

A propósito de un error corregido

El tratamiento de las obligaciones afianzadas y avaladas en el proceso concursal peruano

Aldo Reggiardo Denegri(*)
Abogado.

1 Introducción.

No cabe duda que el Decreto Legislativo No.845, Ley de Reestructuración Patrimonial, ha sabido resolver un gran número de los problemas que enfrentaron los operadores de la antigua Ley de Reestructuración Empresarial durante su vigencia. Por ello, es mayoritariamente aceptado lo beneficioso de su promulgación.

Los principios que inspiran la nueva norma buscan otorgar a las empresas que no pueden hacer frente a las obligaciones que hubieran contraído, aquellas herramientas que le permitan generar una reconversión económica en su interior para así superar la crisis en la que se encuentran. Con ello tienen la posibilidad de afrontar, con expectativas, las exigencias que representa competir en una economía de libre mercado; o de lo contrario obtener una salida del mercado lo menos perjudicial posible para la propia empresa como para los agentes económicos que pudieran verse perjudicados con su salida.

La nueva norma contempla aquellas reformas necesarias en los procedimientos de declaración de insolvencia, de reconocimiento de créditos y, en

general, en todos los aspectos vinculados al desarrollo del proceso concursal, con el objeto de reducir los costos de los procesos de reconversión económica, descentralizar y amplificar los efectos y beneficios de la legislación en materia concursal, e incorporar al ámbito de aplicación de la legislación concursal a aquellos sectores que antes no se encontraban comprendidos en ella⁽¹⁾.

Dentro de la óptica adoptada por la nueva norma, el presente trabajo pretende analizar el tratamiento otorgado a las obligaciones accesorias en la derogada Ley de Reestructuración Empresarial y en la nueva Ley de Reestructuración Patrimonial y, en especial, el tratamiento dispensado por éstas al contrato de fianza y al aval.

Por ello, tomamos como excusa una norma que consideramos muy positiva para analizar uno de los cambios fundamentales introducidos por ésta en favor del desarrollo y eficiencia del sistema concursal peruano, como es el tratamiento de las relaciones entre los fiadores de una persona en estado de insolvencia, los acreedores de ésta, y la regulación legal de dichas relaciones.

(*) Agradecemos los comentarios de los doctores Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Cárdenas Quirós y José Juan Haro Seijas formulados al presente trabajo.

(1) Exposición de Motivos de la Ley de Reestructuración Patrimonial publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 21 de setiembre de 1996. p.142775.

2 El sistema de garantías.

El desarrollo de nuestro mundo en la edad contemporánea, a raíz de la Revolución Industrial en la Europa del siglo XVIII⁽²⁾ trajo, entre muchos cambios sustanciales, la reformulación de los esquemas de producción de bienes, y como consecuencia de ello, en la forma de transferir los mismos. La abundancia de determinados bienes y su producción de forma masificada, en tiempos relativamente cortos, produjo alteraciones en la forma de negociación de los bienes en el mercado.

La producción en serie influyó de manera cualitativa en la estructura del mercado y en la regulación de éste por parte del Derecho, debido a que la mayor cantidad de bienes en el mercado produjo que se realizaran mayores transacciones comerciales de los mismos y, por consiguiente, que aumentaran las posibilidades de que se produjeran fraudes e incumplimientos en las transacciones y transferencias de los bienes. Es en dicho contexto que el Derecho tuvo que reestructurarse para asimilar esta avalancha de cambios con el objetivo de otorgar a los agentes del mercado aquellas seguridades mínimas para que sus transferencias pudieran realizarse de la manera más segura posible, pero que a su vez este cambio no implicara un aumento en los costos de las transacciones.

La economía de libre mercado tiene como uno de sus objetivos fundamentales dinamizar el libre intercambio de bienes y servicios, con el propósito de maximizar la utilización de los bienes escasos y permitir que éstos lleguen a quienes más los valoran. Para ello, se necesita contar con un ordenamiento jurídico acorde con dicho objetivo, que pretenda la satisfacción de necesidades en base al libre cambio

de bienes y servicios de la forma menos onerosa posible y con las mayores seguridades para las personas que intervienen en él.

El contrato representa, en ese sentido, el vehículo jurídico a través del cual los individuos pueden proveerse de bienes y servicios en el mercado. Por ello, mientras más seguros sean los sistemas contractuales, los individuos se verán con mayores incentivos para celebrar contratos de intercambio⁽³⁾. Allí radica la importancia del sistema jurídico, pues si a través de éste no se otorgan a los particulares las mayores garantías para el cumplimiento de las transacciones, de modo tal que vean cumplidas y satisfechas sus expectativas e intereses respecto de las transacciones efectuadas, simplemente las posibilidades de que se cumpla con el objetivo planteado resultan siendo simples falacias.

Torres López ha señalado acertadamente que el contrato se manifiesta, esencialmente, como una fase de la actividad del crédito y de allí que sea esencial la disposición de un elemento disuasorio frente a la tentación de las partes de no culminar la transacción cuando éste no conlleva un intercambio simultáneo de derechos y obligaciones. La no simultaneidad concede a una de las partes una “ventaja estratégica”, con la cual puede obtener un pago o una contraprestación que vicia automáticamente las condiciones iniciales en que se diseñó el intercambio⁽⁴⁾.

El temor generado por la posibilidad de que se incumpla un contrato genera dos efectos colaterales. El primero, la no celebración de contratos de intercambio de bienes y servicios por el temor al flagrante incumplimiento del contrato por parte del deudor, lo que atentaría directamente contra la lógica del objetivo fundamental del mercado, es decir, el intercambio de bienes y

- (2) “Antes del siglo XVIII ya se invertían grandes capitales en la industria y en el comercio, y los fenómenos tan modernos de la producción en masa no eran desconocidos. Y así debía ser, puesto que ningún pueblo, en ninguna época, podía pasar repentinamente de una economía primitiva y simple a otra tan compleja como la actual. Por esta razón, el término Revolución Industrial no se considera correcto, pues más que de revolución se trata de una evolución acelerada especialmente a partir del siglo XVIII. Sin embargo, y atendiendo al papel decisivo que desempeñaron los grandes inventos del siglo XVIII y XIX, la denominación Revolución Industrial, introducida por el economista francés J.A. Blanqui, ha sido admitida”. *Enciclopedia Ilustrada Cumbre*. Tomo XI. Cumbre. p.193.
- (3) CANTUARIAS SALAVERRY, Luis Felipe. *Importancia y Función Económica del Sistema de Garantías Reales*. En: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Garantías. Materiales de enseñanza*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. p.27.
- (4) TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987. Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Luis Felipe. *Ibid.*: p.28.

servicios que permita asignar éstos a aquellos individuos que los valoren más que otros⁽⁵⁾. El segundo efecto del temor al incumplimiento generará, como es lógico, un incremento irreal en el valor de los bienes a intercambiar, pues se incorporará en éstos la valorización del temor a que se incumpla el contrato. Esta sobrevalorización de los bienes producto del ya mencionado temor al incumplimiento generará la celebración de transacciones ineficientes en la medida que el costo o valor de los bienes se incrementará innecesariamente⁽⁶⁾.

