepancias en ambos sectores de la doctrina, en lo que al menos están de acuerdo es que la insolvencia de un deudor constituye una situación excepcional, en la que la efectividad del derecho de crédito, la permanencia de la empresa en el mercado y un cúmulo mayor de intereses son materia de preocupación por parte del legislador.

Es en función a esta situación, de carácter excepcional, que el régimen concursal articula diversos mecanismos destinados a proteger los intereses afectados con la insolvencia.

Ahora, determinar la «insolvencia» no es de plano una tarea sencilla, pues en primer lugar tenemos que delimitar cuáles son sus hechos desencadenantes, los que de manera casi uniforme en el régimen comparado se circunscriben a la cesación de pagos y a la insuficiencia patrimonial.

La cesación de pagos es la prueba indiciaria del estado de insolvencia del deudor que tienen al alcance sus acreedores, pues evidentemente no estando dentro de su esfera de dominio su patrimonio, no tienen como acreditar el desbalance patrimonial que configura tal estado. No obstante, nuestra legislación, dentro de sus particularidades, le concede este mecanismo de acreditación de insolvencia también al deudor.

En este sentido, el artículo 26.1 de la LGSC establece que uno o varios acreedores cuyos créditos no hayan sido pagados dentro de los treinta 30 días siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta 50 Unidades Impositivas Tributarias podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor.

Por su parte, el literal a) del artículo 24.1, también le abre la puerta al deudor para pedir su sometimiento al procedimiento concursal por

sacción elevados. Así, el mencionado autor afirmó que la norma concursal constituye en una herramienta para reducir los costos de transacción, es decir: a) los costos generados por la incertidumbre acerca de la intangibilidad del patrimonio, b) los costos de reunir a los acreedores, c) los costos de determinar el derecho que le asiste a cada acreedor involucrado en la crisis del deudor, d) los costos derivados de no tener claridad sobre las posibles alternativas de acuerdos, e) los costos de acceder a información relevante y f) los costos de lograr un acuerdo. EZCURRA, Huáscar. «La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un instrumento de reducción de costos de transacción», en: **Gaceta Jurídica. Separata especial**. Lima, 1998, p.32.

² Resolución N° 104-96-TDC-INDECOPI, del 23 de diciembre de 1996.

³ Decimos «en principio», dado que no siempre será así, pues existen dos vías de acceso al Procedimiento Concursal Ordinario que no presuponen necesariamente que el deudor sea insolvente, como lo son el acuerdo de más del 50% de los créditos reconocidos en un Procedimiento Concursal Preventivo, si es que al acogerse el deudor no hubiera renunciado a la protección patrimonial y su Junta desaprobase su propuesta de Acuerdo Global de Refinanciación y, en aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil, que deriva en un procedimiento liquidatorio.

⁴ Resolución N° 120-1997/TDC, emitida en el proceso concursal de Laboratorios Ópticos Saldaña Cornealent S.A., tramitado bajo el expediente N° 059-94/CRE-CAL.

⁵ ORDUÑA, Francisco. **La Insolvencia: Análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p.112. Asimismo, el referido autor manifiesta: «De esta forma se puede concluir que la perspectiva exclusivamente económica de la insolvencia, ya sea manifestada mediante su formulación meramente contable como situación de desbalance o desequilibrio aritmético, o bien, en atención a las expectativas resultantes del análisis económico de la empresa, no es determinante de su eficacia jurídica, pues ésta requiere la existencia del presupuesto material representado en la lesión material del derecho del crédito (...) Así, por ejemplo, cuando se afirma que caben supuestos en los que el pasivo sea mayor que el activo y, sin embargo el deudor no sea insolvente porque goce de la confianza y el acceso al crédito, no se está desvirtuando el concepto jurídico de insolvencia sino confirmando dicha condición, pues, en realidad dichas situaciones en atención a la configuración técnico jurídica de la insolvencia no merecen dicha calificación ante la inexistencia de su presupuesto material, la efectiva lesión del derecho de crédito». **Ob. cit.**, p. 152.

cesación de pagos cuando acredite que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor a 30 días calendario.

Es claro, como hemos manifestado, que estos son elementos indiciarios, que se configuran a través de pautas fijadas arbitrariamente por el legislador y que no necesariamente implican que exista un estado de insolvencia por lo que, cuando estos elementos son invocados por el acreedor, siempre debería existir algún margen para que pueda ser rebatido por el deudor emplazado.

El segundo elemento indiciario es propiamente la reducción patrimonial, mecanismo únicamente al alcance del deudor y que se plasma en el literal b) del artículo 24.1 que establece que el deudor que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado podrá solicitar su sometimiento al proceso concursal.

De ambos supuestos, el que interesa para efectos del presente análisis es la cesación de pagos, supuesto sobre el cual incidiremos más adelante.

4. La solicitud de inicio del concurso del acreedor garantizado ¿Por qué restringirle el acceso a la solución concursal?

Como mencionamos en el punto precedente, en principio, bajo el marco de la LGSC, si un acreedor demuestra tener créditos exigibles por más de 50 Unidades Impositivas Tributarias y vencidos por más de 30 días y el deudor se encuentra imposibilitado de cancelarlos, corresponde someterlo al proceso concursal.

No obstante, contra esta regla general, el artículo 26.2 de la LGSC establece que «*No procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario por obligaciones impagas que se encuentren garantizadas con bienes del deudor o de terceros, salvo que el proceso de ejecución de dichas garantías resulte infructuoso*».

Los alcances de la norma en cuestión han sido detallados por Rojas⁶ de la siguiente manera: «*La norma establece una prohibición para la promoción del PCO en el caso que el acreedor cuente con garantías que beneficien el fiel cumplimiento de dichas obligaciones en cuyo supuesto, estará impedido de acudir al sistema concursal si de manera previa no agota los mecanismos para el cobro de esas obligaciones a través del proceso de ejecución correspondiente*».

De esta manera, bajo una interpretación literal de la norma, el acreedor que cuente con una garantía real constituida sobre algún bien del deudor o incluso de un tercero, no podría accionar, bajo ningún supuesto, el concurso, pues para ello deberá, previamente, ejecutar su garantía y mantener aún créditos impagos. En este caso además, para accionar el proceso concursal entendemos que deberá cumplir con los requisitos previstos por la LGSC para la cesación de pagos, es decir, los créditos impagos deberán superar las 50 Unidades Impositivas Tributarias.

Así, el precepto en cuestión se convertiría en una suerte de presunción iure et de iure de solvencia a favor del deudor cuando se soli-

cite su concurso por un acreedor garantizado, sin importar el análisis del caso en concreto, interpretación que en nuestra opinión resultaría claramente lesiva a los intereses que el régimen concursal procura tutelar.

