

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero* ()**

“Esperando que la oportunidad llame dos veces”. Pasado, presente y futuro de la Ley General del Sistema Concur- sal

287

*“There is a tide in the affairs of men.
Which, taken at the flood, leads on to fortune;
Omitted, all the voyage of their life
Is bound in shallows and in miseries.
On such a full sea are we now afloat,
And we must take the current when it serves,
Or lose our ventures”.*

William Shakespeare,
Julius Caesar, act IV, scene 3

1. Introducción

Dice aquel proverbio que “la oportunidad solo llega una vez en la vida”, es decir si uno no tiene la suficiente habilidad de ver las oportunidades que se presentan, las perderá y éstas no volverán a presentarse, perdiendo la opción de poder cambiar tu vida. Puede ser una oportunidad y/o acontecimiento trascendental para el desarrollo de nuestra vida, sea en el trabajo, en lo familiar, en lo personal, en el desarrollo académico y profe-

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de post-gradó en Reestructuración de Empresas y Patrimonios por la Escuela de Administración de Negocios (ESAN).

(**) Un agradecimiento muy especial al doctor Huáscar Ezcurra Rivero por brindarme su tiempo para la lectura del presente trabajo y por sus valiosos comentarios realizados al mismo. No obstante, las opiniones aquí vertidas son estrictamente personales y de responsabilidad exclusiva del autor. Asimismo, deseo dedicar estas líneas a Naty Obregón por su constante apoyo.

sional, entre otros, que pudo marcar el desenlace de nuestras vidas, sin embargo, por no estar preparados para recibir tales oportunidades las dejamos pasar, para luego cuestionarnos el por qué no lo hicimos.

Bueno pues, nuestro Sistema Concursal no está muy alejado de este proverbio popular. En abril de 2008 se publicó en la página web del INDECOPI el Proyecto de Modificación de la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, el Proyecto) en el cual se establecían una serie de cambios legislativos importantes que de alguna manera iban a repercutir en pro de nuestro Sistema Concursal adecuándolo al desarrollo económico mundial y reducir así su tendencia liquidatoria.

Sin embargo, dichos cambios no fueron implementados en la modificación de la norma concursal en junio de 2008, y simplemente aquellas modificaciones propuestas por el Proyecto quedaron en el papel o mejor dicho en la web. Si bien se adoptaron cambios en la legislación concursal, estos no fueron del todo trascendentales, pues los cambios en su mayoría buscaban unificar criterios entre la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI (en adelante, la Comisión) y el Tribunal de la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala), la adaptación y adecuación de los Precedentes de Observancia Obligatoria dictados en los últimos años, además de uno que otro cambio de forma y fondo sin mayor relevancia.

Para incentivar la inversión y el reflatamiento de las empresas concursadas y desmitificar la idea de que toda empresa en concurso está quebrada, la columna vertebral de todo Sistema Concursal debe sostenerse en: (i) un objetivo único y concreto, (ii) reglas de protección del patrimonio del deudor al estar en una situación de concurso, (iii) libre negociación entre el acreedor y deudor para la recuperación del crédito; y, (iv) órdenes de preferencia y formas de pago lo más proporcional para los acreedores.

Alguna vez nos hemos puesto a pensar qué es lo que tienen en común la desaparición del Acreedor con Posición Determinante, la recuperación del crédito como único objetivo del Sistema Concursal, la inexistencia de concurso de una liquidación que proviene del órgano jurisdiccional, la comunicación oportuna de la reducción y cambio de titularidad de los créditos por parte de los sujetos del Procedimiento Concursal, una adecuada regulación en el Período de Sospecha, el otorgamiento de privilegios de cobro de los acreedores postconcursoales y el reconocimiento de los derechos políticos y económicos de la totalidad de los créditos tardíos, pues lo común es que

todas estas instituciones en su conjunto otorgan seguridad jurídica para el cobro de los créditos, tanto en los acreedores primigenios del concurso como a los futuros acreedores (inversionistas), al otorgarles reglas claras de juego en un Procedimiento Concursal, éste será más confiable, predecible, célere y sobre todo eficaz.

En el presente trabajo, analizaremos las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1050, el pasado, el presente, el futuro y lo que pudo ser de nuestro Sistema Concursal de haberse adoptado las modificaciones más importantes planteadas en el Proyecto, esperando que en un futuro no tan lejano estas modificaciones sean adoptadas por nuestra legislación concursal.

2. Cuando todo tiempo pasado no es mejor

El Decreto Legislativo N° 1050 del 27 de junio de 2008, derogó los artículos 35°, 49°, 131° y la Séptima Disposición Final de la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC)¹ pues su aplicación en la práctica era casi nula, ya sea porque tales disposiciones no estuvieron bien reguladas, éstas eran innecesarias o en la actualidad se encuentran normadas en otras leyes.

2.1. No siempre es difícil decir adiós. Crónica de la muerte anunciada del Acreedor con Posición Determinante

Con la entrada en vigencia de la LGSC se introdujo una novedosa institución concursal (nunca antes prevista en nuestro Sistema) llamada “Acreedor con Posición Determinante”, la cual se encontraba regulada en el artículo 49° de la referida Ley. Tanta era su novedad que poco tiempo después la Comisión tuvo que emitir una Directiva para establecer y delimitar sus alcances².

Pero ¿qué significa ser un Acreedor con Posición Determinante? La Exposición de Motivos de la LGSC define y justifica la existencia del Acreedor con Posición Determinante de la siguiente manera:

“[...] En algunos casos se ha detectado que algunos acreedores importantes, en lo que a porcentajes de participación se refiere (por ende, en la decisión final) no toman posiciones claras respecto del devenir del procedimiento, lo cual puede significar truncar acuerdos que resultan

1 Decreto Legislativo N° 1050 del 27 de junio de 2008 Disposiciones Derogatorias

PRIMERA.- Deróguese los artículos 35°, 49°, 131° y la Séptima Disposición Final de la Ley General del Sistema Concursal.

2 Directiva N° 004-2002/CCO-INDECOPI. Lineamientos para la determinación del Acreedor con Posición Determinante del 20 de noviembre de 2002.

vitales para la definición de la continuación del deudor en el mercado.

Por esta razón, así como se otorgan facultades específicas, también se impone a los acreedores con posición determinante en la adopción de acuerdos cargas mínimas. Lo anterior, supone que todo acreedor cuyo porcentaje de crédito resulte determinante para la adopción de un acuerdo que tuviese una posición contraria a la continuación de actividades del deudor o a la celebración de un Plan de Reestructuración o de un Acuerdo Global de Refinanciación, deberá sustentar, bajo sanción de nulidad del acuerdo, su posición ante la Junta, debiendo constar en actas cada uno de sus fundamentos”.

La institución del Acreedor con Posición Determinante se desarrollaba en nuestra legislación de la siguiente manera: en un Procedimiento Concursal Ordinario, cuando la Junta de Acreedores no haya acordado la continuación de las actividades del deudor o, si habiéndose acordado, ésta no haya aprobado el Plan de Reestructuración; y en un Procedimiento Concursal Preventivo, cuando la Junta no haya aprobado el Acuerdo Global de Refinanciación; el representante de la Comisión de Procedimientos Concursales deberá identificar e individualizar a los acreedores que votaron en contra o aquellos que se abstuvieron de manifestar su posición a las propuestas, denominándoseles “universo de acreedores”.

El representante de la Comisión deberá identificar dentro de este universo al acreedor que tenga el porcentaje más elevado de créditos reconocidos y presentes en la sesión de Junta de Acreedores, éste será el Acreedor con Posición Determinante³; luego, éste deberá sustentar la razón o razones (cualquiera sea su contenido) que lo llevaron a votar en contra o a abstenerse de manifestar su posición frente a las propuestas referidas anteriormente (todo esto en la misma sesión de Junta de Acreedores) debiendo constar en actas y sin que medie calificación alguna de dichas razones; y, en caso el Acreedor con Posición Determinante no expresara la razón o razones anteriormente indicadas, el representante de la Comisión calificará el hecho como una conducta evasiva y tendrá como efecto la nulidad del acuerdo de Junta de Acreedo-

res, pasando a informar a la Comisión lo ocurrido a efectos que ésta evalúe el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador.

Sin embargo, esta institución presentó una serie de problemas los cuales explicamos a continuación:

- a) Al establecer que el Acreedor con Posición Determinante exprese las razones que lo llevaron a votar en contra de la continuación de las actividades del deudor o si habiéndose acordado ésta no haya votado a favor del Plan de Reestructuración o del Acuerdo Global de Refinanciación; o cuando se haya abstenido de manifestar su posición, se vulnera la autonomía privada de los acreedores que debe reflejarse en las decisiones adoptadas por estos en las sesiones de Junta de Acreedores, conforme con los artículos II, III y X del Título Preliminar de la LGSC⁴.
- b) La Directiva N° 004-2002/CCO-INDECOPI estableció que el Acreedor con Posición Determinante al manifestar la razón o razones que lo llevaron a votar en contra o abstenerse de señalar su posición a las propuestas del destino del deudor, no interesa el sentido que éstas tengan, simplemente debe señalarse el motivo, con ello se demuestra la carencia de aplicación práctica de un dispositivo como el descrito, dado que el Acreedor con Posición Determinante con cualquier tipo de justificación por más vaga que sea cumplirá con el artículo 49° de la LGSC sin que los demás acreedores puedan cuestionarla, al respecto Ivo Gagliuffi señala:

“[...] el Acreedor con Posición Determinante, ante la previsible y comprensible sensación de impotencia o frustración que podrán sentir el deudor o los acreedores que votaron a favor, podrá señalar que votó en contra simplemente porque le dio la gana, o porque no tiene simpatía alguna respecto del deudor o, en caso de abstención porque no ha revisado la información o porque simplemente no le interesa el destino del deudor. [...] la obligación a cargo del Acreedor con Posición Determinante, lejos de gozar de solemnidad, podría convertirse en una ‘caja de pandora’ en relación con los argumen-

3 “Cuando el Representante de la Comisión no identifique al Acreedor con Posición Determinante, este hecho no exonera a dicho acreedor a sustentar su voto cuando tuviese una posición contraria a la reestructuración del deudor”. Criterio adoptado mediante Resolución N° 0404-2004/SCO-INDECOPI del 25 de junio de 2004.