El sistema de garantías, el cual intentaremos definir seguidamente, se presenta así como el medio a través del cual se otorga al acreedor de una determinada prestación las herramientas necesarias para vencer la “ventaja estratégica” de incumplir por parte del deudor de una relación contractual. Es tal vez el balance necesario que permite que se realicen transacciones de intercambio con mayor eficiencia.

El sistema de garantías tiene como función primordial asegurar la satisfacción de un crédito y facilitar con ello el tráfico comercial. La necesidad de asegurar el cumplimiento o satisfacción de un crédito se puede deber a diversos motivos: puede responder al temor de cualquier acreedor ante la eventualidad de que su deudor devenga insolvente o, simplemente, a la intención por parte de aquél que goza de un derecho de crédito de obtener las mayores seguridades que le permitan evadir las consecuencias que le pudiera acarrear el incumplimiento por parte de aquél que se encuentra en estado de sujeción respecto a su derecho de crédito, vale decir, el deudor.

En dicho sentido, podemos entender por garantía a toda aquella medida adoptada por el tenedor de un crédito, destinada a asegurar la efectividad en el cumplimiento del mismo, pudiendo ésta responder a distintas características

y valorizaciones respecto de quién las adopta. La garantía, *per se*, amplía el ámbito del poder jurídico del tenedor de un crédito respecto de su posición original de acreedor del mismo; ésta agrega al crédito algo con lo cual, por sí mismo e inicialmente, no cuenta. Cabe decir, la posibilidad cierta de que el acreedor se dirija contra un determinado bien, objeto u cosa que le permita la satisfacción de su crédito, o que pueda obligar a la satisfacción del mismo a una persona distinta del obligado originalmente al cumplimiento de la deuda.

Existen numerosas clasificaciones respecto de las garantías, clasificándose según sus efectos, su naturaleza jurídica, etc. Entre las muchas clasificaciones que se tienen de las garantías, la más común es aquella que las divide entre “reales” y “personales”.

Las denominadas garantías reales son aquellas que otorgan al acreedor de una relación jurídica un poder que recae sobre tales o cuales bienes determinados, pudiendo pertenecer éstos al propio deudor o a terceros. Por su parte, las denominadas garantías personales son aquellas que conceden al acreedor el poder jurídico de dirigirse no sólo contra el patrimonio⁽⁷⁾ del deudor sino contra el de aquél que lo garantiza.

Otra de las clasificaciones que se puede hacer de las garantías es la de dividir las en accesorias y principales. Las primeras serán denominadas de dicha manera por cuanto guardan dependencia con una relación jurídica obligatoria preexistente y en función de la cual, y en su garantía, se pacta. En tal sentido, las garantías accesorias serán todas las que necesitan para su vigencia la existencia de una obligación válida y eficaz previamente pactada, la cual, a su vez, tendrá vigencia paralelamente con la garantía constituida. Por su parte, podremos hablar de garantías principales o autónomas, cuando se pacten relaciones jurídicas de garantía que no necesiten de la validez y eficacia de la obligación respecto de la cual surgieron y a la cual

(5) La “aversión al riesgo” producida por la posibilidad de que se presente un incumplimiento origina por lo general la obstrucción del tráfico de bienes evitando la maximización de los recursos, pues debido a su no circulación se evitará que éstos sean asignados eficientemente.

(6) CANTUARIAS SALAVERRY, Luis Felipe. *Op.cit.*; p.28.

(7) Para efectos del presente trabajo se entenderá como patrimonio el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una determinada persona. Es decir, la universalidad jurídica compuesta por los “activos y pasivos”.

garantizan. Por ello, si tal obligación resulta nula o deviene en ineficaz por cualquier causa, éstas mantiene su vigencia.

Una tercera clasificación que podemos realizar respecto de las garantías, es la que deriva del origen de las mismas. Así, podemos señalar como convencionales a aquéllas cuyo origen derive de la voluntad de los particulares, mientras que, serán garantías legales aquéllas cuyo origen sea determinado por una norma jurídica expresa que las crea y consagra. Finalmente, tenemos a aquellas garantías que surgen por imperio de un mandato judicial; estas son las denominadas garantías judiciales.

Sin embargo, para los objetivos que pretendemos alcanzar con el presente trabajo consideramos pertinente centrar la atención en aquella clasificación que distingue a las garantías en autónomas y accesorias.

3 El contrato de fianza.

El contrato de fianza puede ser definido como aquel negocio jurídico en virtud del cual una persona, denominada fiador, se obliga frente al acreedor de una relación jurídica preexistente a cumplir una prestación pactada en garantía de una obligación ajena a su esfera jurídica, la misma que tendrá que ejecutarse en el supuesto que el deudor no cumpla con la obligación que se garantiza.

Como puede verse, la relación jurídica derivada del contrato de fianza vincula de forma directa al fiador con el acreedor, estando el primero obligado a cumplir una prestación, ya sea de dar, hacer o no hacer, en el supuesto que se presente el incumplimiento por parte del deudor de la obligación garantizada. Esta relación jurídica se configura como una garantía, personal y accesorio, que surge como consecuencia de la celebración de un contrato entre el acreedor y un tercero que, de

esta manera, garantiza una obligación ajena.

La relación jurídica obligatoria derivada del contrato de fianza, al igual que toda relación jurídica obligatoria, “se halla constituida por el conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tiende a dotar de efectividad al derecho del acreedor⁽⁸⁾”. En tal sentido, el acreedor de una determinada relación obligatoria tiene como tutela de su interés la potestad de dirigirse, en tanto se produzca el incumplimiento del deudor de la misma, contra todo el patrimonio del deudor, tanto contra sus bienes presentes como futuros. Como es de notar, las nociones de débito y responsabilidad, como lo señala Hernández Gil⁽⁹⁾, coexisten en toda relación obligatoria siendo que la responsabilidad sólo se pone en marcha en el supuesto que haya una transgresión al deber de cumplir con la obligación por parte del deudor.