4.1 El fundamento de la norma

Lamentablemente, aún no ha sido publicada la exposición de motivos oficial de la LGSC; sin embargo, Rojas⁷ ha manifestado que su racionalidad consistiría en que «*Esta norma es un correcto complemento al hecho de la eliminación de la acreditación de solvencia por el deudor requerido al pago de sus obligaciones, bajo apercibimiento de ser declarado insolvente. Adicionalmente la norma establece que el sistema concursal no es un mecanismo de cobro de obligaciones, en todo caso, si el deudor desea cobrar obligaciones que, además se encuentran garantizadas, debe desarrollar previamente los procesos de ejecución de las garantías con que cuenta.*»

Sin embargo, en la exposición de motivos del proyecto de ley que presentó el INDECOPI, en el que no figuraba la restricción a los acreedores garantizados, se justificó la exclusión de la «*acreditación de solvencia*» por los siguientes fundamentos: «*La razón obedece al uso dilatorio y poco efectivo que en la práctica se dio a la denominada prueba de solvencia, la cual se fue constituyendo como un mecanismo de «último recurso» de aquellos deudores que no podían efectuar una propuesta de pago seria y carecían de solvencia patrimonial. De alguna manera, lo que se busca es fortalecer la protección del crédito cuando los deudores emplazados se encuentren en incapacidad de seguir algunas de las dos acciones referidas precedentemente.*»

Así, en un primer momento, la eliminación de la acreditación de solvencia se habría efectuado por razones prácticas; la referencia a su «*uso dilatorio y poco efectivo*» nos lleva a sostener que en la realidad, sino todas, al menos la gran mayoría de solicitudes presentadas por acreedores, ameritaban la apertura del concurso. En este sentido, la eliminación de esta etapa constituía una reforma con evidente tendencia pro acreedor.

De esta manera, siendo que el fundamento de la restricción materia de comentario radicaría en la eliminación de la institución de la «*acreditación de solvencia*», conviene detenernos un momento en este tema para delimitar sus alcances.

Bajo el régimen del derogado Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial (en adelante LRP) cualquier acreedor cuyos créditos cumplieran los requisitos de cesación de pagos podía accionar el concurso, no importando para tales efectos si es que contaba o no con algún tipo de garantía en respaldo de los mismos.

Así, como mecanismo de defensa a favor del deudor la LRP preveía dos etapas, la primera que comprendía la «*oposición*» del deudor a la existencia, origen, exigibilidad titularidad o cuantía de los créditos invocados y, paralelamente, la denominada «*acreditación de capacidad de pago*», en la que el deudor podía pagar u ofrecer pagar los créditos invocados.

⁶ ROJAS, Juan Francisco. *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Lima: Ara Editores, 2002, pp. 109-110.

⁷ *Ob. cit.*, p. 110.

Ahora bien, si el deudor presentaba una oposición y ésta era declarada fundada, concluía el procedimiento. Lo mismo sucedía si es que pagaba el íntegro de los créditos invocados o si su ofrecimiento de pago era aceptado por el acreedor. Pero si ofrecía pago y el acreedor rechazaba el ofrecimiento, se abría una nueva etapa, en la cual el deudor tenía que demostrar ante la autoridad concursal que era solvente y, por lo tanto, que no había mérito para abrir el concurso, por lo que el acreedor debía acudir a la vía ordinaria para satisfacer sus derechos.

La acreditación de solvencia tenía como objetivo evitar que el acreedor solicitante del concurso usara abusivamente el régimen concursal, como un mecanismo de presión contra su deudor ante una situación que no ameritaba la aplicación de los preceptos de la norma concursal⁸.

De esta manera, el artículo 11⁹ de la LRP establecía que para acreditar solvencia, el deudor debía presentar una relación de bienes susceptibles de embargo o ejecución, acreditando, además, el valor contable o de tasación de los mismos y señalando las cargas y gravámenes que pesaran sobre ellos.

El artículo en cuestión disponía también que la valorización de los bienes que debía presentar el deudor, si es que optara por acreditar solvencia, debía ser actualizada y reflejar razonablemente el valor actual de los mismos y sólo cuando quedara acreditado ante la autoridad concursal que los bienes presentados eran suficientes para que el acreedor recuperara el íntegro de los créditos materia de su pedido con su ejecución, se declaraba infundada la solicitud de concurso.

De esta manera, un acreedor garantizado podía solicitar el concurso de su deudor y, ante su negativa al ofrecimiento de pago, éste último podía acreditar su solvencia presentado para tal efecto el mismo bien que constituía la garantía (u otros, incluso los de propiedad de un tercero), pero para ello debía demostrar, mediante una valorización actualizada, que el valor del bien resultaba suficiente para satisfacer los créditos invocados.

Así, la existencia de una garantía constituida a favor del acreedor solicitante no implicaba per se la acreditación de solvencia del deudor, y esto, además, independientemente del valor que ambas partes le hubieran atribuido al bien al momento en que se constituyó la garantía¹⁰, pues lo que se tenía que determinar era si es que, al momento de solicitarse el concurso, el deudor se encontraba efectivamente en una situación que ameritara su ingreso al régimen concursal.

En efecto, mal podría considerarse acreditada la solvencia del deudor con la simple constatación de la constitución de una garantía en respaldo de los créditos invocados, dado que, por un lado, el bien otorgado en garantía podía, al momento de la solicitud, haber perdido su valor o incluso desaparecido y, por otro, los créditos del acreedor podrían haberse incrementado en cifra mayor a la fijada en la garantía¹¹.

Lo anterior, además, tenía sustento en el fin del proceso concursal, es decir, el beneficio del colectivo de acreedores, tal como lo expresó la Sala de Defensa de la Competencia al mencionar que «(...) en el procedimiento concursal existe un interés superior al de las partes involucradas en el mismo, que es el interés de la masa de acreedores, quienes constituyen terceros ajenos al procedimiento durante la fase preconcursal. Así, es en garantía de este interés de terceros que corresponde a la autoridad concursal evaluar la real y actual capacidad de pago del deudor, dados los efectos que producirá la aplicación del régimen legal de protección del patrimonio una vez declarada la insolvencia del deudor»¹².

Es cierto que por los severos efectos que conlleva para el deudor, el régimen concursal debe ser utilizado en situaciones excepcionales y

⁸ Así, en la Resolución N° 059-2000/TDC-INDECOPI, del 09 de febrero del 2000, la Sala de Defensa de la Competencia manifestó lo siguiente: «Si el ofrecimiento de pago y garantías únicamente estuvieran librados a la voluntad del acreedor se podría generar un uso abusivo del régimen concursal, dirigido a fines distintos a los de prevención y tratamiento de situaciones de crisis económica o financiera de un deudor. En atención a la necesidad de impedir que el proceso concursal sea utilizado en controversias que podrían resolverse con mayor rapidez y a menor costo a través de un procedimiento de ejecución individual o que en todo caso, el proceso concursal sea utilizado únicamente como un medio de presión para lograr el pago, en la Ley de Reestructuración Patrimonial se establece que ante el rechazo del ofrecimiento presentado, el deudor podrá demostrar que no es insolvente respecto de los créditos invocados».