4 Ley General del Sistema Concursal.- Título Preliminar

Artículo II.- Finalidad de los procedimientos concursales

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.

Artículo III.- Decisión sobre el destino del deudor

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.

Artículo X.- Rol Promotor del Estado

El Estado, a través del INDECOPI, facilita y promueve la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales con las formalidades de la ley.

tos que sustentarían algunos acreedores, situación que denota una elevada carga subjetiva por parte del Acreedor con Posición Determinante en la determinación del cumplimiento de su obligación”⁵.

- c) El hecho que un Acreedor con Posición Determinante tenga que sustentar su voto en contra o su abstención a las propuestas del destino del deudor fomentará un ausentismo en las Juntas de Acreedores (lo cual imposibilitaría obtener el quórum en la instalación de éstas) para evitar sustentar su voto, sea en contra o absteniéndose⁶.

Asimismo, al no establecerse un porcentaje para determinar cuándo un acreedor cuenta con posición determinante también incentivará el ausentismo en las Juntas, dado que un Acreedor con 0,5% de créditos reconocidos podría ser determinante para desaprobado la continuación de las actividades del deudor, lo cual lo llevaría a tener que observar el contenido del artículo 49° de la LGSC, ha de tenerse en cuenta que los acreedores minoritarios en su mayoría de casos no les interesa cual fuere el destino del deudor pues únicamente buscan hacer efectivo el cobro de sus créditos, siendo que el tener que explicar sus decisiones ocasionaría que estos pierdan interés en presentarse en las Juntas.

La idea principal de introducir al Acreedor con Posición Determinante en la legislación concursal era evitar que estos no tomen una posición clara respecto del destino del deudor, no obstante dicha institución no cumplió con tal objetivo. Por los motivos arriba descritos, creemos correcto que el artículo 49° de la LGSC haya sido derogado por el Decreto Legislativo N° 1050.

3. Un presente casi prometedo

El Sistema Concursal busca la solución más eficiente para que la empresa imbuida en una situación de crisis pueda reflotarse y salir de la situación falencial en que se encuentra o liquidarse para cumplir proporcionalmente y de acuerdo al orden de preferencia de sus acreedores⁷.

Desde de la entrada en vigencia de la LGSC hasta la fecha se han producido diferentes modificaciones a esta Ley⁸, para algunos cambios controvertidos, innecesarios, ineficientes para otros lógicamente todo lo contrario, pero podemos resumir de manera general que dichos cambios (en especial el ocurrido en el 2008) son positivos, sin embargo nos queda ese sentimiento de frustración, dado que se pudo hacer cosas mejores, como lo indicaremos más adelante.

El fin de una triste historia. El objetivo del Sistema Concursal Peruano

Artículo 1°.- Objetivo de la Ley	
Ley N° 27809	Decreto Legislativo N° 1050
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.	El objeto de la presente Ley es la <i>recuperación del crédito</i> mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor (el subrayado es nuestro).

Como podemos apreciar en el artículo I del Título Preliminar de la LGSC, el legislador en un primer momento estableció tres objetivos al Sistema Concursal: la permanencia de la unidad productiva, la protección del patrimonio y la protección del crédito,

objetivos a todas luces imposibles de cumplir de manera simultánea, ya que la única alternativa era optar por uno o por otro, ya sea proteger el crédito o a las empresas en crisis⁹.

5 Gagliuffi, Ivo. *El Acreedor con Posición Determinante*. En: Revista Peruana de Jurisprudencia N° 27. Trujillo. 2003. pp. 64-65.

6 Idem. p.p. 66-67.

7 “[...] la quiebra, en cuanto medio concursal, posee una finalidad consustancialmente distributiva de los bienes y derechos del deudor entre sus acreedores, incluso si el convenio permite continuar la actividad del primero. Activos que, siendo hoy, y habiendo devenido previamente insuficientes para la cobertura de sus deudas, se deciden repartir por haber devenido ésta la solución más satisfactoria, en principio, para los acreedores; e, incluso, para el propio deudor, que ve solucionado el problema acuciante de la persecución a que se ve sometido como consecuencia del vencimiento de múltiples deudas de envergadura patrimonial”. Ibáñez, Javier. “Objetivación y subjetividad en la delimitación del denominado presupuesto objetivo del concurso. En: Estudios sobre la Ley Concursal”. Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo I. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2005. p. 1043.

En el mismo sentido:

“[...] El derecho concursal tiene como objetivo prioritario satisfacer a una pluralidad de acreedores. Para conseguir este objetivo pueden utilizarse varios mecanismos: el saneamiento de la empresa (conservación) o bien la liquidación ordenada del patrimonio del deudor. Tanto en un supuesto como en otro se requiere de un plan idóneo para permitir la recuperación de la unidad productiva y la incorporación de nuevos aportes de capital o de financiación que el deudor concursado no ha podido obtener; o bien para llevar a cabo de manera eficaz una liquidación que implique la menor depreciación del valor de los bienes”. Candelario, Isabel. El plan ¿nueva técnica para un derecho concursal?. En: Gaceta Jurídica. N° 69.B. Lima. 1999. p. 31.

8 Ley N° 28580 del 12 de junio de 2005 que modificó el artículo 84.3 de la LGSC, la Ley N° 28618 del 29 de octubre de 2005 que modificó el artículo 106° de la LGSC, la Ley N° 28709 del 12 de abril de 2006 y el Decreto Legislativo N° 1050 del 27 de junio de 2008 que modificaron, derogaron e insertaron diferentes artículos a la LGSC y el Decreto de Urgencia N° 061-2009 del 28 de mayo de 2009, el cual restringió el poder iniciar concurso a pedido de los acreedores vinculados y el poder votar en Junta de Acreedores por estos acreedores, suspendiendo la aplicación del artículo 59° de la LGSC.

9 “El derecho concursal tiene como objetivo prioritario satisfacer a una pluralidad de acreedores. Para conseguir este objetivo pueden utilizarse varios mecanismos: el saneamiento de la empresa (conservación) o bien la liquidación ordenada del patrimonio del deudor. Tanto en un supuesto como en otro se requiere de un plan idóneo para permitir la recuperación de la unidad productiva y la incorporación de nuevos aportes de capital o de financiación que el deudor concursado no ha podido obtener; o bien para llevar a cabo de manera eficaz una liquidación que implique la menor depreciación del valor de los bienes”. Candelario, Isabel. El plan ¿nueva técnica para un derecho concursal?. En: Gaceta Jurídica. N° 69.B. Lima. 1999. p. 31.

La Junta de Acreedores teniendo en cuenta la información que obtiene de la empresa en crisis, opta por decidir cuál es el mejor destino de la empresa para hacer efectivo el cobro de sus acreencias. Si el valor de negocio en marcha de la empresa concursada es mayor que el valor del negocio en liquidación ($VNM > VNL$), la Junta decidirá reestructurar la empresa, de lo contrario procederá a liquidarla¹⁰.

Sin embargo, al ser uno de los objetivos del Sistema Concursal la permanencia de la unidad productiva implica que los acreedores no pueden tomar la decisión de liquidar la empresa, a pesar que ésta sea ineficiente para el mercado y que sólo reporte pérdidas, así solo le quedaría solicitar préstamos a altos costos para cubrir el forado originado por sus situación de crisis patrimonial, así como seguir aumentando sus pasivos laborales. Sobre el particular, Huáscar Ezcurra señala lo siguiente:

“Desde el punto de vista de la eficiencia, no conviene mantener vivo un negocio cuyo VNM sea menor que su VNL, pues tal negocio no satisface adecuadamente los intereses de la comunidad. La única manera de mantener con vida estos negocios será a través de un subsidio y quiénes finalmente pagaran la factura de este subsidio serán los consumidores, ya sea a través de mayores impuestos o por una cuestión de costo de oportunidad (el estado, en lugar de invertir su presupuesto en la provisión de bienes públicos, como seguridad o carreteras, va a destinarlo a salvar una empresa privada). Como consecuencia del subsidio, se reducirá el incentivo de las empresas eficientes para seguir siéndolo, pues paradójicamente, la ineficiencia traería consigo un premio (dinero fresco de las arcas del estado). Además, las tasas de interés se elevarían, pues cobrar a los negocios subsidiarios será más difícil. Las empresas eficientes, en este escenario, sufrirán aún más, pues tendrán que pagar mayores tasas de interés para acceder a préstamos”¹¹.

Siguiendo con el análisis de los antiguos objetivos del Sistema Concursal, el otro objetivo que establecía la LGSC consistía en la protección del patrimonio, y al igual que en el análisis anterior, si nos encontramos en una situación donde $VNM < VNL$, la Junta deberá decidir como destino del deudor la liquidación, de lo contrario protegerá y mantendrá a una empresa ineficiente con los mismos problemas que lo llevaron a su estado falencial. Sin embargo, lo que quiso establecer la norma era que para proteger el crédito hay que proteger el patrimonio de las acciones individuales de los acreedores que perjudicarían el colectivo de los demás acreedores, a través de los mecanismos de protección patrimonial que establece la LGSC¹².

El Decreto Legislativo N° 1050 modificó los objetivos del Sistema Concursal a sólo un precepto, la recuperación del crédito, casi parecido al tercer objetivo de la LGSC original que preveía la protección al crédito. Si bien ambos conceptos son casi idénticos, la modificación es más precisa, dado que lo que se busca es la recuperación del crédito ejerciendo una protección sobre éste.