La relación jurídica obligatoria que contiene el contrato de fianza, en cambio, por su propia naturaleza accesorio, no obstante poseer los elementos señalados por Hernández Gil, sólo podrá “actuarse” en el supuesto del incumplimiento de la obligación principal.

Respecto a la regulación del contrato de fianza, el profesor Carlos Cárdenas Quirós señala que el Código Civil peruano⁽¹⁰⁾ concibe a la fianza como una relación jurídica independiente y distinta de la obligación que garantiza, a diferencia de otros códigos como el italiano, argentino o suizo para los cuales el contrato de fianza es uno en virtud del cual el fiador se constituye como un tercero convencionalmente previsto para hacerse cargo de la deuda no satisfecha por el deudor⁽¹¹⁾. De manera tal que se le exige a éste que el contenido de la relación obligatoria esté constituido, en principio, por una prestación idéntica a la que debe ser ejecutada por el deudor en el marco de la obligación afianzada.

(8) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983. pp.73-74. Citado por CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Estudio de Derecho Privado*. Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994. p.592.

(9) *Ibid.*; p.593.

(10) Artículo 1868.- Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir de terminada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor. La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor sino de otro fiador.

(11) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op.cit.*; p.597.

Para Cárdenas lo regulado por el código peruano, convierte al fiador en un verdadero deudor ante el acreedor, respecto de una prestación propia que deberá satisfacer si el deudor no ejecuta la suya. Añadiendo que el fiador es responsable del cumplimiento de la prestación que ha asumido en garantía de la ejecución de la prestación del deudor contraída por éste en el marco de la obligación principal⁽¹²⁾.

El contrato de fianza, como ya se señaló, tiene un carácter accesorio respecto de una obligación que preliminarmente podemos calificar de principal, por cuanto resulta siendo un “negocio jurídico accesorio, que supone necesariamente una deuda principal que garantizar⁽¹³⁾”. “El carácter subsidiario de la obligación del fiador deriva de su subordinación al hecho de que el deudor afianzado no pague y tenga que hacerlo en su lugar⁽¹⁴⁾”. Tradicionalmente se señaló como consecuencia del carácter accesorio del contrato de fianza, que el fiador no podía obligarse a una carga más onerosa o pesada que la consignada en la obligación a la cual garantizaba. Podía obligarse de forma menos gravosa, pero de ninguna manera de forma más gravosa. De igual forma, se señalaba que en caso la obligación garantizada se extinguiera por cualquier causa, la fianza pactada en garantía de dicha obligación resultaba de igual forma extinguida.

En su origen, la fianza fue entendida como aquella garantía prestada por un individuo, por la cual se equiparaba a éste con un codeudor solidario de la obligación garantizada. Más adelante, sin embargo, la visión original de la garantía fue evolucionando hasta configurarse su actual carácter accesorio. Se entendió que no era apropiado exigir de forma solidaria -sin haberlo declarado de tal forma el fiador- la ejecución de su patrimonio personal, sin antes haberse intentado la ejecución del patrimonio del deudor original.

De igual forma se definió lo que hoy conocemos como el beneficio de división, por cuanto se entendió que, en caso de existir pluralidad de fiadores, era justo que se permitiera pagar a cada uno de estos una parte proporcional de la garantía prestada, otorgándoles la facultad de liberarse de la obligación asumida tan pronto como cubriesen dicha parte.

Sin embargo, la realidad económica, así como la práctica mercantil y el incremento de las transacciones de intercambio, rescataron el carácter necesario de la “solidaridad” en la fianza, por cuanto la frecuencia de las transacciones compelió a los empresarios a conseguir las mejores garantías para sus operaciones comerciales.

Así, en la actualidad contamos con dos tipos de fianza, a saber, la denominada fianza simple que otorga los beneficios de excusión y de división para los fiadores, y la fianza solidaria, la misma que se constituye como una garantía mejor para el acreedor que la mera fianza simple porque aproxima la situación del fiador a la de un deudor solidario.

La solidaridad desempeña el papel de una garantía eficacísima, puesto que le permite al acreedor reclamar la totalidad de la deuda, *solidum*, a uno cualquiera de los codeudores; de tal suerte que el acreedor no tiene que sufrir la insolvencia de uno o de alguno de los codeudores; es suficiente con que sea solvente uno para que el acreedor pueda ser pagado íntegramente. La fianza y la solidaridad le permiten entonces a un deudor aumentar su crédito⁽¹⁵⁾.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que aún cuando la fianza tenga carácter solidario, su naturaleza sigue siendo accesorio. En este sentido, Vélez Sarfield⁽¹⁶⁾ ha señalado que “la solidaridad a la cual el fiador puede someterse, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesorio, y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. La fianza solidaria queda reglada por las reglas de la simple fianza, con excepción de la privación del beneficio de excusión y de división”.

(12) *Ibid.*; p.599.

(13) MAZEAUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. 3a.parte. Vol. I. Buenos Aires:Europa- América. p.29.

(14) DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1995. p.545.

(15) MAZEAUD, Henry, León y Jean. *Op.cit.*; p.66.

(16) VÉLEZ SARFIELD, citado por GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte Especial*. Tomo II. Buenos Aires: Universidad, 1988. pp.563-564.

4 El aval.

El aval, como señala Xavier Añoveros, “es quizás la figura cambiaria de mayor importancia de entre las instituciones para conseguir un mayor fortalecimiento en la observación y acatamiento de la obligación de pago de un instrumento cambiario⁽¹⁷⁾”.

La importancia del aval reside en que esta figura cambiaria se presenta como la garantía en el pago de un título valor a través de la cual una determinada persona (avalista) asume, por su cuenta y riesgo, una obligación cambiaria de pago, en garantía de una obligación surgida con anterioridad a la declaración del avalista. El avalista surge así, garantizando el pago



de una letra de cambio o un pagaré a favor del obligado directo (aceptante) o de los obligados en vía de regreso (endosantes, libradores), debido a lo cual se convierte en responsable cambiario del título valor garantizado.

“El aval es el acto convencional de disposición mercantil, escrito, consignado en la misma letra de cambio, consistente en una declaración cambiaria por la que se constituye una fianza personal, solidaria, por cuyo mérito, un tercero extraño a la relación cambiaria (avalista), contrae la obligación accesoria⁽¹⁸⁾ y relativamente subsidiaria de pagar la letra en los mismos casos y formas que la persona afectada a la cambial, por quien salió garante (avalado) sea en forma limitada en tiempo, caso, cantidad o persona determinada que exija su pago⁽¹⁹⁾”.