⁹ Ley de Reestructuración Patrimonial
«Artículo 11.- Acreditación de capacidad de pago
Tratándose de una solicitud de declaración de insolvencia presentada por acreedores, el emplazado podrá acreditar su capacidad de pago mediante alguna de las siguientes modalidades:
Cancelando el total de los créditos vencidos e insolutos por más de 30 (treinta) días que el o los solicitantes hubiesen acreditado ante la Comisión;
Ofreciendo cancelar la totalidad de los créditos vencidos e insolutos por más de 30 (treinta) días que se hubiesen acreditado ante la Comisión, en cuyo caso podrá otorgar garantías, a satisfacción de los acreedores.
Si los acreedores manifestaran disconformidad respecto de la alternativa prevista en el numeral 2) del presente artículo, la Comisión concederá un plazo de 10 (diez) días hábiles al emplazado a fin de que acredite solvencia.
Para tal fin, deberá presentar una relación de aquellos bienes susceptibles de embargo o ejecución, acreditando el valor contable o de tasación de los mismos y las cargas que pudieran afectarlos. La valorización que se presente deberá ser actualizada y reflejar razonablemente el valor actual del bien. La Comisión considerará acreditada la solvencia del deudor, si de la valorización presentada se desprende que el valor de los bienes susceptibles de embargo o ejecución es suficiente para garantizar el recupero del íntegro del crédito invocado en el proceso.»

¹⁰ Así, en el caso de la solicitud de declaración de insolvencia presentada por el Banco Internacional del Perú contra el señor Mario Cabrera Rubio, en la que el deudor fue emplazado por créditos ascendentes a US\$ 835 862,52, la Comisión de Reestructuración Patrimonial en el Colegio de Abogados de Lima declaró infundada la solicitud pues consideró que el deudor había acreditado solvencia al presentar un bien hipotecado a favor del solicitante, valorizado de común acuerdo al constituirse la garantía en US\$ 1 033 317,28. Sin embargo, elevados los actuados a la Sala de Defensa de la Competencia ante el recurso de apelación presentado por el Banco Internacional del Perú, ésta dispuso que se realice una tasación sobre el inmueble en cuestión, la que arrojó un valor de US\$ 673 950,00, razón por la cual, mediante Resolución N° 0130-1999/TDC-INDECOPI, revocó el pronunciamiento de la primera instancia declarando insolvente al señor Cabrera.

¹¹ En el pronunciamiento mencionado precedentemente, la Sala de Defensa de la Competencia manifestó: «Debe tenerse en cuenta también que el estado de insolvencia se da en un momento determinado del tiempo y es en dicho período en el que se tiene que acreditar capacidad de pago. De no ser así, la Comisión estaría verificando la situación del patrimonio del deudor fuera de las circunstancias actuales, que motivaron el inicio del procedimiento. Por ello, si bien la valorización efectuada por las partes al pactar sus obligaciones constituye un elemento de juicio importante para la autoridad concursal que examina la capacidad de pago del deudor, debe señalarse que dicha valorización carece de actualidad en el momento en que se tramita el proceso concursal y, por tal motivo, no ha sido contemplado por la Ley como medio para acreditar solvencia».

¹² Resolución N° 0130-1999/TDC-INDECOPI, del 17 de abril de 1999.

no como un mecanismo de presión para pretender asegurarse una vía más expeditiva de pago; sin embargo, si la eliminación de la etapa de «acreditación de solvencia» traía consigo la eliminación per se del derecho del acreedor garantizado de accionar el concurso, podemos sostener que ha tenido finalmente un efecto contrario al que se previó cuando fue concebida la reforma, por los fundamentos que exponemos a continuación.

4.2 Algunas consideraciones

La primera parte de este trabajo tuvo por objeto delimitar los supuestos bajo los cuales adquiere relevancia el régimen concursal. Como mencionamos, uno de los principales atributos de la norma concursal es (o era) frenar la carrera de los acreedores por cobrar primero, pues ello conlleva la «canibalización» de su patrimonio. En este sentido, la «protección del patrimonio del deudor» erigido como finalidad de la LGSC entonaría con dicho postulado.

Sin embargo, el dispositivo materia de análisis podría ser abiertamente contrario con lo preceptuado en el Título Preliminar si es que, partiendo de una interpretación literal de la norma, concluyéramos que conmina al acreedor a ejecutar el patrimonio de su deudor, es decir, a correr para cobrar primero.

La constatación del estado de insolvencia y los perjuicios que de él pueden derivar ameritan la apertura del concurso y sus efectos sobre el deudor y su patrimonio y, evidentemente, el hecho de que un acreedor tenga una garantía real, sobre algún bien de propiedad del deudor o de un tercero, no excluye la posibilidad de la constatación de este estado.

Comentando los perjuicios que sobre el acreedor garantizado generaría la norma, Ezcurra y Solís¹³ han afirmado que «Sólo si su intento de ejecución resulta infructuoso, es decir, después de un aproximado de 18 meses en el Poder Judicial, los sufridos acreedores podrán acudir al Indecopi para que se declare la insolvencia del deudor», por ello sostienen que «*El acreedor que fue diligente y constituyó a su favor una garantía que lo protegiera contra el incumplimiento de su deudor, fue realmente un tonto. Al obtener la garantía, el acreedor le dio a su deudor la posibilidad de retrasar su declaración de insolvencia y, en consecuencia, de diferir el pago del crédito debido*», a lo que Rojas¹⁴ ha respondido que «*Lo que el legislador prohíbe es la utilización de dos vías simultáneas. ¿Es acaso un derecho tener más de una vía de cobro? Si la respuesta es que la vía de cobro del Poder Judicial y la ejecución de garantías no funcionan con celeridad y eficiencia, entonces hay que mejorar esas vías y no crear nuevas que tienen finalidades diferentes*».

Desde nuestro punto de vista, ni a un tema de plazos para el cobro ni a la existencia de una «doble vía» se circunscribe el problema. En nuestra opinión, el asunto reside en determinar, aún cuando el concurso haya sido solicitado por un acreedor garantizado, si que el deudor

se encuentra o no en esta situación excepcional que constituye la insolvencia y que amerita la apertura del concurso.

Es cierto que resulta inadmisibles que el concurso sea utilizado para presionar a un deudor que, por ejemplo, pueda estar atravesando una mera situación de iliquidez, o que se recurra a esta vía por ser más expeditiva que la ordinaria (¿acaso lo es?). Pero por otro lado, es erróneo afirmar que el acreedor garantizado tenga dos vías para procurar el cobro de su crédito, esto es, la ejecución de su garantía y el concurso.

En efecto, bajo este razonamiento todos los acreedores, garantizados o no, tendrían dos vías para procurar el cobro de sus créditos, pues éstos últimos también pueden demandar a su deudor en la vía judicial.

Por el contrario, si de incentivos para activar el concurso como mecanismo de presión hablamos, encontramos que un acreedor no garantizado cuenta con más, pues no tiene un bien específico que le asegure el cobro de sus créditos y, por eso mismo, la vía ordinaria puede resultarle más onerosa. Así, antes que iniciar acciones judiciales tendientes a satisfacer sus derechos, para un acreedor no garantizado podría ser más conveniente presionar a su deudor con una solicitud de concurso que buscar bienes, embargarlos y luego esperar la sentencia definitiva que le procure su ejecución.