La finalidad del Sistema Concursal de alguna manera es proteger el crédito para que los acreedores puedan recuperar sus acreencias sin inconvenientes, de lo contrario estos no tendrían incentivos para otorgar créditos (en el Perú la mayoría de acreedores, prestamistas e inversionistas son las entidades financieras, es decir los bancos). De no protegerse el crédito, los préstamos serían muy altos por ser el riesgo mayor ya que difícilmente será cobrado, es por ello que el acceso al crédito por parte del deudor no será posible al ser los intereses tan altos por tratarse de una operación riesgosa y; en todo caso, se accederá al crédito con intereses tan altos que lo más seguro es que el deudor no pueda cubrirlos.

Por eso, lo que se busca con este objetivo de recuperar los créditos, correctamente modificado, es preservar la seguridad jurídica de los acreedores, pues el cobro de las acreencias en caso de situación de concurso será el primer y único objetivo del Procedimiento Concursal.

10 $VNM > VNL$ = Reestructuración; $VNM < VNL$ = Disolución y Liquidación.

Asimismo, debemos agregar que el órgano decisorio del destino del concursado es la Junta de Acreedores, ejerciendo el INDECOPI una función de árbitro en el Procedimiento Concursal y que entra en juego cuando existe una controversia entre las partes involucradas en el procedimiento sin que esta pueda solucionarse sin su intervención.

11 Ezcurra, Huáscar y Gerardo Solís. *El Estado contraataca*. La “múltiple personalidad” de un sistema concursal de ciencia ficción. En: Themis N° 45. Lima. 2002. p. 157.

12 “[...] para proteger el crédito se requiere previamente tener mecanismos efectivos para proteger el patrimonio de la empresa en crisis, de eventuales intentos de ejecución individual de sus deudores. Tales mecanismos de protección de activos están contenidos en los artículos 17, 18, 19 y 20 de la LGSC: la suspensión de la exigibilidad de obligaciones del deudor sometido a concurso, y la declaración de ineficacia de actos del deudor ocurridos durante el año anterior al inicio del concurso”. Ezcurra, Huáscar. “La Nueva Ley General del Sistema Concursal ¿Hacia dónde vamos? ¿Avance o retroceso?”. En: Derecho Concursal. Estudios Previos y Posteriores a la Nueva Ley Concursal -Análisis Económico del Derecho-. Palestra Editores. Lima. 2002. p. 254.

3.1. Quebrados por naturaleza. La inexistencia de concurso al amparo del artículo 703° del Código Procesal Civil

Artículo 36°.- Inexistencia de concurso	
Ley N° 27809	Decreto Legislativo N° 1050
36.2 Cuando el Procedimiento Concursal Ordinario se haya iniciado al amparo del artículo 703° del Código Procesal Civil, y se verifique la inexistencia de concurso, la Comisión designará, de oficio, un liquidador, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 97°.	36.2 Cuando el Procedimiento Concursal Ordinario se haya iniciado al amparo del artículo 703° del Código Procesal Civil, y se verifique la inexistencia de concurso, la Comisión declarará el fin del procedimiento y remitirá los actuados al Juzgado de origen para la declaración de quiebra del deudor.

En nuestra legislación concursal existen dos causas de disolución y liquidación directa: i) cuando el deudor indicara pérdidas acumuladas deducidas las reservas superiores al total del capital social, con lo que se entiende que las personas naturales que realicen actividad empresarial no entran en este supuesto; y, ii) cuando se realice en amparo del artículo 703° del Código Procesal Civil¹³ (en adelante, CPC).

La liquidación directa realizada al amparo del artículo 703° del CPC se refiere al caso del deudor al que mediante Resolución Judicial se le impuso el cumplimiento de obligaciones frente a un acreedor y no habiendo éste acatado el mandato judicial, el Juez le solicita que dentro del quinto día señale sus bienes libres de gravamen para la respectiva ejecución judicial, de lo contrario el Juez declarará mediante Resolución la disolución y liquidación del patrimonio del deudor. Asimismo, consentida o firme dicha Resolución, concluirá la ejecución que no tuvo éxito, por lo que el Juez remitirá de oficio los actuados a la Comisión para que ésta publique la liquidación del deudor¹⁴.

Luego que la Comisión publique en el Diario Oficial “El Peruano” la disolución y liquidación del deudor, éste seguirá el curso normal de un procedimiento concursal ordinario, es decir, apersonamiento de los acreedores, el reconocimiento de créditos, la instalación de Junta de Acreedores, la suscripción del Convenio de Liquidación, etc.

Este tipo de liquidación lo que hace es limpiar el mercado de aquellos agentes económicos falenciales que se encuentran deambulando como almas en pena en el mercado, ya que se encuentran en una etapa de crisis empresarial muy severa, difícil de revertir o, como la mayoría de casos que provienen de una liquidación al amparo del 703° del CPC, han cesado de realizar actividad empresarial.

El Decreto Legislativo N° 1050 modificó el artículo 36.2 de la LGSC que señalaba que declarada la inexistencia de concurso del deudor iniciado al amparo del artículo 703° del CPC, la Comisión designará a un liquidador para que realice todos los actos necesarios (dentro de sus facultades) para encontrar activos del deudor y proceder a realizar el informe final de la liquidación y finalmente presentar la solicitud de quiebra del deudor.

Sin embargo, el texto modificado del artículo 36.2 ya no indica que la Comisión designará un liquidador para realizar las funciones arriba descritas, sino que la Comisión declarará el fin del Procedimiento Concursal y remitirá los actuados al Juzgado de origen para la declaración de quiebra del deudor, de alguna manera, se está retornando a lo anteriormente regulado en la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial¹⁵.

El texto anterior del artículo 36.2 de la LGSC establecía la designación de un liquidador para que

13 Este artículo fue derogado por el Decreto Legislativo N° 1069 del 28 de junio de 2008, regulando la liquidación directa derivado por el Juez en el artículo 692.A del Código Procesal Civil. Sin embargo, para efectos del presente artículo nos referiremos al artículo 703° del CPC en lugar del 692.A del CPC, dado que en la LGSC vigente existen supuestos señalados al amparo del artículo 703° del CPC y así evitar confusión al momento de su lectura.

“Artículo 692.A del Código Procesal Civil.- Señalamiento de bien libre

Si al expedirse el auto que resuelve la contradicción y manda llevar adelante la ejecución en primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cualitativamente suficiente para cuando menos iguale el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del Juez declararse su disolución y liquidación.

Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el Juez remitirá copia certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley, de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal.

El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada de sentencia derivada de un proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo”.

14 “La actual redacción ha mejorado a la originaria que solo contemplaba la posibilidad de señalar un bien libre de gravamen, ello implicaba que si el ejecutado tenía un edificio sobre el cual se había constituido una hipoteca por un monto reducido al valor comercial de dicho inmueble, no se aceptaba se ofrezca dicho bien para la ejecución forzada porque no cumplía el supuesto que señalaba la norma: ‘libre de gravamen’; felizmente la norma ha superado esta limitación y contempla la posibilidad de incorporarlo a la ejecución, pero con la condición de que el saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución. Por otro lado, nótese que la norma hace referencia a bienes libres de gravamen, no de cargas”. Ledesma, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Volumen II. 2da Edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. p. 675.

15 Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, Ley N° 27146

Artículo 27°.- Inexistencia de Concurso.- [...]En los casos de procesos de insolvencia iniciados al amparo del artículo 703° del Código Procesal Civil, cuando se verifique el supuesto de inexistencia de concurso antes referido, la Comisión que tenga a su cargo el trámite devolverá el expediente a la autoridad jurisdiccional que conoció del proceso judicial o la que en ese momento sea competente, a fin de que ésta, a pedido del acreedor que inició el proceso, declare la quiebra del deudor

éste encontrase bienes al deudor y después solicite la quiebra. Con todo este trámite lo único que lograba era prolongar la agonía del deudor y retrasar el no cobro de los créditos del acreedor (porque no hay sobre qué cobrar), en la espera que el Juez emita a este acreedor su respectivo certificado de incobrabilidad.

No es un secreto que la mayoría de Procedimientos Concursales cuyo destino es la liquidación, tramitadas en el INDECOPI se iniciaron al amparo del artículo 703 del CPC, en muchos casos por no decir todos, son declarados inexistentes por no existir pluralidad de acreedores lo cual se debe a los pocos incentivos que tiene un acreedor al cobrar a un deudor en éste tipo de liquidaciones, tal como lo señala Guillermo Puelles¹⁶:

“[...] estos procedimientos ni siquiera son redituables para la autoridad concursal dado que, siendo por lo común inexistente el patrimonio del deudor concursado, son escasos los incentivos para que otros acreedores se apersonen al concurso, incurriendo en los costos que implican el reconocimiento de sus créditos y la participación en juntas de acreedores”.

El acreedor asume los costos de transacción tan altos de iniciar el cobro de sus acreencias en vía judicial, sin embargo cuando este proceso es derivado al INDECOPI, el acreedor cambia, por decirlo de una forma, de expectativa de cobro y busca que el Juez emita el certificado de incobrabilidad para al menos con ello obtener beneficios tributarios y de alguna manera cobrar en parte sus créditos adeudados, al respecto Paolo del Aguila indica lo siguiente:

“El móvil principal del acreedor que decide tramitar el proceso de insolvencia derivado del artículo 703 del CPC es culminar las formas necesarias impuestas por la legislación vigente para obtener el certificado de incobrabilidad respectivo, luego de la declaración judicial de quiebra.

En efecto, consideramos bastante alejado de la realidad pensar que tal acreedor que ya pasó todas las etapas del proceso judicial y ha verificado la imposibilidad de pago de su deudor y la carencia de bienes libres de gravamen con los cuales poder cobrar su acreencia, piense siquiera de reestructurar un negocio que se muestra a todas luces inviable en el mercado”¹⁷.

El cambio introducido por el Decreto Legislativo N° 1050 fue positivo, dado que ahora los costos de transacción que asume el acreedor de participar en un Procedimiento Concursal se reducen, pues en una inexistencia de concurso al amparo del 703° del CPC, la Comisión derivará todos los actuados al Juez para que declare la quiebra del deudor y dando por concluido el Procedimiento Concursal¹⁸.