El aval, es pues, una garantía que únicamente cumple su función dentro del mundo de las relaciones jurídicas cambiarias, aunque por cierto, no se presenta en el universo de las mismas.

El avalar una letra de cambio o un pagaré origina el robustecimiento de la confianza en que la letra o el pagaré será pagada; y en ocasiones incrementa la posibilidad de que sea descontada⁽²⁰⁾ o transmitida. Según Broseta Pont, el aval aparece en el tráfico cambiario como una declaración escrita por medio de la cual quien la consigna garantiza la obligación que soporta otro obligado cambiario como librador, endosante o, más corrientemente, como librado⁽²¹⁾.

El aval, como una relación jurídica eminentemente cambiaria, tiene que guardar determinados requisitos formales. Por ello, como se señaló líneas arriba, su existencia depende necesariamente de

(17) AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xavier. *El Aval Cambiario. Estudios de Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas, 1990. p.20.

(18) La accesoria a la que se hace referencia, no debe ser entendida como la accesoria de una obligación en materia civil o comercial a la cual se ha hecho alusión para el caso del contrato de fianza. Para los efectos del desarrollo de esta parte del trabajo, deberá entenderse por accesoria la relación cambiaria derivada del aval, en el sentido que la misma surge formalmente como garantía de una relación cambiaria de existencia previa. Por ello, en ningún caso, deberá entenderse a ésta como una relación jurídica accesoria en los términos en los que se emplean para las relaciones jurídicas civiles.

(19) PINTO RUIZ, citado por AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xavier. Op.cit.; p.22.

(20) Entendemos por descuento a la operación financiera a través de la cual los tenedores de una letra de cambio la endosan y entregan a una entidad bancaria, de la que reciben de forma anticipada el importe de la misma obteniendo liquidez antes de la fecha de vencimiento de la letra de cambio. El importe recibido será menor que el consignado en la letra por cuanto el beneficio de la entidad bancaria se encuentra en la diferencia entre el valor consignado en la letra y el valor entregado anticipadamente a la fecha de vencimiento al tenedor de la misma, asumiendo ésta el cargo de cobrar la letra.

(21) BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. 6a.ed. Madrid: Tecnos,1986. p.595.

que se cumpla con la formalidad de firmar el instrumento cambiario que se garantiza, derivándose de esa misma acción la obligación, por parte de quien la realiza, de garantizar el pago de éste.

Así, a diferencia del librador, del aceptante y del endosante que están obligados al pago de la letra o del instrumento cambiario, en relación a la posición que ocupan en la misma -por cuanto cumplen una función cambiaria distinta: creación, satisfacción y circulación del título respectivamente-; el avalista garantiza el pago del título valor no porque interviene con interés en algunas de las funciones antes mencionadas, sino que interviene *motu proprio* sólo con el interés de asumir la obligación de pagar el monto adeudado por su avalado, que se encuentra consignado en el instrumento cambiario.

En sus inicios, tanto la legislación francesa como la española, que deriva de la primera en materia mercantil, identificaron al aval con el contrato de fianza, de una manera tal, que se igualó al aval en sus efectos y condiciones a éste. Tan cierto fue esto que se le denominó originalmente -y aún hasta ahora en determinadas legislaciones se usa el término- fianza cambiaria. Lo antes referido hizo que se identifique a la obligación del avalista, como una obligación accesoria a la principal, al igual que el contrato de fianza. Se señalaba que la falta de independencia de la obligación del avalista, como obligación accesoria a la principal, se acomodaba mejor a la naturaleza del aval, pues se indicaba que si el aval era una obligación que se asumía para garantizar otra, era lógico que no pudiera existir, nacer o subsistir cuando la obligación garantizada no existiera⁽²²⁾.

A diferencia de la legislación francesa y española, la legislación italiana concibió al aval como una relación jurídica autónoma e independiente de aquella a la cual garantizaba⁽²³⁾, toda vez que se entendió que, en sede del derecho cambiario o

cartular, la necesidad de impulsar la celeridad y la eficiencia de las transacciones con instrumentos cartulares, requería romper con el principio de accesoriedad de la relación de garantía planteada en sede civil, en el cual reside la regla jurídica de que lo “accesorio sigue la suerte de lo principal⁽²⁴⁾”.

Inicialmente, como se señaló, en España, siguiendo el modelo francés, se consideró al aval como un mero acto de afianzamiento del valor de la letra. Pero a decir del profesor Uría -refiriéndose a la ley española- “el sistema de la vigente ley cambiaria ya no permite continuar atribuyendo al aval la mera naturaleza o condición de fianza, aunque guarde evidentes similitudes con esta figura jurídica por ser el aval, como la fianza una garantía personal. Pero a diferencia de la fianza que tiene carácter de garantía rigurosamente accesoria que no puede existir sin una obligación principal garantizada, nuestra ley cambiaria configura al aval como garantía objetiva del pago de la letra, en el sentido de que tiene existencia autónoma e independiente de la obligación garantizada⁽²⁵⁾”.

En la actualidad, al aceptarse casi de forma unánime el carácter independiente y autónomo de la relación jurídica cambiaria derivada del aval, no resulta necesario para la validez de la misma, la intrínseca validez de la obligación cambiaria garantizada -bastando para tal efecto que la firma del avalado sea extrínsecamente regular-. En tal sentido, podríamos concluir que si por cualquier causa resulta siendo inválida la relación jurídica cambiaria que se encuentra garantizada por el avalista, la relación jurídica cambiaria de garantía de éste, subsiste, persistiendo por tanto la obligatoriedad de su cumplimiento. De igual forma, al quebrarse en sede cartular el principio accesorio, presente en las relaciones jurídicas de garantía en sede civil, las excepciones personales del avalado no podrán ser utilizadas por el avalista, siendo de

(22) GARRIGUES, Joaquín. *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo II. Madrid: *Revista de Derecho Mercantil*, p.456.

(23) *Ibid.*; p.45.

(24) *Accesorium sequitur principale*.

(25) URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. 19na.ed. Madrid: Marcial Pons, 1992. p.785.

alguna manera que la obligación asumida por éste presenta una accesoriedad de carácter puramente formal y aparente⁽²⁶⁾ al no poder hacer uso de las excepciones personales que podrían derivarse de la persona respecto a la cual garantiza.

Sánchez Calero⁽²⁷⁾, resaltando lo señalado respecto del carácter autónomo de la relación jurídica cambiaria de garantía (aval), manifiesta que “el régimen del aval choca frontalmente con el del contrato de fianza, en el que la accesoriedad entre la obligación del fiador y la obligación principal están presentes en todo momento (...)”.