Veamos el asunto incorporando en escena al deudor, la incoherencia de la norma es tan evidente que, por ejemplo, un acreedor hipotecario no podría someter a su deudor al proceso concursal aún cuando éste sea manifiesta y gravemente insolvente; es decir, aún cuando el patrimonio del deudor sea insuficiente para cumplir con el pago de los créditos del acreedor garantizado y, consecuentemente, con el de sus demás acreedores; sin embargo, un acreedor no garantizado sí puede someter a concurso a un deudor que puede tener el suficiente respaldo patrimonial para cancelar la obligación invocada, pero que quizá no lo hace por atravesar problemas coyunturales de iliquidez.

Por otro lado, antes de restringirle el acceso a la solución concursal, cabría preguntarse por qué un acreedor que tiene su crédito suficientemente garantizado optaría por la solución colectiva antes que la individual. Y es que mientras que en la segunda únicamente se enfrenta a su deudor, en la primera tendrá que negociar con los demás acreedores y, en el caso que el derrotero del concurso lleve a la liquidación, satisfacer sus derechos luego de los créditos que cuenten con privilegio sobre ellos, como es el caso de los créditos laborales.

Una respuesta podría ser que, al menos en la etapa pre concursal, el proceso es mucho más expeditivo que un proceso de ejecución singular y que ante la presión que tiene el deudor de perder el control de su empresa le ofrezca un acuerdo más beneficioso; sin embargo, de declararse el concurso, el cobro puede dilatarse tanto o más que en la vía ordinaria, dado que tendrá que esperar que la autoridad concursal verifique los créditos que se apersonen, que la Junta de Acreedores acuerde la liquidación (o el Plan de Reestructuración si se quiere, supuesto en el cual, además, el cobro podría demorar varios años) y, finalmente, que se realicen los activos; todo ello, además, sin considerar el plazo que podrían demandar los cuestionamientos que puedan presentarse dentro y fuera del proceso.

Pero sigamos considerando que el concurso puede ser activado por un acreedor garantizado únicamente como un mecanismo de coac-

¹³ EZCURRA, Huáscar y Gerardo, SOLÍS. «El Estado contraataca: La múltiple personalidad de un sistema concursal de ciencia ficción», en: **Themis Revista de Derecho**. Segunda Época, N° 45, Lima, 2002, p. 161.

¹⁴ ROJAS, Juan Francisco. «De la supuesta esquizofrenia del sistema concursal al maniqueísmo de sus detractores», en: **Ius et Veritas**, Año XIII, N° 26, Lima, p. 181.

ción para asegurarse un pronto pago que, quizá si recurriera a un proceso de ejecución, vería en unos cuantos años.

Al respecto, cabría preguntarse si es que este sería el único motivo por el cual un acreedor garantizado preferiría activar el sistema concursal y, en todo caso, si constituiría la regla general para prever su exclusión.

En nuestra opinión, para los intereses particulares de un acreedor garantizado será más conveniente ejecutar por la vía ordinaria su garantía que someterse a concurso cuando su deudor sea solvente y, por el contrario, activar el concurso cuando conozca de la situación falencial.

En efecto, someter a su deudor a un proceso concursal, además de los plazos que supone, el marco de negociación que tiene que respetar y la graduación de créditos que puede terminar minimizando sus expectativas de cobro, constituye una opción que el acreedor garantizado adoptará cuando su garantía no fuera suficiente para cubrir el íntegro de sus créditos (supuesto en el cual se encuentra en similar situación que la del acreedor no garantizado), o cuando sea consciente que de nada le servirá haber iniciado un proceso de ejecución para que, en el transcurso del mismo o luego de haber obtenido la sentencia definitiva y estar presto para ejecutar la garantía, el deudor termine sometiéndose al concurso por su propia voluntad debido a su precaria situación patrimonial, o por pedido de un acreedor no garantizado.

De tal modo, la pregunta que nos plantearíamos sería la siguiente: ¿De qué le serviría a un acreedor garantizado procurar la ejecución de su garantía si es que, para mayor dramatismo, justo un día antes del remate se publica el concurso de su deudor? Bajo este escenario, el proceso concursal se convertirá en el incómodo colofón del vía crucis que implica un proceso de ejecución de garantías.

Volviendo a la «doble vía», no podemos sino señalar la incoherencia que bajo esta premisa tendría nuestro sistema legal, pues por un lado restringiría el derecho de un acreedor garantizado de activar un concurso, en tanto que por otro, lo comprende en el mismo. Si vamos a sostener que la vía específica para que el acreedor garantizado satisfaga sus derechos es la ejecución de su garantía, con absoluta prescindencia de alguna evaluación de la situación patrimonial del deudor, entonces, por coherencia, deberíamos excluir estos créditos y sus garantías del concurso.

Negar la solución concursal a un acreedor garantizado es como negarle una intervención quirúrgica a una persona que sufre de constantes migrañas originadas por un tumor en el cerebro, bajo el pretexto que para ello puede comprar una aspirina. En efecto, el problema no es la falta de pago del crédito, el concepto de insolvencia trasciende esta eventualidad; implica, como lo hemos expuesto párrafos arriba, un supuesto mucho más grave que la mera iliquidez o la falta de voluntad del deudor de honrar su obligación, supuesto ante el cual, tarde o temprano, será necesaria la solución concursal.

4.3 Nuestra posición

Desde nuestro punto de vista, no sería correcto sostener que el artículo bajo comentario restringe per se la facultad de un acreedor garantizado de solicitar el concurso de su deudor.

En efecto, para interpretar la norma materia de comentario, es necesario, en primer lugar, remitirnos a los preceptos contenidos en el

Título Preliminar, pues tal como establece su artículo IX «La autoridad concursal no podrá dejar de resolver por defecto o deficiencia de las normas. En tal caso, aplicará los principios generales del derecho, especialmente aquellos que inspiran el Derecho Concursal.»

De esta manera, siendo fines de nuestro sistema concursal la «protección del crédito» y el «patrimonio del deudor», no podemos determinar, de plano, que la sola existencia de una garantía a favor de un determinado acreedor excluya la posibilidad de la lesión del crédito de éste, así como la de los demás acreedores del deudor.

Asimismo, atendiendo a que dicha restricción se habría contemplado como complemento de la eliminación de la acreditación de solvencia, es decir, que tendría por función la misma que tenía esta institución, es necesario aplicar el mismo razonamiento: importa el valor actual del bien dado en garantía.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que el artículo 26.2 de la LGSC es una norma que restringe derechos, por lo que debe ser aplicada de manera estricta.