3.2. ¿Quién cobra? ¿tú o yo? La reducción y cambio de titularidad de los créditos en el Sistema Concursal Peruano

Mediante Resolución N° 0018-2008/TDC-INDECOPI del 10 de enero de 2008, la Sala emitió un Precedente de Observancia Obligatoria en el cual estableció lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley General del Sistema Concursal, las entidades liquidadoras tienen la obligación de pagar los créditos reconocidos por la Comisión al acreedor que sea titular de los mismos a la fecha en que se efectúe el pago, incluso si dicho acreedor carece de un reconocimiento previo por parte de la citada autoridad administrativa”¹⁹.

Con este pronunciamiento la Sala señaló que el sólo reconocimiento de los créditos por parte de la Comisión es suficiente para que la entidad liquidadora realice el pago de estos, sin importar quién posea la titularidad al momento de su cancelación, ya sea un acreedor reconocido o un tercero ajeno al concurso, al respecto Huáscar Ezcurra manifiesta que:

“[...] Si un crédito ha sido reconocido previamente por el INDECOPI, eso basta y sobra para que éste sea pagado inmediatamente por el Liquidador, independientemente de que el titular del crédito haya cambiado por una cesión de créditos. Lo único que deberá hacer el liquidador en este caso es confirmar que el crédito ya está reconocido previamente por el INDECOPI, y que quién lo reclama cuenta con los documentos que sustentan que es el legítimo nuevo titular por haberlo adquirido por cesión.

Con ello, el INDECOPI se ha puesto la camiseta de la liquidación en beneficio

insolvente, su extinción de ser el caso, y la incobrabilidad de sus deudas resultando de aplicación las normas pertinentes del Título VII, sobre quiebra de empresas o el Capítulo IV del Título X, sobre quiebra del insolvente persona natural, según cual sea el caso.

16 Puelles, Guillermo. *“Al filo de la sospecha. La ineficacia de actos del deudor en concurso”*. En *Advocatus*, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 18. Lima. 2008. p. 286.

17 Del Aguila, Paolo. *“Aumentando los costos en el sistema concursal: la insolvencia en aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil”*. En *Advocatus*, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima N° 5. Lima. 2000. p. 327.

18 El Ministerio de Economía y Finanzas viene trabajando en un paquete legislativo de modificaciones a los Procedimientos Concursales, como por ejemplo hacer más expeditivo los procesos de liquidación ante el INDECOPI. A mayor abundamiento ver: *Diario Gestión* del 7 de diciembre de 2009

19 El Precedente de Observancia Obligatoria se emitió al interior del Expediente N° 091-2006/CCO-SANCIONADOR correspondiente al Procedimiento Sancionador iniciado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Procedimientos Concursales contra Profesa S.R.L., entidad liquidadora de Galtex S.A. en Liquidación.

de los acreedores, y busca colaborar de modo efectivo con que las liquidaciones sean más céleres y cumplan de esa forma su finalidad de pagar ordenadamente a los acreedores hasta donde alcance y hacerlo rápido pues, sobretodo en una liquidación, tiempo es dinero”²⁰.

Sin embargo, este precedente dejó abierta la posibilidad que ocurra dos pagos a dos sujetos diferentes, pero derivados de un mismo crédito. Pongamos el siguiente ejemplo: “X” es un acreedor reconocido del deudor “Y” quien se encuentra en liquidación. Luego de la realización de los bienes del deudor, la Entidad Liquidadora de “Y” procede a cancelar las acreencias adeudadas. No obstante, poco antes de ello, “X” decide suscribir un Contrato de Cesión de Créditos²¹ con “Z” cediendo la totalidad de sus créditos reconocidos, por lo tanto la figura queda así “X” es el cedente y antiguo acreedor, “Y” es el cedido y continua siendo el deudor pero ya no de “X” sino de “Z” y éste paso a ser el cesionario, además de ser el nuevo acreedor en lugar de “X” (titular de los créditos).

La Entidad Liquidadora canceló la totalidad de los créditos supuestamente adeudados a “X”, pues no tenía conocimientos de la cesión, “Z” se apersonó a la entidad liquidadora para cobrar sus créditos adeudados, para ello presentó copia del Contrato de Cesión de Créditos suscrito con “X”. Debido a que dicho contrato es de fecha anterior al pago realizado a “X”, “Z” es titular de los créditos y no “X”, por lo tanto, la entidad liquidadora deberá cancelar los créditos adeudados a “Z” (no cuestionaremos si “Z” y/o “X” actuó de mala o buena fe, aunque es claro que “X” actuaron de mala fe, pues éste cobró las acreencias a pesar de haberlas cedido porque para efectos prácticos de este supuesto no es necesario, sino a modo de ejemplificar el vacío normativo).

De lo expuesto, surgen ciertas interrogantes ¿es correcto pagarle a “Z”? la respuesta es sí, dado que este acreedor posee la titularidad de los créditos, independientemente si el cedente o el cesionario actuaron de mala o buena fe, la decisión de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador y/o un proceso penal ante la autoridades competentes, estará en manos del INDECOPI o del deudor. Cabe

preguntarse ¿Cómo y cuándo la Comisión, la entidad liquidadora, el deudor o los demás acreedores tendrán conocimiento que las acreencias cambiaron de titular?

Para evitar el escenario antes descrito, la Ley modificatoria de la LGSC incorporó el artículo 141° a la LGSC:

“Artículo 141°.- Reducción de créditos y cambio de titularidad

141.1 El deudor deberá informar sobre cualquier reducción que se produzca en el monto de los créditos reconocidos.

141.2 Los acreedores de créditos reconocidos deberán informar a la Comisión de cualquier cambio en la titularidad de dichos créditos.

141.3 La Comisión sancionará con una multa de una (1) a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias, al deudor, al acreedor y a sus representantes legales, que no cumplan con las obligaciones establecidas en los numerales anteriores”.

Con este artículo, se zanjó el problema arriba descrito, dado que los deudores, acreedores y representantes legales deberán informar a la Comisión de cualquier reducción (cuando se les hayan cancelado total o parcialmente sus créditos reconocidos) o cuando transfieran la titularidad de sus créditos, de lo contrario la Comisión iniciará un Procedimiento Administrativo Sancionador en su contra. Sin embargo, lo que la norma no previó fue el plazo para que los acreedores comuniquen el cambio de titularidad de los créditos, tal vacío normativo podría acarrear problemas como el del ejemplo, aunque en menor medida claro está.

4. Observando el futuro. El deber de mirar más allá de nuestras propias narices

La idea de un Sistema Concursal no es adecuarla a que ésta tenga una orientación prodeudor ni proacreedor, sino que dicho sistema garantice el reflotamiento de empresas viables o su salida ordenada si éstas no pudiesen hacer frente a sus obligaciones.

20 Ezcurra, Huáscar. *“Tiempo es Dinero”*. Enfoque Derecho N° 70. Marzo 2008. Lima. p. 11.

21 “[...] a través de la cesión de créditos un sujeto adquirirá la disponibilidad inmediata de una suma de dinero a cambio de la transferencia de la titularidad de un bien munito de una utilidad que no es actual. [...] La titularidad de un crédito puede ser objeto de transferencia, como lo puede ser cualquier situación jurídica, salvo que las partes, la naturaleza de la obligación o la ley lo impida”. Barchi, Luciano. “Definición de Cesión de Derechos”. En: Código Civil Comentado Tomo VI. Gaceta Jurídica. Lima. 2007. pg. 258.

Tal como está estipulado en el Código Civil:

Artículo 1206°.- Cesión de derechos

La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.

La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor.

Artículo 1215°.- Inicio de los efectos de la cesión

La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente.

4.1. Risky Business: El juego de la sospecha concursal

Cuando un deudor se encuentra en una situación de crisis patrimonial entra en un estado de desesperación que lo conducen a tomar decisiones apresuradas y equivocadas para mantener su negocio ocasionando acelerar su debacle, a ello sumado que el deudor al ver latente la posibilidad de perder la totalidad de su patrimonio en la cancelación de sus obligaciones y a fin de evitar esta situación, el deudor realiza diversas transferencias (actos) a favor de acreedores, amigos, familiares, personal de confianza e incluso frente a terceros de buena fe, para lograr salvar la empresa o recuperar al menos parte de su patrimonio, el cual en un Procedimiento Concursal será disminuido e incluso extinguido para el pago de los acreedores.

Estos actos realizados por el deudor en circunstancias previas a la declaración de concurso, pero en plena etapa de formación y desarrollo de la crisis patrimonial del deudor, reciben el nombre de “*Fraude a los acreedores*”, dado que dichos actos de desahucio del patrimonio del deudor fueron realizados para beneficio único y exclusivo del deudor, salvaguardando su propio interés personal y no el de la colectividad de acreedores, teniendo en cuenta que es el deudor el primero en pecar de su situación de crisis²².

Sin embargo, también puede ocurrir todo lo contrario, luego de iniciar el concurso se lleva a cabo actos de disposición por parte del deudor en pie de mantener y reflotar su empresa, agotando sus reservas en cancelar obligaciones, accediendo a capital fresco obviamente a intereses más onerosos generando así nuevos préstamos, realizando refinanciamientos de deuda, estableciendo garantías reales y/o personales, etc. En nuestra legislación, estos actos son catalogados como *fraude*, por más que beneficie al deudor, siempre que se encuentren en ciertos supuestos.

En virtud de lo antes expuesto, el derecho concursal tiene como herramienta para la protección de este tipo de actos fraudulentos realizados por el deudor, una de las instituciones más importante del derecho concursal, el denominado “Período de Sospecha”.

“Hablamos de un lapso anterior a la declaración de falencia, en el cual inciden en plenitud los efectos retroactivos del decreto de quiebra. Tal lapso es conocido en doctrina con el nombre de Período de Sospecha”²³.

El artículo 19° de la LGSC señala que el Juez declarará ineficaces los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso que realice el deudor si estos no se han celebrado como parte del desarrollo normal de la actividad del deudor y causen perjuicio al patrimonio del deudor²⁴, dentro del plazo de un (01) año anterior a los siguientes supuestos: i) a la solicitud de inicio del Procedimiento Concursal (inicio de concurso a pedido del deudor); ii) al emplazamiento de la solicitud de inicio de concurso; o, iii) a la notificación del inicio de la disolución y liquidación.