En el Perú, nuestra Ley de Títulos Valores, Ley No.16587, regula la figura del aval desde el artículo 85 hasta el 88 inclusive. Del análisis de las referidas normas podemos arribar a conclusiones puntuales respecto de los efectos de su aplicación:

a) La primera conclusión es que la obligación del avalista subsiste en relación al pago de la letra de cambio, aun cuando la obligación garantizada fuera nula por cualquier causa, salvo que dicha sanción, la nulidad, se sustente en un vicio formal del título valor⁽²⁸⁾.

b) Una segunda conclusión es que el avalista no puede oponerle a quien tenga derecho a exigir el pago de la letra de cambio las excepciones personales que podría oponer su avalado.

c) La tercera conclusión de importancia que se puede anotar es que el avalista que paga la letra de cambio adquiere los derechos resultantes de la misma contra el avalado y los obligados en favor de éste que figuren en el título valor. En este caso, el avalista se subroga sólo en las garantías que pueda tener la letra de cambio, no abarcando la subrogación elementos que se refieran a la persona respecto de quien se presta el aval.

Finalmente, podemos concluir, preliminarmente, que para el caso de las relaciones jurídicas cambiarias de garantía, como el aval, es claro que

existe una relación de autonomía e independencia entre la obligación respecto a la cual se presta la garantía para el cumplimiento y la obligación cambiaria de garantía derivada del hecho de suscribir una letra de cambio o un pagaré como avalista de la misma.

En tal sentido, como lo indica la legislación nacional, la obligación cambiaria de garantía otorgada por un tercero en respaldo del cumplimiento en el pago del título valor garantizado derivada del acto de avalar, será exigible y absolutamente válida, aun cuando se dé el supuesto que la obligación a la cual se garantiza devenga en nula o inexigible, exceptuándose los casos que la nulidad provenga de causales de índole formal.

5 La insolvencia y el incumplimiento en el pago.

Cuando una persona, natural o jurídica, se encuentra en la imposibilidad de hacerse cargo de sus obligaciones habituales, se dice comúnmente que se encuentra en estado de insolvencia. La insolvencia se convierte así, en términos latos, en aquel estado económico por el cual un determinado deudor no puede pagar lo que adeuda dentro de los plazos previamente establecidos para ello. En tal sentido, será insolvente aquél que carece de los medios suficientes para responder por las obligaciones que tuviera y además que, paralelamente, careciera de bienes susceptibles de ser ejecutados para solventar la deuda contraída y no pagada.

No obstante la definición de insolvencia que hemos esbozado, es pertinente tener en consideración que este término es tal vez uno de los más complicados de definir, toda vez que ha sido utilizado de diversas formas y presenta distintas acepciones. Lo que sí es claro, y de ningún modo

(26) Loc.cit.

(27) SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones del Derecho Mercantil*. Tomo II. 18a.ed. Revista de Derecho Privado. p.86.

(28) Artículo 85.- El pago de la letra puede ser garantizado, en todo o en parte, mediante aval. El aval puede ser otorgado por cualquiera de los que intervienen en la letra de cambio, excepto el aceptante, o por un tercero. El avalista queda obligado de igual modo que aquél por quien prestó el aval; y su responsabilidad subsiste aunque la obligación garantizada fuere nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma. El avalista no puede oponer al portador de la letra de cambio las excepciones personales de su avalado.

debe prestarse a confusión, es que la insolvencia difiere conceptualmente del incumplimiento.

La insolvencia, como se mencionó, deviene de la imposibilidad por parte del deudor de responder por las obligaciones contraídas; mientras que el no pago o incumplimiento en el pago se produce cuando el deudor no cumple con la obligación contraída, ya sea porque es insolvente o porque no paga por cualquier otra causa que no se derive directamente de su propia insolvencia. El ser insolvente aumenta las posibilidades de que el incumplimiento se presente; sin embargo, dicho cumplimiento puede darse aun cuando no sea insolvente.

En la generalidad de situaciones en que se presenta el supuesto de incumplimiento por parte del deudor, su acreedor tendrá la facultad o el derecho reconocido por el ordenamiento jurídico de exigirle a su deudor, a través de la vía jurisdiccional, el cumplimiento forzoso de lo adeudado, o constreñirlo al pago de una indemnización que repare el perjuicio ocasionado. Como bien señala Broseta Pont, “la responsabilidad patrimonial del deudor pone de manifiesto la existencia de un poder o derecho de agresión del que es titular el acreedor insatisfecho, en cuya virtud puede invadir, previa solicitud e intervención judicial, el patrimonio privativo del deudor, para, con cargo a él, obtener el cumplimiento o la satisfacción forzosa de un derecho desatendido por éste⁽²⁹⁾”.

En nuestro país, el Código Civil otorga al acreedor, en su artículo 1219 inciso 1⁽³⁰⁾, la facultad para iniciar un procedimiento de ejecución forzada en contra del deudor que hubiera incumplido con pagar la obligación a su cargo en forma oportuna, íntegra e idéntica⁽³¹⁾. Como puede observarse, legislativamente nuestro Código Civil ha plasmado la posibilidad de exigir individualmente el cumplimiento de la prestación adeudada, a través de la vía jurisdiccional. Parece claro, que el supuesto

previsto en el artículo mencionado hace referencia a la ejecución individual a la que tiene derecho todo acreedor cuando se cumplen los presupuestos para su procedencia, de tal suerte que un deudor, que tuviera adeudos pendientes con más de un acreedor, podría verse sometido a tantos procesos de ejecución individual como acreedores tuviese. De esta primera conclusión derivan algunas preguntas obvias: ¿qué hacer cuando un solo deudor es “atacado” por más de un acreedor al mismo tiempo? y ¿quién tiene derecho de cobrar antes y por qué?

Las respuestas a las interrogantes planteadas, han sido resueltas desde hace mucho tiempo atrás. Así, el Derecho ha considerado necesario privilegiar al acreedor diligente en su actividad de cobro frente a aquellos que no lo son. Es en tal consideración que la ejecución individual se encuentra sustentada en el principio jurídico de “primero en el tiempo primero en el derecho⁽³²⁾”, que encuentra sentido, justamente, en el privilegio a la diligencia y eficiencia de un acreedor frente a otro. Como bien señala Uría “el sistema de prioridad en el tiempo -*prior in tempore potior in iure*- favorecería a los acreedores más diligentes, más rápidos o mejor informados⁽³³⁾”, en obvio perjuicio de los que no lo fueran.