En consecuencia, consideramos que una interpretación sistemática de la LGSC no admitiría que la autoridad concursal exija, como requisito previo para evaluar una solicitud de concurso, que el crédito no cuente con garantía real, pues debe tenerse en cuenta las particulares situaciones que pueden presentarse al respecto. Así por ejemplo:

- 1) Si el crédito invocado excede el monto por el que se constituyó la garantía, corresponderá que la autoridad administrativa dé trámite a la solicitud de concurso. De esta manera, si tenemos un acreedor que cuenta con una hipoteca por 100 sobre un inmueble de su deudor, pero tiene frente a éste créditos por 500, entonces puede solicitar su concurso.
- 2) Si el crédito invocado es inferior o igual que el monto por el que se constituyó la garantía, el acreedor peticionante debe tener la posibilidad de demostrar ante la autoridad concursal que el valor actual del bien que constituye el respaldo de su crédito resulta insuficiente para satisfacer el cobro del mismo.

Así, si un acreedor invoca créditos por 200, tiene una prenda por el mismo monto sobre maquinaria del deudor, pero esta maquinaria se ha vuelto obsoleta o se encuentra en mal estado de conservación, de tal manera que su valor actual es de 50, corresponde que la autoridad concursal dé trámite al pedido.

- 3) Si el crédito resulta suficientemente garantizado con un bien del deudor, considerando su valor actual y el monto por el que se constituyó la garantía, la solicitud debe ser desestimada. Esto conllevaría el mismo efecto que tenía la acreditación de solvencia bajo la LRP. En efecto, como hemos señalado precedentemente, ante un pedido de insolvencia, el deudor podía acreditar solvencia presentando, para tales efectos, bienes gravados a favor del acreedor solicitante, cuyo valor actual igualase o superase el monto de los créditos invocados. Así, si el crédito invocado asciende a 100 y existe una hipoteca hasta por 100, sobre un inmueble cuyo valor actual es de 150, entonces la solicitud debe ser desestimada.

Bajo el razonamiento antes señalado, la restricción al acreedor garantizado de iniciar un concurso importaría una suerte de inversión

de carga de la prueba en cuanto a la constatación del estado de insolvencia se refiere. Es decir, ya no será el deudor quien ante el pedido de un acreedor garantizado tendrá que acreditar su solvencia tal como sucedía con la LRP, sino que el acreedor peticionante, además de invocar créditos que cumplan con los requisitos predeterminados para que se configure la causal de cesación de pagos, tendrá que acreditar que el valor actual de la garantía resulta insuficiente para cubrirlos.

5. La preferencia de la liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades

El artículo 26.3 dispone que *«No procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario respecto de deudores que se encuentren tramitando su disolución y liquidación, al amparo de las disposiciones de la Ley General de Sociedades»*.

Si ya la restricción a los acreedores garantizados resultaba harto debatible, el precepto que analizaremos a continuación carece de cualquier fundamento válido, pues la disolución y liquidación del deudor bajo las disposiciones de la LGS vendría a ser, para utilizar términos concursales, una suerte de marco de protección legal contra el régimen concursal, sea éste solicitado por cualquier acreedor, garantizado o no.

La norma cambia radicalmente el supuesto previsto en la LRP, en cuyo artículo 4º se preveía que un acreedor podía solicitar el concurso de la sociedad aún cuando ésta se encontrara en un proceso de liquidación bajo el marco legal de la norma societaria.

5.1 El fundamento de la norma

Al igual que en el caso anterior, a la fecha no existe una justificación oficial a la incorporación del precepto en cuestión en la LGSC. Sin embargo, parte de la doctrina nacional ha defendido su racionalidad. Así, Beaumont y Palma¹⁵ han manifestado lo siguiente: *«Como se conoce, las causales de disolución las podemos clasificar en 'legales', 'estatutarias' y 'voluntarias'. Si en el marco de una de estas tres opciones, por hallarse incurso en causal o haberla acordado libre y voluntariamente, el deudor ya está tramitando su liquidación, carece de sentido demandarlo o emplazarlo para que su junta de acreedores decida el destino del deudor. ¿Cuál sería, acaso su reestructuración patrimonial? Si el mismo ha optado por otra ruta. No parece razonable, ¿no es así? EL acreedor debe participar en la liquidación en la forma prevista en la Ley General de Sociedades»*.

5.2 Algunas consideraciones

A pesar de lo respetable de la opinión antes expuesta, consideramos que los citados autores incurrir en el mismo error que el que nos llevaría a sostener que un acreedor garantizado no puede, per se, solicitar el concurso de su deudor sino hasta que haya ejecutado su garantía, esto es, la prescindencia de la constatación del estado de insolvencia como hecho justificador de la aplicación del régimen concursal.

En nuestra opinión, la insolvencia debe ser el elemento delimitador entre la liquidación llevada a cabo bajo la Ley General de Sociedades

y la aplicación del régimen concursal, pues éste último presupone que el patrimonio del deudor resultará insuficiente para cubrir el íntegro de las obligaciones contraídas con cargo a él. Es decir, que al realizarse los activos del deudor, al final del procedimiento quedarán créditos impagos. Por tal motivo, por ejemplo, el proceso de liquidación tramitado bajo la LGSC tiene reglas particulares derivadas de los principios rectores del régimen concursal, cuya finalidad es regular la situación conflictiva que se presenta en estos casos.

Como mencionamos en el punto III precedente, la constatación del estado de insolvencia supone que los activos del deudor resultan insuficientes para satisfacer sus pasivos, razón por la que son los acreedores quienes tienen el derecho a decidir tanto el destino de la empresa como la forma en que se cancelarán sus créditos.

Así, nos permitimos responder la primera interrogante planteada por los juristas antes citados, cuando cuestionan qué sentido tiene que la Junta de Acreedores de una empresa se reúna para evaluar su destino cuando su Junta de Accionistas ya optó por la liquidación, ¿cuál sería su reestructuración patrimonial?

La respuesta, desde nuestro punto de vista, es simple. Los accionistas, por la precaria situación patrimonial de su empresa, han perdido su derecho a decidir su destino, y siendo los acreedores quienes tienen mayores intereses comprometidos en ella, la LGSC establece en su artículo 51º que les corresponde el derecho de decidir si es que la reestructuran o la liquidan.

Lo anterior ha sido explicado por la Sala de Defensa de la Competencia en el siguiente sentido: *«Si bien en situaciones normales de mercado podría resultar inaceptable que, por ejemplo, los titulares de una empresa se vean privados de la posibilidad de decidir el destino de su patrimonio, el supuesto a partir del cual se elabora el régimen concursal es excepcional y, por ello, requiere soluciones excepcionales. En efecto, el estado de insolvencia puede ser explicado en forma concreta como una situación en la cual un monto determinado de obligaciones se enfrenta a un patrimonio que podría resultar insuficiente para cubrirlos. Lo que sucede es que ante esta situación, los acreedores tienen mayores intereses comprometidos en la crisis que los titulares del patrimonio afectado y por ello su riesgo es mayor. Mientras que el riesgo de los primeros equivale al monto de sus créditos, el de los titulares es equivalente al valor de su patrimonio que, dada la crisis, no es suficiente para pagar por completo a todos los acreedores. Ello explica por qué la legislación concursal transfiere a los acreedores la responsabilidad de las decisiones que afectan al patrimonio y la carga del impulso de los procedimientos»*¹⁶.