Todos estos supuestos ocurren en la etapa pre concursal. De configurarse tales supuestos, la autoridad jurisdiccional declarará inoponibles los actos realizados por el deudor frente a los demás acreedores²⁵.

De otro lado, el artículo 19.3 de la LGSC regula la declaración de ineficacia en la etapa concursal, que abarca desde cualquiera de los supuestos que ocurren anteriormente señalados hasta que la Junta de Acreedores nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación en los supuestos establecidos en ese artículo. Es decir, existen dos etapas en el período de sospecha en nuestra legislación, uno anterior al inicio de concurso y otro posterior a éste.

Asimismo, el referido artículo 19.3 precisa que los actos jurídicos celebrados por el deudor luego del

22 “[...] Quien debe enterarse en primer término que sus negocios andan mal, es el deudor. Contando con la enseñanza de la experiencia, frente a una situación de falencia quizás irremediable, realiza actos perjudiciales para sus acreedores”. Fassi, Santiago y Marcelo, Gebhardt. “Concursos y quiebras”. Octava Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2005. pg. 337.

23 GRILLO, Horacio Augusto. “Período de Sospecha en la Legislación Concursal”. Editorial Astrea. 2da Edición. Buenos Aires. 2001. p. 2.

24 El perjuicio al patrimonio del deudor no se encuentra definido ni en la LGSC ni en la jurisprudencia, sin embargo existe una controversia al señalar que la afectación no solo se produce al patrimonio del deudor sino también a los acreedores.

“Pero todo daño al patrimonio del deudor, o, más genéricamente, todo menoscabo de él a causa de un acto por él ejecutado, no constituye el perjuicio a los acreedores [...] Puede haber menoscabo patrimonial del deudor, puede haber disminución considerable de su activo patrimonial, pero no encontrarse comprometida su solvencia, es decir, la aptitud de ese patrimonio para ser garantía o prenda común de los acreedores en forma íntegra. De aquí se deriva que el concepto de perjuicio a los acreedores en el sistema de inoponibilidad concursal, difiere por más específico del genérico de daño patrimonial y, a su vez, se integra con el de vulneración de la par condicio creditorum, principio básico y exclusivo del derecho concursal [...] El perjuicio a los acreedores (presupuesto esencial del sistema de inoponibilidad concursal) como la disminución o menoscabo de la garantía patrimonial del deudor a consecuencia de un acto de éste con el alcance de comprometer, o más precisamente imposibilitar cancelar su pasivo concursalmente, o la vulneración del principio de la par condicio omnium creditorum cuando la garantía patrimonial del deudor no tiene entidad suficiente para cubrir dicho pasivo”. Grillo. óp.cit. 107-111.

25 La inoponibilidad concursal significa que no existe los efectos del acto impugnado respecto de los acreedores concursales, pero mantiene su validez e ineficacia entre las partes y frente a terceros. “El sistema de inoponibilidad estructurado en nuestro texto concursal vigente, tiende a evitar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha causen un perjuicio a los acreedores considerados como conjunto, colectividad o masa. Por tal razón, tales actos pueden ser privados de efecto por el juez con relación a dichos acreedores y en la medida del perjuicio causado. Los actos, pues, encuadrados en tal sentido, no son declarados inválidos, sino sólo inoponibles a los acreedores, o sea sin efecto respecto de ellos. En consecuencia, los actos son plenamente válidos y eficaces, no solamente entre las partes, sino también con relación a terceros, con excepción de los terceros acreedores”. Grillo. óp. cit. p. 45.

inicio de concurso serán declarados ineficaces por el Juez²⁶, sin importar si causan o no perjuicio al patrimonio del deudor. Luego de declarada la ineficacia y por ende la oponibilidad, el Juez demandará el reintegro de los bienes a la masa concursal o el levantamiento de los gravámenes constituidos²⁷.

Existen diferentes discrepancias respecto a la regulación de esta institución, ya sea sobre determinar que se entiende por “perjuicio al patrimonio del deudor”, “desarrollo normal de sus actividades”, ¿el tercero adquirente de buena fe está protegido?, ¿existe un período de sospecha después del inicio de concurso?, ¿es necesario una lista taxativa como la estipulada en el artículo 19.3 de la LGSC?, estas interrogantes no serán deslindadas en el presente trabajo, sino que plantearemos el principal problema de esta institución.

El Proyecto de Modificación de LGSC de abril de 2008, planteó una serie de variantes a esta Institución, cambios bastantes trascendentales, siendo los más significativos los siguientes:

- i) Se presume el perjuicio patrimonial cuando: a) se trata de actos onerosos realizados a favor de acreedores vinculados al concursado, b) se constituyan algunas garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o c) se traten de actos de disposición a título gratuito y pagos u otras formas de extinción de obligaciones no vencidas;
- ii) El perjuicio patrimonial será probado por quién lo solicite, salvo los supuestos señalados en el punto i), con lo cual se eliminaba la lista taxativa regulada en el 19.3 de la LGSC;
- iii) La competencia para pronunciarse sobre la impugnación de dichos actos corresponde a la Comisión, por lo que el Juez ya no declarará la ineficacia, como consecuencia de ello la inoponibilidad de los actos realizados frente a los acreedores del concurso, sino será la autoridad administrativa quién tendrá dicha facultad;
- iv) La medida correctiva será la reintegración del patrimonio de los bienes, sin embargo si no se

podiera restituir al patrimonio concursal se entregará el valor que hubiese tenido cuando salió del patrimonio del concursado, más los intereses legales;

- v) El ejercicio de la impugnación de dichos actos prescribe en el plazo de un (1) año contado a partir de la fecha en el inicio de concurso del deudor o desde que se realizó el acto impugnado, lo que haya ocurrido primero.

Como vemos la modificación era positiva, pues reducía significativamente los costos de transacción de iniciar un proceso sumarísimo en sede judicial y que sea el Juez quien declare la ineficacia de los actos jurídicos realizados por el deudor, autoridad que no tiene pleno conocimiento del Procedimiento Concursal tramitado en sede administrativa, sin mencionar la existencia de la poca predictibilidad en sus decisiones adoptadas, lo cual genera distorsiones e ineficiencias en los procesos concursales.

“La falta de recursos del Poder Judicial, su falta de predictibilidad, su falta de tecnicismo y su eventual falta de autonomía, determinará que -como casi siempre ocurre hasta ahora- sean muy pocos los casos de actos de disposición indebidos que alguien esté dispuesto a ventilar ante el Poder Judicial [...].

Analizar un acto de disposición de recursos ocurridos en ‘período de sospecha’ y determinar si dicho acto de disposición fue en detrimento del patrimonio del deudor y en perjuicio de los acreedores del concurso, es un análisis muy técnico que requiere de conocimientos especializados no sólo en materia concursal, sino eventualmente en materia económica, financiera, contable y empresarial. Además, una investigación de estos casos normalmente puede involucrar la revisión de profusa documentación y, cuando menos, varios meses de arduo trabajo ¿Nuestro Poder Judicial podría encargarse de tamaña tarea? Les aseguro que no”²⁸.

26 Ley General del Sistema Concursal. Artículo 19°.- Ineficacia de actos del deudor

“19.3 El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación”:

- a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;
- b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;
- c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;
- d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores;
- e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el deudor con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito;
- f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste;
- g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y
- h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimento patrimonial” [...].

27 Ley General del Sistema Concursal. Artículo 20°.- Pretensión de ineficacia y reintegro de bienes a la masa Concursal.

20.1 La declaración de ineficacia, y su consecuente inoponibilidad a los acreedores del concurso, se tramitará en la vía del proceso sumarísimo. La persona o entidad que ejerza la administración del deudor o el Liquidador, o uno o más acreedores reconocidos se encuentran legitimados para interponer dicha demanda.

20.2 El juez que declara la ineficacia de los actos del deudor ordenará el reintegro de los bienes a la masa Concursal o el levantamiento de los gravámenes constituidos, según corresponda.

28 EZCURRA, Huáscar. “La Nueva Ley General del Sistema Concursal ¿Hacia dónde vamos? ¿Avance o retroceso?”. pp. 262-263.

La pregunta que nos planteábamos en ese momento radicaba en si ¿La autoridad administrativa (INDECOPI) era la más idónea para dejar sin efecto un contrato entre privados? Esta modificación generaría la celeridad en el Procedimiento Concursal y el ahorro en cuanto al no traslado a la vía judicial de las acciones sospechosas que pudiese hacer el deudor y así evitar que se dilate el Procedimiento, pero debemos ser claros, el INDECOPI actualmente carece de jurisdicción tal como lo señala el artículo 139° de la Constitución²⁹.

Esto conllevaría al INDECOPI a adoptar otras medidas, como la contratación de más personal, capacitación del mismo, mayor infraestructura, logística, etc, porque quieran o no, las denuncias por fraude no se harían esperar, con lo que en un corto plazo saturarían e inundarían sus oficinas de tales denuncias, si es que ahora ya no lo están, dado que no es ningún secreto que el INDECOPI maneja una gran carga procesal.

Asimismo, no olvidemos que si bien la vía administrativa culmina con la emisión de la Resolución en Segunda Instancia, aún queda otro largo proceso a seguir: la vía judicial, a través del Proceso Contencioso Administrativo. Por lo que otra pregunta sale a flote ¿Qué tan viable sería restringir la competencia de declarar la ineficacia a la autoridad jurisdiccional, si al fin y al cabo el proceso terminará en sus manos?

Más allá de los inconvenientes existentes, la propuesta era positiva e innovadora, quizás la constitucionalidad de la atribución del INDECOPI como órgano jurisdiccional, sería el cuestionamiento más radical a esta modificación que se pudo tratar y desarrollar de otra manera³⁰, no obstante no se adoptaron dejando de lado las demás reformas planteadas a esta institución.