Es claro, que en el supuesto que el deudor fuera solvente, los acreedores podrán cobrar sus créditos sólo viéndose perjudicados por el retraso en el cobro, perdiendo en muchos casos el costo de oportunidad de los mismos; pero, en cualquier caso, puede ser un perjuicio relativamente manejable a diferencia del perjuicio que representaría no poder cobrar lo adeudado.

Sin embargo, cuando un deudor resulta insolvente y no puede satisfacer al mismo tiempo a todos sus acreedores, o éstos no pueden recuperar los adeudados a través de la ejecución de los bienes de su deudor, resulta poco justo que el principio esbozado para las ejecuciones

(29) BROSETA PONT, Manuel. Op.cit.; p.646.

(30) Artículo 1219.- Es efecto de la obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1.-Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado(...).

(31) HARO SEIJAS, José Juan. *Confusión de Confusiones: La reestructuración empresarial de la personas naturales*. En: *Thémis. Revista de Derecho*. 2da. época, Lima, No.31. p.270.

(32) *Priori in tempore, potior in iure*.

(33) URÍA, Rodrigo. Op.cit.; p.950.

individuales⁽³⁴⁾ perdure. El perjuicio al resto de acreedores cuyos créditos no hubieran vencido o habiendo vencido hubieran iniciado su proceso de ejecución con posterioridad a los que cobraron, se haría manifiesto, en tanto esto representaría el perjuicio del grueso de acreedores en favor de sólo un grupo de ellos.

La nueva legislación ha entendido que el marco legal de protección del patrimonio de la insolvente es extensible sólo y únicamente a ésta, no siendo por ello aplicable la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones de la insolvente a los terceros garantes de ésta.

Como señala acertadamente Broseta Pont, “el aplicar el sistema de las ejecuciones singulares o aisladas en estos supuestos, conduciría al injusto resultado de que tan sólo pudieran cobrar unos pocos, normalmente los más cercanos al deudor, o los primeros en ejecutar, volatilizándolo en su beneficio, y en perjuicio de los restantes, la garantía patrimonial del deudor, la cual, por el contrario, debe operar en favor de todos los acreedores⁽³⁵⁾”. En igual sentido se ha expresado Uría al señalar que “una exigencia de justicia obliga a sustituir las ejecuciones individuales por otro tipo de

procedimientos de carácter colectivo en los cuales se tutelen los intereses de todos los acreedores⁽³⁶⁾”.

Para salvar el problema del supuesto planteado precedentemente, los distintos ordenamientos jurídicos⁽³⁷⁾ han previsto un procedimiento de ejecución patrimonial del deudor de forma colectiva, general o concursal.

Se denomina procedimiento colectivo porque no se desarrolla en beneficio de uno o de determinados acreedores sino de la totalidad de ellos⁽³⁸⁾. Lo que se pretende es evitar el perjuicio del grueso de acreedores que quedarían impagos en el supuesto de insolvencia del deudor. Es en busca de tal objetivo que la normatividad ha visto por conveniente reemplazar el sistema de ejecución individual por un sistema de ejecución colectiva en el cual se privilegia la problemática del grueso de acreedores y no de sólo una parte de éstos. Los procedimientos de ejecución colectiva a diferencia de los procedimientos de ejecución individual se rigen por el principio *par conditio creditorum*, según el cual todos los acreedores concurren en igual medida sobre el patrimonio del deudor, entendiéndose vencidas aun aquellas obligaciones que debieran pagarse después de que se verifique el estado de imposibilidad en el pago -insolvencia-⁽³⁹⁾.

La ejecución colectiva se enmarca dentro de una serie de principios⁽⁴⁰⁾ que resultan necesarios de mencionar. Uno de éstos principios es el denominado principio de la universalidad del patrimonio. Este principio determina que todo el

(34) El principio de primero en el tiempo primero en el derecho fue graficado por HEDEMANN, al citar un viejo proverbio alemán del siglo XII que señalaba: El que primero que llega al molino es el que primero muele. Citado por MIQUEL. *La retroactividad de la quiebra*. Buenos Aires: Depalma, p.8. Citado a su vez por HARO SEIJAS, José Juan. Op.cit.; p.270.

(35) BROSETA PONT, Manuel. Op.cit.; p.647.

(36) URÍA, Rodrigo. Op.cit.; p.950.

(37) “Aunque en teoría los interesados en la ejecución del deudor podrían convenir la mejor solución de sus intereses, las corporaciones de mercaderes primero y el estado después, han tenido que intervenir creando procedimientos que lograron el óptimo de satisfacción, objetivo imposible si se deja a la libre iniciativa de cada acreedor”. VINCENT CHULIA, Francisco. *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*. 2a.ed. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1986. p.757. La cita precedente refleja la evolución seguida para llegar a los procedimientos de ejecución colectiva. No obstante, resulta cierto que el estado interviene para la regulación de los procesos de ejecución colectiva, para el caso específico del Perú, la regulación del procedimiento concursal es supervisada por el estado a través de la Comisión de Salida del Mercado del Instituto Peruano de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI-. Sin embargo, su función se sujeta a la libre determinación de los agentes intervinientes en el proceso concursal en especial de quienes son, a la postre, los que dirigen el procedimiento concursal.

(38) TONON, Antonio. *Derecho Concursal. Instituciones Generales*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma. p.27.

(39) HARO SEIJAS, José Juan. Op.cit.; p.271.

(40) Broseta Pont señala que las características fundamentales de la ejecución colectiva son dos. Recaer sobre todo el patrimonio del deudor y, someter a la totalidad de los acreedores a la comunidad de pérdidas que pueda derivarse de la insolvencia. BROSETA PONT, Manuel. Op.cit.; p.647.

patrimonio del deudor queda adscrito a la ejecución colectiva. De igual forma, se habla del principio de colectividad de pérdidas, en virtud del cual se entiende que la generalidad de acreedores sufre el perjuicio originado en el deudor común, debiendo distribuir las entre todos los perjudicados. Finalmente, se habla de la intensificación de las garantías de defensa del interés del acreedor frente al deudor. Algunos autores denominan a este principio “desapoderamiento del deudor”, señalando que, con la declaratoria de insolvencia el fallido pierde la facultad de administrar y disponer de sus bienes⁽⁴¹⁾. Este principio tiene fundamento, modernamente, en el control que ejerce la convocatoria de acreedores o junta de acreedores por sobre el deudor, pudiendo en muchos casos verse desapoderado de sus bienes o relevado de la administración de los mismos como una garantía de que su patrimonio no se vea perjudicado aun más.