Así, si por considerarlo mejor para sus intereses, los acreedores deciden reestructurar la empresa, de acuerdo a lo que establece el artículo 63º de la LGSC, queda en suspenso la competencia de la Junta de Accionistas o de Asociados o del titular de la empresa y sus funciones son asumidas por la Junta de Acreedores, la que puede adoptar todos los acuerdos que sean necesarios para el funcionamiento de la empresa, inclusive contra lo que establezca el estatuto, pues éste mantiene su vigencia únicamente mientras no contraven-

¹⁵ BEAUMONT, Ricardo y José, PALMA. *Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 154.

¹⁶ Resolución N° 120-1997/TDC, emitida en el proceso concursal de Laboratorios Ópticos Saldaña Cornealent S.A., tramitado bajo el expediente N° 059-94/CRE-CAL.

ga lo acordado por los acreedores o lo dispuesto por la LGSC. La norma concluye disponiendo claramente que «*La Junta sustituye en todas sus funciones, derechos y atribuciones al órgano societario de máxima jerarquía*».

En este sentido, si la Junta de Accionistas acordara la liquidación de la sociedad, pero ésta se encontrara en un estado de insolvencia, y en función a ello se abriera el concurso, los acreedores podrían válidamente revertir esta decisión y optar por su reestructuración, si esto conviniera a sus intereses.

Cabe destacar que la propia LGS prevé en su artículo 342¹⁷ la posibilidad de que la Junta de Accionistas revierta el acuerdo de liquidación, salvo que: a) ya se hubiera iniciado el reparto del haber social entre los socios (lo que supondría que las obligaciones de la sociedad han sido íntegramente satisfechas de conformidad con lo establecido en el numeral 1) del artículo 420^o de la LGS) y; b) que la causal de liquidación no sea la declaración de nulidad del pacto social de constitución o el vencimiento del plazo de duración de la persona jurídica.

Sin embargo, incluso la liquidación por estas causales irreversibles no es óbice para la aplicación del régimen concursal ahí donde se constate que la sociedad se encuentra en un estado de insolvencia.

En efecto, en el caso de Sociedad Agrícola Rafán S.A., dicha empresa se encontraba sometida a un proceso de reestructuración patrimonial al amparo de la LRP, cuando se declaró judicialmente la nulidad de su pacto social de constitución, con lo cual, de conformidad con el artículo 36^o de la LGS, debía procederse a su disolución y liquidación.

En este caso, atendiendo a que la sentencia había quedado firme, la primera instancia administrativa, mediante Resolución N° 0231-2001/CRP-ODICIX-CCPL, declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso concursal de la empresa y dispuso el levantamiento de su estado de insolvencia, pues el destino de la sociedad debía ser su liquidación y en el régimen concursal la Junta de Acreedores tenía la opción de seguir con su reestructuración, por lo que debía concluirse el concurso para que ésta sea liquidada según las normas de la LGS¹⁸.

¹⁷ Ley General de Sociedades

«Artículo 342^o. - Transformación de sociedades en liquidación

Si la liquidación no es consecuencia de la declaración de nulidad del pacto social o del estatuto, o del vencimiento de su plazo de duración, la sociedad en liquidación puede transformarse revocando previamente el acuerdo de disolución y siempre que no se haya iniciado el reparto del haber social entre sus socios.»

¹⁸ En dicha oportunidad la Comisión de Reestructuración Patrimonial del la Oficina Descentralizada del INDECOPÍ en la Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque consideró que con la sentencia que declaraba la nulidad del pacto social de constitución de Sociedad Agrícola Rafán S.A. «(...) se imposibilita que la Junta pueda revertir la liquidación de la sociedad mediante un acuerdo, o que se pretenda evadir dicho efecto, sometiendo a la sociedad a cualquier otro procedimiento destinado a mantener la existencia de la misma en el mercado, como podría ser el caso de los procedimientos concursales previstos en el D.S. 014-99-ITINCI. En este sentido, la nulidad del acto de constitución declarada por sentencia firme, determina indefectiblemente que la sociedad deba dejar de existir, aunque la personalidad jurídica se mantenga mientras no se haya terminado de liquidar el haber social. En consecuencia, considerando la sentencia firme que declara la nulidad del acto jurídico contenido en la Escritura Pública de Constitución de Rafán, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento de insolvencia al que se encuentra sometida dicha empresa, levantar el estado de insolvencia de la deudora y disponer el archivo definitivo del expediente respectivo, a efecto de que la misma sea liquidada de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Ley General de Sociedades».

Sin embargo, ante el recurso de apelación interpuesto por la empresa, la Sala de Defensa de la Competencia revocó el pronunciamiento de la primera instancia, entre otros motivos, porque consideró que era posible articular la norma societaria con la concursal, entendiendo que el único efecto que debía tener la sentencia que declaraba la nulidad del pacto social de constitución de la empresa debía ser la obligatoria liquidación de la sociedad, pero dentro del marco legal del proceso concursal, toda vez que «*Uno de los principales elementos que contribuye a la eficacia ex - ante de un sistema de reestructuración patrimonial es que los acreedores - verdaderos propietarios del negocio - decidan el destino de la empresa. Empero, otros elementos de eficacia ex - ante y ex - post del sistema de reestructuración son también la intangibilidad del patrimonio en crisis lo cual impide las ejecuciones singulares, la asignación a una autoridad imparcial - la Comisión - respecto al derecho de participación en el proceso y en la masa liquidatoria cada acreedor, entre otros elementos*»¹⁹.

La liquidación tramitada bajo las normas societarias no prevé un marco de protección legal del patrimonio del deudor ni suspende la exigibilidad de sus obligaciones, de tal manera que sus acreedores iniciarán una serie de acciones destinadas a procurar el cobro de sus créditos antes que el Liquidador, buenamente, proceda a cancelarlas, lo que, evidentemente, entorpecerá el proceso liquidatorio. A esto es necesario añadir que, contrariamente a lo sostenido por los juristas que avalan la racionalidad de esta norma, los acreedores no tienen ningún mecanismo de participación en el proceso de liquidación tramitado bajo las normas societarias.

Por otro lado, y consecuencia de lo anterior, es que bajo este esquema la liquidación societaria no maximizará la realización del patrimonio de la empresa, pues resulta sumamente improbable, por ejemplo, que se pueda transferir en bloque toda la unidad productiva, situación que bajo el esquema de liquidación como negocio en marcha sí es posible realizar en el marco de la LGSC.

En un proceso de liquidación tramitado bajo la LGSC encontramos la aplicación de los principios del derecho concursal, como son la universalidad, la colectividad y la proporcionalidad. De igual manera, atendiendo a la particular situación en que se encuentra el deudor y los intereses comprendidos en él, este es un proceso fiscalizado por la autoridad concursal²⁰.