Sin embargo, al no darse los cambios, el problema sigue latente, en la actualidad en pleno desarrollo de un Procedimiento Concursal, la autoridad administrativa no puede declarar la ineficacia de los actos realizados entre el deudor y un tercero, y ante la sospecha de los acreedores que el concursado se deshizo de su patrimonio para que no formen parte de la masa concursal, tienen que acudir al Poder Judicial para hacer valer sus derechos y que sea el Juez quien declare la ineficacia de dichos actos.

Más allá de estar o no de acuerdo con los cambios planteados en dicho Proyecto, en general era un paso para la mejora en la eficiencia de la piedra angular del Sistema Concursal Peruano como lo es el *Período de Sospecha*, como señaló Huáscar Ezcurra respecto a estas modificaciones “*El fraude debe comenzar a pagar*”³¹, con ello, se hubiese dado un mayor impulso para el uso de los Procedimientos Concursales por los agentes económicos para la solución de conflictos con las deudoras cuando éstas se encuentren en una etapa de cesación de pagos que deviene en una inexorable crisis patrimonial.

4.2. El infierno está lleno de buenas intenciones, así que “Caballero nomás, haz tu cola”. El orden de preferencia de los créditos post-concursales

En un Procedimiento Concursal podemos encontrar dos tipos de créditos: los créditos concursales aquellos generados en la etapa preconcursal (antes del inicio de concurso); y los postconcursoales originados y/o devengados después de la “fecha de corte”³², es decir, luego de la publicación de la situación de concurso del deudor hasta la declaración Judicial de quiebra del deudor o la conclusión del Procedimiento. La particularidad de los créditos post-concursales

29 Constitución Política del Perú. Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral [...].

30 Debemos señalar que al respecto se brindaron diferentes e interesantes propuestas para reemplazar a la idea de otorgar jurisdicción al INDECOPI, por lo que pasamos a describir dos de ellas en ánimo de ilustrar el debate, sin necesariamente estar de acuerdo con alguna de ellas.

“En mi opinión, sería aconsejable que el proyecto prevea la posibilidad de que el INDECOPI pueda nombrar un tribunal arbitral o un árbitro único en quien delegue sus funciones de fiscalización para un caso concreto. Se trataría de un arbitraje obligatorio por mandato de la ley, y que se activaría con la sola decisión del INDECOPI una vez recibido el caso, en el que el INDECOPI actuaría como entidad nominadora (nombrando a los árbitros). La ley podría delegar en el directorio del INDECOPI la tarea de reglamentar mediante directiva cómo funcionaría esta institución arbitral y establecer su reglamento”. Ezcurra, Huáscar. “El fraude concursal no paga”. Enfoque Derecho N° 73, junio 2008. Lima. p. 11.

“[...] planteamos la conveniencia de que existiera un juez específico adscrito al concurso, al cual acudir para las acciones de ineficacia concursal de tal forma que homologara las decisiones tomadas por la Comisión, evitándose cuestionamientos basados en una asunción ilegítima de función jurisdiccional y eliminándose la inevitable demora que supondría seguir el proceso de ineficacia concursal primero en el ámbito administrativo para luego llevarlo al plano judicial por la vía contencioso administrativa. Es claro que una reforma de esa magnitud requiere amplia reflexión y cuidadosa interacción entre autoridades”. Puelles, Guillermo. “Al filo de la sospecha. La ineficacia de actos del deudor en concurso”. En *Advocatus*, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 18. Lima. 2008. p. 304.

31 Ezcurra, Huáscar. loc. cit.

32 Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal (acápito insertado por el Decreto Legislativo N° 1050 del 27 de junio de 2008).
Artículo 1.- Glosario

Para efectos de la aplicación de las normas de la Ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

[...] II) Crédito post-concursal: Crédito generado con posterioridad a la fecha de publicación establecida en el artículo 32° de la Ley General del Sistema Concursal [...].

radica que, a diferencia de los créditos concursales, estos pueden ser cobrados a su vencimiento tal como fue estipulado por el acreedor y el deudor en el inicio de la relación jurídica, con ello el deudor no podrá acogerse a la protección patrimonial que le brinda el Sistema Concursal³³.

La existencia del privilegio de cobrar los créditos postconcursoales a su vencimiento se debe a que el deudor (persona natural o jurídica que se encuentra en crisis patrimonial) necesita acceder a nuevos financiamientos que le permita reflotar la empresa y seguir en el mercado; para ello deben existir mecanismos adecuados de cobro a favor de los acreedores inversionistas y así poder recuperar sus créditos de manera eficiente al menor riesgo posible.

“Quien arriesga más sólo estará dispuesto a hacerlo si es que se lo permiten mejores condiciones de pago o mayores garantías de cobro. El sistema legal, si es que pretende fomentar estos créditos, debe buscar proteger a los acreedores frente a este nuevo y mayor riesgo, dándoles una preferencia que les permita cobrar antes que aquellos que prestaron cuando el negocio del deudor era menos riesgoso. De lo contrario, nadie querrá prestarle a una empresa en Indecopi, pues estaría asumiendo un beneficio mayor sin un beneficio a cambio”³⁴.

Sin embargo, este privilegio únicamente opera en caso el concursado continúe con sus actividades, es decir, cuando el destino del deudor sea la Reestructuración o sea sometido a un Procedimiento Concursal Preventivo, caso contrario es lo que ocurre en una disolución y liquidación como veremos a continuación.

En tal sentido, la regla general es que los créditos postconcursoales derivados de una Reestructuración o de un Procedimiento Concursal Preventivo son exigibles y ejecutables a sus vencimientos, sin embargo el artículo 74.6 de la LGSC³⁵ señala que “*el acuerdo de disolución y liquidación genera un fuero de atracción concursal de créditos por el cual se integran al*

procedimiento concursal los créditos post concursoales”, esto significa que los créditos de los acreedores postconcursoales en una liquidación, ingresarán a la masa concursal perdiendo así el privilegio otorgado inicialmente y deberán someterse a las reglas de la LGSC, debiendo indefectiblemente presentar su solicitud de reconocimiento de créditos ante el INDECOPI³⁶.

Si bien, los créditos postconcursoales en una liquidación ingresan a formar parte de la masa concursal, estos carecen de privilegios para su cobro sometándose a las reglas establecidas en el artículo 42° de la LGSC.

El Proyecto de Ley otorgaba a los créditos post concursoales el segundo orden de preferencia (en el caso pase de una reestructuración a una liquidación)³⁷, con lo que de alguna manera le brindaba la protección a los acreedores de poder cobrar sus créditos con algún privilegio, si bien no era el mismo privilegio que se les otorga en una Reestructuración, era el augurio de un buen comienzo. Pese a ello, esta propuesta no fue adoptada en las modificaciones a la LGSC, con lo cual se dejó pasar una inmejorable ocasión de encaminar nuestro Sistema Concursal hacia el salvataje de empresas viables y revertir su tendencia liquidatoria.

Es de tener en cuenta que cuando una empresa que se encuentra sometida a un Procedimiento Concursal solicita un financiamiento para reorganizarla son los potenciales inversionistas (futuros acreedores) quienes analizan los riesgos que asumirán al momento de cobrar sus créditos, poniendo en contrapeso lo que posiblemente podría ocurrir en caso el Plan de Reestructuración falle y se vaya a una Liquidación, más aún si nuestro Sistema Concursal permite grandes facilidades de variarlo (de Reestructuración a Liquidación).

[...] bajo la vigente norma concursal empresarial peruana, si bien existe un procedimiento reorganizativo (reestructuración

33 “Ley General del Sistema Concursal. (Artículo modificado mediante Decreto Legislativo N° 1050 del 27 de junio de 2008). Artículo 16°.-Créditos post concursoales

16.1 Los créditos post concursoales serán pagados a su vencimiento no siendo aplicables las disposiciones contenidas en los Artículos 17° y 18°, con la excepción prevista en el tercer párrafo del presente artículo. Las solicitudes de reconocimiento de dichos créditos serán declaradas improcedentes.

16.2 Los créditos referidos en el párrafo precedente podrán ser ejecutados a su vencimiento, correspondiendo a la autoridad judicial encargada de la ejecución el respecto del rango de las garantías otorgadas [...]”

34 Ezcurrea Huáscar. óp.cit. p. 162.

35 Ley General del Sistema Concursal. (Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1050 del 27 de junio de 2008).

“Artículo 74.6.- El acuerdo de disolución y liquidación genera un fuero de atracción concursal de créditos por el cual se integran al procedimiento concursal los créditos post concursoales, a fin de que todas las obligaciones del deudor concursado, con prescindencia de su fecha de origen, sean reconocidas en el procedimiento [...]”.

36 Mediante Resolución 2297-2007/TDC-INDECOPI del 19 de noviembre de 2007, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, emitió el Precedente de Observancia Obligatoria sobre Fuero de Atracción, el cual señala entre otras cosas que dicho fuero se extenderá hasta la declaración judicial de quiebra del deudor.

37 Proyecto de Ley que modifica la Ley General del Sistema Concursal para el Fortalecimiento de la Competitividad Económica

Artículo 13°.- Modificación del numeral 42.1 del artículo 42° de la Ley General del Sistema Concursal

Modifíquese el numeral 42.1 del artículo 42° de la Ley General del Sistema Concursal, en los términos siguientes:

“Artículo 42°.- Orden de Preferencia

[...] Segundo: Los créditos que fueron otorgados en un procedimiento de reestructuración o en un procedimiento concursal preventivo anterior como parte del financiamiento necesario para la ejecución del Plan de Reestructuración y el Acuerdo Global de Refinanciación, según sea el caso. El otorgamiento de este financiamiento debe estar expresamente previsto en el Plan de Reestructuración o en el acuerdo Global de Refinanciación.

patrimonial), no existe garantía o mecanismo legal que asegure que los créditos que se concedan bajo este procedimiento serán realmente pagados si el Plan falla y la empresa reestructurada es liquidada. Entonces, no existen incentivos a los acreedores concursales o nuevos acreedores para otorgar nuevos créditos a las empresas insolventes que se encuentren bajo procedimientos de reestructuración, ya que estará latente el riesgo de la liquidación e incobrabilidad de los créditos nuevos.