El presupuesto objetivo para que se dé inicio a un procedimiento de ejecución colectiva o concursal es que el deudor se encuentre en insolvencia⁽⁴²⁾. En tal virtud, resulta necesario aclarar lo que se ha entendido jurídicamente por insolvencia en sentido estricto y los distintos matices que puede tener dicho término desde la óptica jurídica.

Para Jean Guyenot, el insolvente es el deudor que no paga porque su pasivo supera a su activo⁽⁴³⁾. En tal sentido, la insolvencia presupone, jurídicamente hablando, una situación o estado patrimonial en la cual el deudor no puede satisfacer a sus acreedores en el momento en que ellos pueden exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, por cuanto el grueso de sus activos es inferior a los pasivos con

los que cuenta.

Muchos autores de la doctrina nacional e internacional, hacen un distinguo entre lo que denominan insolvencia provisional o transitoria, e insolvencia absoluta o definitiva. La primera es el mero estado de iliquidez del deudor por el cual no puede afrontar de forma inmediata el pago de una obligación pendiente mientras que la segunda, como señala Ferrero Diez Canseco, se presenta cuando el valor de los bienes del deudor es inferior al importe de sus deudas⁽⁴⁴⁾.

La insolvencia relativa o provisional es menos grave porque, al ser el activo mayor al pasivo, la mera iliquidez patrimonial resulta sólo una causa eventual que pasajeramente impedirá cumplir con las obligaciones de pago. La insolvencia absoluta, en cambio, es sumamente grave por que supone el desequilibrio entre los valores patrimoniales activos y pasivos, que implica necesariamente la existencia de un pasivo superior al activo, es decir, la existencia de un desbalance que se refleja en la impotencia del patrimonio para solventar íntegramente las deudas contraídas⁽⁴⁵⁾.

Nuestra actual ley concursal, Decreto Legislativo No.845, -Ley de Reestructuración Patrimonial-, al igual como lo previó la antigua Ley de Reestructuración Empresarial, determina un presupuesto objetivo para declarar la insolvencia de una persona determinada ya sea por parte de sus acreedores o de ella misma. El artículo cuarto de la Ley de Reestructuración Patrimonial señala que “uno o varios acreedores impagos cuyos créditos superen en total el equivalente a cincuenta unidades impositivas tributarias vigentes a la fecha en que se efectúa la solicitud, podrán solicitar la declaratoria de insolvencia de una persona natural

(41) TONON, Antonio. Op.cit.; p.111.

(42) En la doctrina y la legislación comparada no existe unanimidad respecto a que la insolvencia sea, como quiera que ésta estuviere definida, el presupuesto objetivo respecto del cual se determine el inicio del procedimiento de ejecución colectiva. En algunas legislaciones se habla indistintamente de la cesación en los pagos, o la suspensión en los pagos como los presupuestos de inicio del procedimiento concursal. Sin embargo, para los objetivos del presente trabajo y en relación con lo que dispone la normatividad nacional bastará con determinar los alcances del término insolvencia. Para mayor información respecto del tema se puede consultar VINCENT CHULIA, Francisco. Op.cit.; p.789.

(43) GUYENOT, Jean. *Curso de Derecho Comercial*. Vol.II. Buenos Aires: Europa-América. p.956.

(44) FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. *Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial*. En: *Derecho*. Lima, No.47, diciembre de 1993. p.390.

(45) URÍA, Rodrigo. Op.cit.; p.949.

(46) La Comisión a que se hace referencia en la Ley es a la Comisión de Salida del Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, o a quien haga sus veces con sujeción a un convenio de delegación de funciones.

o jurídica en la Comisión (...)»⁽⁴⁶⁾. Para el caso de la declaración de insolvencia a propia solicitud de la persona, el artículo quinto de dicha norma señala que “cualquier persona natural o jurídica, sociedad irregular, podrá solicitar la declaración de su insolvencia ante la Comisión, siempre que acredite tener pérdidas que hayan reducido su patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte”.

Como se puede apreciar, la legislación nacional ha tomado como presupuestos para la declaratoria de insolvencia criterios estándar respecto de los cuales los supuestos insolventes deberán desvirtuar si efectivamente se encuentran o no en una situación patrimonial deficitaria que no les permita hacerse cargo de la totalidad de sus deudas.

Una vez presentada la solicitud de insolvencia, y verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, se prevé un plazo máximo de diez días para que el supuesto insolvente acredite su capacidad de pago. En el caso que el deudor llegase a demostrar fehacientemente su capacidad de pago, la Comisión emitirá una resolución declarando la improcedencia de la solicitud de insolvencia. Si el deudor no logra acreditar su capacidad de pago la Comisión declarará su estado de insolvencia.

Un efecto inmediato que se produce con la declaratoria de insolvencia es la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones pendientes del deudor. A diferencia de lo previsto en la legislación anterior, que decretaba la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor sólo una vez que la junta de acreedores hubiese decidido en torno a la reestructuración, la liquidación extrajudicial o la quiebra del insolvente; la actual ley ha adelantado el marco de protección legal del patrimonio del deudor, lo cual implica la suspensión de la ejecución de cualquier procedimiento judicial o administrativo dirigido a ejecutar el patrimonio del deudor y su acumulación al procedimiento concursal.

En lo que sigue del presente trabajo intentare-

mos analizar la injerencia de la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones de los acreedores de la insolvente en los terceros fiadores tanto civiles como cambiarios de acuerdo a lo previsto por Ley de Reestructuración Empresarial. Así como el tratamiento que le da la nueva norma a los terceros fiadores una vez instaurado el marco de protección legal del patrimonio de la insolvente en la nueva Ley de Reestructuración Patrimonial.

6 El tramamiento de las finanzas civiles y cambiarias en el proceso concursal peruano.

6.1 El Decreto Ley No.26116, Ley de Reestructuración Empresarial.

El artículo 10 de la Ley de Reestructuración Empresarial señalaba que los procesos seguidos contra una empresa declarada insolvente, cuyos acreedores optaran por reestructurar a la misma, debían de suspenderse, fueran éstos de naturaleza judicial, arbitral o coactiva.

Sin embargo, tanto el referido artículo 10 de la Ley de Reestructuración Empresarial como el artículo 18 del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Supremo No.044-93-EF, no indicaban nada respecto del tratamiento a seguir contra aquellas obligaciones pactadas en garantía de las obligaciones de la insolvente.

No obstante ello, el criterio que adoptó la denominada por ese entonces Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del INDECOPI -en adelante la Comisión- fue el de suspender los procesos dirigidos contra la propia insolvente y, adicionalmente, suspender los procesos tramitados contra los garantes de las empresas insolventes que se encontrasen involucradas en procesos de reestructuración de su patrimonio empresarial.