De esta manera, nos encontramos ante un proceso especial, de carácter complejo, a través del cual se busca optimizar el patrimonio del deudor concursado para que, de manera ordenada y con menores costos de transacción, se distribuya el producto de su realización de la forma más eficiente posible entre el colectivo de acreedores²¹.

¹⁹ Resolución N° 0841-2001/TDC-INDECOPÍ, del 19 de diciembre de 2001.

²⁰ Algunos apuntes sobre las diferencias entre el proceso de liquidación societario y el concursal los podemos encontrar en HUNDSKOPF, Oswaldo. «*Procedimientos de disolución y liquidación en la Ley General de Sociedades y en la Ley de Reestructuración Empresarial*», en: **Ius et Veritas**, N° 08, Año V, Junio 1994, pp. 53 - 60.

²¹ Sobre el particular, Leal Pérez nos dice lo siguiente «*Todo lo dicho antes nos coloca en condición de intentar una definición del proceso liquidatorio, que no es otra cosa que un procedimiento especial con carácter complejo, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, por el cual a través de una serie de actividades de diversa índole, que se interfieren y se entrelazan y que tienen carácter instrumental, frente al fin último del proceso, se llega a la realización de*

Finalmente, un aspecto de trascendental importancia dentro del proceso liquidatorio concursal son las reglas que deben observarse para distribuir el producto de la realización del patrimonio del deudor entre los acreedores comprendidos en el proceso.

El proceso de liquidación concursal se caracteriza por la insuficiencia patrimonial del deudor concursado; motivo por el cual resulta de particular importancia que el sistema regule adecuadamente el orden en que deben ser satisfechos los créditos comprendidos en él, objetivo que consigue articulando las causas de preferencia para aquellos créditos que las tengan dispuestas o constituidas a su favor y aplicando a los demás créditos, denominados ordinarios o quirografarios, el principio de la par condicio creditorum. Sobre el particular nos dice Garrido que «*En realidad, los procedimientos concursales son el medio específico de actuación normativa en materia de tutela conflictual del crédito. (...) Un primer análisis revela que el concurso tutela, ante todo, la jerarquía de acreedores a través de la graduación de créditos con causas de preferencias, al mismo tiempo que protege a los acreedores ordinarios mediante el reconocimiento del principio de proporcionalidad. (...) Sea como fuere, lo cierto es que, en el momento presente, los principios de preferencia y de proporcionalidad constituyen el núcleo de la tutela conflictual del crédito, que se manifiesta especialmente en el concurso.*»²²

En este sentido, la LGSC, articulando las causas de preferencias legales y convencionales que existen a favor de los distintos créditos comprendidos en el proceso, establece en su artículo 42º cuál debe ser el orden en el que deben ser satisfechos.

Sobre estas reglas, analizando las contenidas en la LRP, se ha pronunciado la Sala Concursal en el siguiente sentido «*(...) en el caso de los procesos de disolución y liquidación, la Ley de Reestructuración Patrimonial contienen normas de orden público que buscan garantizar una correcta realización del haber concursal a través del pago de los créditos comprendidos en el procedimiento. (...) Dado que las normas que regulan el pago de los créditos durante los procesos de liquidación*

son de orden público, éstas no pueden dejar de ser cumplidas por el Liquidador, bajo responsabilidad de incurrir en las infracciones administrativas previstas en la Ley. En similar sentido, los acreedores deben sujetar su actuación al cumplimiento de dichas normas, no pudiendo desconocer su carácter imperativo.»²³

5.3 Nuestra posición

En nuestra opinión, no existe justificación para la norma materia de comentario, por lo que consideramos debería ser derogada.

En efecto, la constatación del estado de insolvencia debe ser el hecho del que debemos partir para aplicar o no el régimen concursal, independientemente de si el deudor se encuentra en un proceso de disolución y liquidación por cualquiera de las causales previstas en la LGS.

Así, cabría perfectamente que la Junta de Accionistas, Asociados o el Titular de una empresa haya acordado su disolución y liquidación y que ésta se realice fuera del ámbito concursal si es que no existe un estado de insolvencia²⁴.

Por otro lado, es necesario destacar que si bien el artículo 26.3 de la LGSC restringe el derecho de los acreedores a solicitar el concurso del deudor en liquidación bajo la LGS, ningún precepto de la norma concursal prohíbe, restringe o condiciona su sometimiento voluntario al régimen, como lo hacía el artículo 5 de la LRP, que disponía que «*Tratándose de empresas en proceso de disolución y liquidación iniciado al amparo de la Ley General de Sociedades, la Junta de Accionistas o el órgano competente deberá revocar previamente el acuerdo adoptado en ese sentido.*».

Al respecto, el recientemente vigente segundo párrafo²⁵ del artículo 176²⁶ de la LGS establece que cuando se constate que el activo de

*los bienes que constituyen el patrimonio del empresario deudor, llevando a cabo esa realización por medio de concurso entre los acreedores. (...) Además del carácter procesal especial, el de liquidación es un proceso universal, bien desde el punto de vista objetivo como subjetivo, en la medida que ingresan al proceso todos los bienes que conforman el patrimonio del deudor y son llamados todos los acreedores del comerciante o empresario. Para que esta institución concursal logre sus fines no es posible pensar en la existencia de múltiples procesos derivados de la diversidad de acciones de los varios acreedores, quienes no gozarían de cabida a un pluralidad de relaciones materiales discutidas y por ende de sujetos. Si la liquidación obligatoria persigue como resultado final la realización del patrimonio del comerciante deudor, con el claro propósito de satisfacer a todos los acreedores, el principio de unidad del proceso tiene que tomar aquí todo su imperio (...). Como ya está dicho, el proceso liquidatorio busca, como meta fundamental la protección de los acreedores, quienes al declararse la falencia advienen a quedar unidos por estar asistidos de un interés común cual es la aspiración de que todas las acreencias sean satisfechas en igual forma, proporción y plazos, salvo, eso sí, las que por expresa disposición legal gocen de alguna preferencia. El proceso liquidatorio, a diferencia de lo que ocurre en el ejecutivo singular, reúne a todos los acreedores del fallido y mantiene entre ellos la mayor equidad posible, para que todos alcancen a satisfacer sus derechos, en cuanto lo permita el activo patrimonial del comerciante en bancarrota». LEAL, Hildebrando. **Los procesos concursales**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Leyer, 1999, pp. 186-187.*

²² GARRIDO, José. **Garantías reales, privilegios y par condicio**. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999, pp. 10-11.

²³ Resolución N° 0062-2003/SCO-INDECOPI, del 31 de enero de 2003.

²⁴ De hecho, la situación antes mencionada se presentó bajo la vigencia de la LRP, en el caso de Industrial Simone S.R. LTDA En Liquidación, a la que su sindicato de trabajadores solicitó declarar insolvente. En dicha oportunidad, la primera instancia declaró la insolvencia pues consideró que la empresa no había acreditado capacidad de pago respecto a créditos invocados por los trabajadores; sin embargo, la Sala de Defensa de la Competencia, mediante *Resolución N° 0093-1998/TDC-INDECOPI*, del 03 de abril de 1998, declaró nula la resolución de la Comisión, pues Industrial Simone había presentado bienes susceptibles de embargo, cuyo valor contable aseguraba el pago de los créditos invocados, motivo por el que el expediente fue devuelto a la primera instancia para que evalúe el valor real de los mismos y determine si la empresa era solvente.