Si lo dicho tiene algo de certeza, será entonces difícil que los acreedores, bajo la Ley de Concursos Empresariales, aprueben planes de reestructuración, pues justamente uno de los requisitos para ello es que exista un financiamiento (entiéndase capital de trabajo) que permita que la empresa conserve su valor en marcha y genere los flujos necesarios para pagar tanto los créditos nuevos como la parte de los créditos concursales que corresponda de acuerdo al plan³⁸.

Este sistema de diferenciación lo que hace es perjudicar tanto al acreedor como al deudor³⁹: el primero se perjudica en el cobro de sus acreencias en una liquidación, ya que tendrá que “colocarse en la cola” con los demás acreedores concursales sin ningún privilegio; y el segundo, debido a que difícilmente habrá algún inversionista (nuevo acreedor) que quiera inyectar capital fresco al negocio con el riesgo latente que el destino del deudor sea variado a una liquidación, por lo que el crédito, si se otorga, será con altos intereses o simplemente no será otorgado al carecer el acreedor.

La consecuencia que no existan privilegios de cobro a favor de este tipo de acreedores postconcursoales será que éstos tendrán que cobrar sus créditos en relación al orden de prelación establecido en el artículo 42.1 de la LGSC, que en el mejor de los hipotéticos escenarios los podría colocar en el tercer orden de prelación, siempre y cuando los créditos se encuentren garantizados, de lo contrario les correspondería el quinto y último orden de prelación (quirografarios), que valgan verdades difícilmente encontrarán algo que cobrar.

No obstante, debemos precisar que un escenario como el descrito en el punto anterior no puede ser

posible, dado que de conformidad con el artículo 42.1 de la LGSC los créditos garantizados en una liquidación tendrán el tercer orden de preferencia⁴⁰ siempre que respecto de dichos créditos se hayan constituido una garantía antes de la fecha de publicación del concurso, por lo que se desprende que las garantías constituidas después de dicha fecha no serán reconocidas por el INDECOPI y en consecuencia estos créditos tendrán el quinto y último orden de prelación, al respecto José Jiménez señala:

“Habría que añadir que el otorgamiento de nuevas garantías sobre activos del propio deudor, en respaldo de los nuevos créditos, puede ser cuestionado en un procedimiento de liquidación. En efecto, el artículo 42.1 de la Ley de Concursos Empresariales indica en su acápite tercero que se entienden como ‘créditos garantizados de tercer orden de prelación de pago’ aquellos cuyas garantías han sido constituidas con anterioridad a la fecha de publicación del concurso. En consecuencia, si dentro del proceso de reestructuración, y tras la publicación del concurso antes referida, se constituyen garantías en respaldo de, por ejemplo, nuevos créditos de capital de trabajo, y luego la empresa reestructurada ingresa a un procedimiento de liquidación, tal garantía podría no ser reconocida por la autoridad concursal en atención a que justamente se constituyó en forma posterior a la fecha de publicación del concurso”⁴¹.

Por su parte el Proyecto buscaba de alguna manera equiparar los privilegios de los acreedores post concursales, teniendo en cuenta que el inversionista asume el riesgo de otorgar capital a la persona concursada para que ésta se reflote y pueda continuar con sus actividades o caso contrario tenga una salida ordenada del mercado.

4.3. Llegaste tarde, gracias... no insistas. La regulación de los créditos tardíos en nuestro Sistema Concursal

El artículo 34.3 de la LGSC estableció que aquellos acreedores apersonados al concurso tardíamente, es decir, aquellos que presenten sus solicitudes de re-

38 JIMÉNEZ CHOCANO, José Antonio. “Explicando la orientación (liquidatoria) de la Ley General del Sistema Concursal y su rol en el Gobierno Corporativo de las empresas peruanas”. En *Advocatus*, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 12. Lima. 2005. p. 286.

39 “Pero no estamos frente a una norma que perjudica sólo a los acreedores, porque ya nadie estará dispuesto a salvar a los deudores que necesitan liquidez con urgencia. Las reestructuraciones exitosas, que son hoy en día una especie en extinción, no se hubieran podido llevar a cabo sin capital fresco [...]”. Ezcurra, Huáscar. *El Estado contraataca*. p. 163.

40 Ley General del Sistema Concursal. (Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1050 del 27 de junio de 2008)
Artículo 42.- Orden de preferencia

42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

[...] Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el Artículo 32 (el subrayado es nuestro) [...].

41 JIMÉNEZ CHOCANO, José, óp. cit. p. 286.

conocimiento y/o ampliación de créditos fuera del plazo de treinta (30) días hábiles posteriores a la publicación en el Diario Oficial El Peruano del inicio de concurso del deudor, carecerán de voz y voto en las Juntas de Acreedores, sin distinguir cual sea el destino del deudor.

Luego, la Directiva N° 001-2003/CCO-INDECOPI, señaló que los acreedores tardíos tienen derechos a participar con voz y voto en las Juntas, siempre y cuando, el destino del deudor sea la liquidación, dado que la exclusión de estos generaría una situación de inequidad entre ellos (un desorden en cuanto al desarrollo del Procedimiento Concursal) y los demás acreedores, pues se busca una participación activa con derecho a voto de todos los actores involucrados en la problemática de la crisis del deudor en liquidación. No obstante, cuando la Junta de Acreedores varíe el destino del deudor de una liquidación a una Reestructuración Patrimonial, los créditos tardíos serán excluidos del concurso perdiendo el derecho a voz y voto:

“[...] 2.3 En aquellos casos donde se decida la disolución y liquidación del deudor, no será de aplicación lo previsto en el punto 2.1 de la sección V de la presente Directiva. Por el contrario, los titulares de créditos tardíamente invocados ante la autoridad concursal y reconocidos por ésta, podrán participar con derecho a voz y voto en las reuniones de Junta de Acreedores conforme lo previsto en el artículo 74.6 de la Ley General del Sistema Concursal, siempre que el procedimiento permanezca en su vertiente liquidatoria. En caso la Junta varíe la decisión hacia una reestructuración patrimonial se deberá atender a lo establecido en el punto 2.1 antes citado. [...]”⁴².

Sin embargo, la Sala a través de la Resolución N° 0546-2004/TDC-INDECOPI cambió de criterio e indicó que los acreedores tardíos carecen de derecho de voz y voto en una Junta de Acreedores, dado que se busca que ésta se encuentre conformada por aquellos acreedores que actuaron diligentemente y cumplieron con apersonarse al concurso oportunamente (dentro del plazo de Ley) y así evitar el desorden y la inseguridad jurídica del Procedimiento Concursal,

por ello la Sala en este mismo pronunciamiento ordenó a la Comisión adecuar y modificar la Directiva N° 001-2003/CCO-INDECOPI, de conformidad con los criterios desarrollados en la citada Resolución:

“La regla establecida por el artículo 34.3° de la Ley General del Sistema Concursal apunta a que la Junta quede conformada a lo largo del proceso por los acreedores que actuaron diligentemente y cumplieron con apersonarse ante la Comisión en el plazo fijado por ley, preservándose así la seguridad en los acuerdos adoptados por la Junta y reduciéndose los costos de negociación que deben afrontar los acreedores para implementar mecanismos efectivos de recuperación de créditos, en la medida que desde el inicio del procedimiento pueden conocer la real composición de la masa de acreedores en la que recaerá la toma de decisiones.

Sin embargo, la sanción que impone la ley al acreedor que verifica tardíamente sus créditos no implica su exclusión del concurso o su extinción de su derecho de crédito. La norma limita la participación de dicho acreedor al impedirle el ejercicio del derecho de voz y voto en Junta, pero establece que los créditos de los cuales es titular deben ser reconocidos por la autoridad para eliminar la incertidumbre sobre su cuantía a fin de garantizar la posibilidad de su pago, el cual queda sujeto a los acuerdos que se adopten al respecto en Junta de Acreedores⁴³”.

Mediante Resolución N° 0532-2008/TDC-INDECOPI del 12 de marzo de 2008⁴⁴, la Sala aprobó un Precedente de Observancia Obligatoria, que ratificó el criterio adoptado en la Resolución N° 0546-2004/TDC-INDECOPI, zanjando por un momento (bastante breve por cierto)⁴⁵ el tema del derecho a voz y voto de los acreedores tardíos:

“Los problemas que se generarían de otorgarse los derechos de voz y voto a los acreedores tardíos en los procesos de liquidación se ven reflejados con mayor claridad en el supuesto que la Junta de Acreedores acuerde el cambio de destino del deudor de liquidación a reestructuración patrimonial.

42 Directiva N° 001-2003/CCO-INDECOPI. Régimen Aplicable a la Participación en Junta de Acreedores de Titulares de Créditos Tardíos o Post Concursales del 16 de abril de 2003 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de mayo de 2003.

43 Resolución N° 0546-2004/TDC-INDECOPI del 30 de setiembre de 2004, emitida en el Procedimiento Concursal Ordinario de Procaeso S.A. En la misma línea argumentativa:

“Consideramos que la justificación de esta norma está en la necesidad de mantener inamovible la composición de las juntas de acreedores, a efectos de evitar la continua variación de los acuerdos adoptados, en función a la entrada de acreedores tardíos, lo que trae consigo inseguridad y poca celeridad en el trámite del proceso”. Del Aguila, Paolo. “Créditos concursales vs. créditos post-concursales”. En: Ius et Veritas, Revista Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 28. Lima, 2004. p. 14.

44 El Precedente de Observancia Obligatoria se emitió al interior del Expediente N° 247-2001/CRP-ODI-ULI correspondiente al Procedimiento Concursal Ordinario del señor Raúl Ayvar Cevallos.

45 Recordemos que dicho Precedente se aprobó el 12 de marzo de 2008 y fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 5 de abril de 2008. En la quincena del mismo mes se publicó en la página web del INDECOPI el Proyecto de modificación de la LGSC en el cual se planteaba otorgar derecho a voz y voto a los acreedores tardíos cuando el destino del deudor sea la liquidación (contradiciendo lo establecido en el Precedente), para finalmente, el 27 de junio de 2008 mediante el Decreto Legislativo N° 1050 producirse la modificación antes descrita.

En este caso, la Directiva 001-2003/CCO establece que de verificarse dicho acuerdo, los acreedores tardíos volverán a perder tales derechos, procediéndose nuevamente a modificar la composición de la Junta de Acreedores, con el consiguiente desorden e inseguridad jurídica que una situación semejante conlleva para el desarrollo del procedimiento concursal”.

El 27 de junio de 2008, a raíz de las modificaciones a la norma concursal, el tema del derecho a voz y voto de los acreedores tardíos dio un giro de 360° grados, dado que una vez más el criterio anteriormente establecido quedó descartado otorgando el derecho a voz y voto a los acreedores tardíos, cuando se adopte como destino del deudor, la liquidación:

“Artículo 74°.- Acuerdo de disolución y liquidación

[...]

74.7 Los acreedores que hayan obtenido el reconocimiento tardío de sus créditos tendrán derecho de voz y voto en la Junta de Acreedores, una vez adoptado el mencionado acuerdo de disolución y liquidación. En tal sentido, en este supuesto no será de aplicación lo establecido en el numeral 34.3 del artículo 34° de la Ley.

[...]”.

Más allá de los cambios de criterio establecidos en la normativa sobre el derecho a voz y voto de los acreedores tardíos y su falta de predictibilidad, creemos que la modificación es positiva pero insuficiente, ya que deja de lado a aquellos acreedores tardíos en el caso de una Reestructuración.

El Sistema Concursal busca proteger (recuperar) los créditos para que todos los acreedores apersonados al concurso puedan cobrar la totalidad de sus créditos adeudados (al menos esa es la intención) y así garantizar que el acceso al crédito por parte del deudor sea menos oneroso. Ello, considerando que en una situación de concurso la decisión del destino del deudor compete exclusivamente a los acreedores.

Es de notar que la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1050, en el extremo referido a otorgar derecho a voz y voto a los acreedores tardíos en una liquidación, señala que “[...] se ha tenido en cuenta que resulta acorde con el principio de igualdad de trato entre los acreedores que las decisiones

sean adoptadas por los verdaderos acreedores mayoritarios, para lo cual no debe importar si ellos se presentaron al procedimiento en forma tardía o son titulares de créditos post concursales”.

En atención a lo anterior, el negar el derecho a voz y voto a los acreedores apersonados tardíamente al concurso en una Reestructuración no hace otra cosa que distorsionar la verdadera intención de los acreedores que conforman la mayoría para determinar si una empresa es viable, pues si la LGSC busca que el destino del deudor esté en manos de los acreedores no debería existir una diferenciación entre los acreedores que se apersonaron oportunamente de los que no.

No obstante ello, es innegable que los acreedores tardíos al presentarse fuera del plazo establecido por Ley distorsionarían la conformación de la Junta de Acreedores, dado que los nuevos acreedores que ingresen al Procedimiento Concursal podrían impugnar las decisiones adoptadas por la Junta, siempre y cuando se encuentren dentro del plazo, lo cual causaría inseguridad jurídica, sumado a la lentitud de los procedimientos perjudicando la celeridad procesal, sin embargo, qué más castigo para estos acreedores que el no poder ejercer su derecho a voz y voto en las diferentes Junta que se llevaron a cabo antes de su ingreso al Procedimiento Concursal.

4.4. Nos siguen persiguiendo viejos fantasmas. Lo bueno, lo malo y lo feo de nuestro Sistema Concursal HOY.

Lo bueno, los cambios realizados a la LGSC a través del Decreto Legislativo N° 1050, que van de la mano con la iniciativa de la SUNAT de iniciar concurso a sus deudores⁴⁶, demostrando con ello que el Sistema Concursal puede ser una alternativa como mecanismo eficiente de cobro de sus deudas. Un ejemplo de ello es el desistimiento por parte de esta institución de solicitar el inicio de concurso a Panamericana Televisión, dado que ésta última reconoció la deuda que tenía frente a la SUNAT.

Lo malo, el Decreto de Urgencia N° 061-2009 que restringió el derecho a voto de los acreedores vinculados. Esta norma lo que hace es desincentivar a los inversionistas a aportar dinero fresco a aquellas empresas que consideren viables lo que generará menos reestructuraciones y más liquidaciones, y lo que es peor, se liquidarán empresas que en el papel son viables que sólo necesitan una inyección de capital⁴⁷.

46 A finales de setiembre de 2009, la SUNAT, emprendió una campaña a través de la cual solicitó el concurso de las cien (100) mayores empresas deudoras de esta institución. A mayor abundamiento ver: Diario El Comercio del 23 y 28 de setiembre de 2009.

47 Al cierre del presente trabajo, las estadísticas a diciembre de 2009 elaboradas por la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI señalan que en el cuarto trimestre, de un total de 41 decisiones sobre el destino del patrimonio del deudor, el 98% de los deudores concursales apersonados al INDECOPI tuvo como destino la liquidación y el 2%, la reestructuración; en el tercer trimestre, el 94% optó por la liquidación mientras que el 6% restante por la reestructuración en un universo de 18 decisiones del destino del deudor; en el segundo trimestre, el 95% optó por la liquidación y el 5% por la liquidación de un total de 41 decisiones sobre el patrimonio del deudor; y en el primer trimestre, el 94% optó por la liquidación y el 6% por la liquidación en un universo de 52 decisiones sobre el patrimonio del deudor. Ver: <http://www.indecopi.gob.pe/destacado-competencia-comisiones-cco-estad.jsp#>

Por ello, el resultado será que el número de solicitudes de inicio de concurso por parte de los deudores para financiar sus deudas se reducirá cada vez más prefiriéndose la negociación privada antes que acudir al INDECOPI⁴⁸.

Asimismo, los cambios que se quedaron en el tintero del Proyecto de modificación del Decreto Legislativo N° 1050 no se darán en un mediano ni corto plazo, ya que es evidente que el Estado utiliza el Sistema Concursal con la intención de controlar empresas en lugar de fortalecer el Sistema Concursal, trayendo abajo los cambios positivos introducidos a través del Decreto Legislativo N° 1050 generando mayor inseguridad jurídica.

Lo feo, la intención del Ejecutivo de implementar un Procedimiento Concursal Especial, cuya principal característica y “novedad” radica en que los trabajadores de la empresa deudora sin ser acreedores de ésta podrán iniciar concurso a su empleador⁴⁹. Y para no perder la costumbre y recordarnos que vivimos en la tierra del *perro muerto*, la intención de aquellos deudores (contribuyentes) que buscan cabecear las deudas contraídas con la SUNAT, utilizando acuerdos societarios para liquidar las empresas a pesar de su viabilidad y su posibilidad de continuación en el mercado, para luego solicitar la quiebra judicial y no cancelar sus deudas, apartándose así del Sistema Concursal, cuando éste lo busca es garantizar y facilitar (en teoría) el pago de dichas deudas⁵⁰.

5. A modo de conclusión

A más de año y medio de la anunciada quiebra del Banco de Inversión Lehman Brothers que originó el estallido de la crisis mundial y a casi dos años de las modificaciones a la LGSC (exceptuando el Decreto de Urgencia N° 061-2009), la pregunta es ¿qué

nos depara el futuro en materia concursal? Quizás la respuesta sea la misma de hace muchos años que el Sistema Concursal será poco utilizado por las empresas que quieran reestructurarse, pues lo harán de manera privada y aquellas que quieran liquidarse acudirán al INDECOPI.

A ello, podemos sumarle que en los últimos meses la LGSC ha sido objeto de una modificación importante referida a los acreedores vinculados (Decreto de Urgencia N° 061-2009) y ni que decir del Proyecto de Ley sobre la incorporación de un nuevo Procedimiento Concursal llamado “Especial” que compromete con interrumpir y derrumbar lo poco avanzado hasta ahora en nuestro Sistema Concursal.

Lo que hemos querido resaltar en este trabajo, es la forma cómo se dejaron pasar grandes modificaciones que de alguna manera pudieron repercutir y revolucionar positivamente nuestro poco utilizado Sistema Concursal.

Las modificaciones ocurridas a través del Decreto Legislativo N° 1050 son positivas, pero insuficientes y no guardan relación con lo señalado en el segundo y último párrafo de los considerandos del referido Decreto Legislativo que señala que esta norma requiere mejorar el marco normativo “[...] estableciendo un ambiente apropiado para el fomento del comercio y la inversión privada”, pues el Sistema Concursal sigue siendo netamente liquidatorio con pocas posibilidades para que el inversionista pueda cobrar sus acreencias.

Somos de la idea que con el transcurrir del tiempo será necesario adoptar los cambios planteados, ya que si se quiere que el Sistema Concursal deje atrás ese carácter liquidatorio es necesario adoptar cambios radicales y cuando dicho momento llegue esperamos estar preparados para darnos cuenta de ello.

48 A diciembre de 2009, en el cuarto trimestre ingresaron 112 expedientes principales que solicitaron el inicio de algún Procedimiento Concursal, de los cuales el 95% corresponden a solicitudes presentadas por los acreedores; en el tercer trimestre de los 112 casos que ingresaron a concurso, el 98% a pedido de los acreedores; en el segundo trimestre de los 87 ingresados, el 91% a pedido del acreedor; y en el primer trimestre ingresaron 107 expedientes principales, el 95% corresponden a pedidos de los acreedores. <http://www.indecopi.gob.pe/destacado-competencia-comisiones-cco-estad.jsp#>

49 Alfredo Bullard, nombra a este nuevo procedimiento como uno de “expropiación especial”, calificativo no muy lejos de la verdad. Ver: <http://www.semanaeconomica.com/users/46135-alfredo-bullard/blogs#>

50 Diario Gestión del 19 de octubre de 2009.