²⁵ La LGS, en su octava disposición final, estableció la suspensión de las disposiciones contenidas en el segundo párrafo de su artículo 176, del artículo 220 y el numeral 4) del artículo 407, hasta el 31 de diciembre de 1999. Posteriormente, dicha suspensión se prorrogó sucesivamente mediante Ley N° 27237, Ley N° 27388 y Ley N° 27610 y Ley N 28233, hasta el 31 de diciembre de 2000, el 31 de diciembre de 2001, el 31 de diciembre de 2003 y el 31 de diciembre del 2004, respectivamente; por lo que a partir del 01 de enero del año en curso (2005) dichos artículos han entrado en vigencia.

²⁶ Ley General de Sociedades

«Artículo 176.- Obligaciones por pérdidas

Si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un periodo menor se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida, el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informarla de la situación.

la sociedad no será suficiente para satisfacer sus pasivos, o si ello debiera presumirse, el Directorio debe convocar de inmediato a la Junta de Accionistas para informar dicha situación; y dentro de los quince días siguientes a la fecha de convocatoria a la Junta, debe «llamar a los acreedores» y solicitar, si fuera el caso, la declaración de insolvencia de la sociedad.

Aunque de forma poco técnica, encontramos en este dispositivo la misma racionalidad que la que prima en la norma concursal cuando traslada el control de la empresa a los acreedores. Ante una situación de grave desbalance patrimonial se debe abrir paso a la intervención de los más perjudicados, esto es, los acreedores, para que en el régimen de insolvencia, puedan tomar y ejecutar las decisiones que resulten más convenientes para sus intereses.

Respecto a los alcances de la norma citada, según Elías²⁷ el Directorio solamente debe convocar a la Junta de Accionistas con fines informativos e, independientemente de lo que este órgano decida, pedir el concurso de la empresa si es que constata la insuficiencia patrimonial. Sin embargo, en la LGSC (al igual que en la derogada LRP) para que proceda el pedido del deudor es necesario presentar copia del acta de la Junta de Accionistas o del órgano correspondiente en la que conste el acuerdo para acogerse al régimen concursal, con lo que se produce una manifiesta incoherencia entre la norma concursal y la societaria.

Asimismo, incluso en el supuesto que la insuficiencia patrimonial se constata en medio del trámite de un procedimiento de liquidación al amparo de la norma societaria, Elías sostiene que, en función a lo establecido en el artículo 417²⁸ de dicho cuerpo legal, concordado con el 176^º, debe solicitarse el concurso por los siguientes motivos «(...) si la realización de los activos de la sociedad no alcanza para satisfacer las deudas sociales, los liquidadores pueden incurrir en grave responsabilidad si deciden, por sí y ante sí, cuáles son las deudas que deben pagar y cuales quedan impagas al haberse agotado los recursos del activo. Esta elección puede contravenir el orden de prelación señalado por la ley de la materia, o sea el Decreto Legislativo N^º 845, Ley de Reestructuración Patrimonial. En otras palabras, si el activo no alcanza para pagar todas las deudas sociales y se trata de una responsabilidad limitada, nos encontramos en el caso de insolvencia previsto en el artículo 176^º de la Ley, por lo cual

los liquidadores estarían absolutamente impedidos de escoger cuales pasivos pagan y cuales no.»²⁹

A lo anterior debemos añadir que además de la responsabilidad del liquidador, que finalmente puede tener intereses que lo lleven a contravenir la ley, se encuentran en juego los derechos de los acreedores de la empresa.

En nuestra opinión, la solución a esta situación debe ser integral. Por su estrecha relación deben articularse los preceptos societarios y concursales de tal manera que cuando se constate el estado de insolvencia, la vía sea el concurso, ya para que los acreedores evalúen si es que reestructuran o liquidan a la empresa, ya para que en aquellos casos en los que la liquidación sea inevitable, ésta se lleve a cabo con todas las garantías y beneficios que contiene la LGSC.

6. A modo de conclusión

Como mencionamos al comenzar el presente artículo, los principales defectos que encontramos en la LGSC son el cambio de la lógica que inspiraba nuestro sistema y la manifiesta incoherencia entre los fines y principios que consagra su título preliminar con lo que se desprende de parte de su articulado.

Así, si la protección del crédito constituye su central objetivo y si la protección que confiere el sistema concursal es necesaria en la medida que se configure un estado de insolvencia, lo primero que debe prever la norma son mecanismos adecuados de acceso al régimen. Cuando se constate el estado de insolvencia del deudor, ante el pedido de cualquier acreedor, debe abrirse el concurso.

Por lo anterior, consideramos que sería un error negar, de plano, una solicitud de concurso presentada por un acreedor garantizado. Antes que centrarnos en la situación del crédito, debemos evaluar la situación patrimonial del deudor; y si bien la existencia de una garantía es un elemento indiciario de su solvencia, no es determinante.

De igual manera, tanto la LGSC como la LGS deben ser modificadas. El grave error en que incurre la vigente norma concursal al negarle a todos los acreedores solicitar el concurso de su deudor cuando éste haya entrado en un proceso de liquidación bajo los alcances de la norma societaria, contraviene frontalmente los objetivos que se traza en su Título Preliminar, y ello, sumado a la vaguedad e imprecisión de las normas societarias, constituye un claro perjuicio al crédito.

Si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse, el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informar de la situación; y dentro de los quince días siguientes a la fecha de convocatoria a la junta, debe llamar a los acreedores y, solicitar, si fuera el caso, la declaración de insolvencia de la sociedad.»

²⁷ En este sentido, el citado autor sostiene «(...) aquí toda la responsabilidad pesa sobre los hombros del directorio, haga lo que haga la junta general. En efecto, el directorio debe actuar no solamente si el desastre ocurre, sino desde el momento mismo en que ello debiera presumirse. Posteriormente, lo que el directorio debe hacer es independiente de lo que decida o no la junta general. En efecto, el directorio tiene que convocarla solamente para efectos de información. Luego, dentro de un plazo que se cuenta desde la fecha de la convocatoria, e independientemente de si la junta se reúne o no, el directorio debe llamar a los acreedores y declarar la insolvencia de la sociedad». ELÍAS, Enrique. **Derecho Societario Peruano**. Trujillo: Editorial Normas Legales, 2000, Tomo II, p. 454.

²⁸ Ley General de Sociedades

«Artículo 417^º.- Insolvencia o quiebra de la sociedad en liquidación
Si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados, los liquidadores deben convocar a la

junta general para informarla de la situación sin perjuicio de solicitar la declaración judicial de quiebra, con arreglo a la ley de la materia.»

²⁹ **Ob. cit.**, Tomo III, p. 1112.