Cabe señalar que la suspensión de los

procesos seguidos en contra de los garantes de las empresas insolventes, fue un tema de intenso debate tanto para la propia Comisión como para los abogados involucrados en el proceso concursal en nuestro medio, debido fundamentalmente, al vacío que presentaba la norma en este supuesto de hecho.

El criterio de la Comisión guardó estrecha coherencia y relación con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de Reestructuración Empresarial, el mismo que señalaba que a partir de la fecha de inicio del proceso de reestructuración empresarial, se suspendía la exigibilidad en el pago de las obligaciones que tuvieran pendientes las empresas comprendidas en el proceso de reestructuración con sus acreedores, las que quedaban sujetas al plan de reestructuración que determinaba la junta de acreedores.

En tal sentido, si se suspendía la exigibilidad de la obligación principal en virtud de lo acordado por la junta de acreedores dentro del proceso de reestructuración empresarial, tal y como lo señalaba la norma, ello importaba que los acreedores de las obligaciones referidas no estuvieran habilitados para solicitar el cumplimiento de éstas. La lógica consecuencia que se derivaba de ello, era la suspensión de la exigibilidad de la obligación accesoria de garantía en virtud del principio jurídico de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

Esta fue también la opinión de los profesores Jorge Vega Velasco y Carlos Cárdenas Quirós para el problema planteado respecto de si los alcances del marco de protección legal establecido en la Ley de Reestructuración Empresarial, se extendía o no a las garantías otorgadas por terceros en respaldo de las obligaciones de las empresas en proceso de reestructuración, liquidación y quiebra. Problema que por extensión resulta aplicable a las obligaciones de garantía en general. El doctor Carlos Cárdenas Quirós señaló en su oportunidad, que la expresión “obligaciones que tuvieran pendientes las empresas comprendidas en el

indicado proceso” a que se refiere el artículo 12 de la Ley de Reestructuración Empresarial, comprende todas aquellas obligaciones en las cuales fuera parte deudora la empresa en reestructuración, sin importar ni distinguirse el tipo de garantía real que las respaldara; pudiendo estar garantizadas, por consiguiente, con bienes de la propia empresa o de terceros -*ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*-.

Adicionalmente señaló, refiriéndose al ya mencionado artículo 12 de la Ley que “si la suspensión importa la imposibilidad temporal de requerir el cumplimiento de las obligaciones -con lo que se hace referencia a las obligaciones principales- en aplicación del principio *accessorium sequitur principale*, dicha suspensión de la exigibilidad tiene que afectar también, necesariamente, a las garantías reales que respaldan tales obligaciones, dada la condición de accesoriedad de ellas, ya sea que recaigan sobre bienes de la empresa o de terceros⁽⁴⁷⁾”.

En igual sentido se pronunció el doctor Jorge Vega Velasco al señalar que “si la obligación principal que dio origen a la garantía personal o real de un tercero resulta suspendida, por un principio de aplicación lógica de la ley también quedan suspendidos sus colaterales, aun cuando ya se hubiera iniciado respecto de ellos los procedimientos de ejecución⁽⁴⁸⁾”.

Al igual que las opiniones antes vertidas, fue casi una opinión generalizada el que la suspensión de la exigibilidad de la obligación principal, determinaba la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones accesorias de garantía en los supuestos en que la insolvente se encontrase en un periodo de reestructuración empresarial por el acuerdo de sus acreedores reunidos en junta.

Como se puede apreciar, en una correcta aplicación del principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la única conclusión lógica debía ser necesariamente la arribada.

(47) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Informe remitido a la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del INDECOPI. 31 de diciembre de 1993. p.3.

(48) VEGA VELASCO, Jorge. Informe remitido a la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del INDECOPI. 5 de enero de 1994. p.3.

Si bien es cierto la Ley de Reestructuración Empresarial no señalaba claramente las consecuencias derivadas de la suspensión temporal de la exigibilidad de las obligaciones principales respecto de las obligaciones de garantía, -en especial de aquellas con fianzas o avales-; era lógico suponer que al no existir norma alguna que regulara dicho supuesto de hecho -el tratamiento de las obligaciones accesorias-, se tuviera que recurrir a la integración jurídica⁽⁴⁹⁾ a fin de encontrar una salida lógica al tratamiento de las colaterales, a fin de evitar que ante el vacío normativo existente se generasen perjuicios no deseados.

Así, al ser imposible integrar por analogía, dado que no existía supuesto de hecho que se asemejara lo suficiente al supuesto no regulado como para aplicar la consecuencia de la norma que lo regulaba; resultaba pertinente integrar dicho supuesto de hecho a través de la aplicación de los principios del derecho necesarios para regularlo. Bajo este supuesto era absolutamente lógico aplicar el principio de lo “accesorio” para efectos de salvar el vacío de la norma.

Sin embargo, no deja de crearnos una profunda duda que la aplicación de dicho principio hubiese sido del todo correcto para el caso específico de las obligaciones garantizadas mediante fianzas y avales en el contexto del proceso concursal peruano.

Las razones de nuestra duda se generan fundamentalmente en dos aspectos. En primer lugar creemos que hubiese sido apropiado evaluar si aplicar dicho principio no era afectar de alguna forma el interés del acreedor diligente que buscó un fiador o un aval justamente en el supuesto de que su obligado original deviniese en insolvente y no pudiese pagarle. ¿No nos encontraríamos ante un supuesto de castigo al diligente? Y en segundo lugar, creemos que para el caso específico del proceso concursal y su relación con las garantías de fianza y aval, el problema ameritaba

necesariamente analizar si era eficiente la determinación de suspender la exigibilidad de los colaterales para efectos del proceso concursal, y si la no suspensión de éstas podría afectar en alguna forma el sentido de éste o de la empresa insolvente en reestructuración, liquidación o quiebra.

Somos de la opinión que la exigibilidad de las obligaciones de garantía, para el caso de la fianza civil y la fianza cambiaria, no afecta en nada a los acreedores de la insolvente por cuanto el patrimonio de ésta no se vería afectado para efectos de su desarrollo empresarial o su liquidación para la cancelación de las acreencias pendientes de pago sobre la base de la ejecución de los fiadores o avales otorgados. El único afectado de alguna manera con dichas ejecuciones será el garante, el cual a su vez podrá “colgarse” del proceso concursal en igual situación que el acreedor que recurrió a él a fin de satisfacer su crédito ejecutando la garantía otorgada. Afectado que, en cualquier caso, al prestar su asentimiento a la garantía se sometió expresamente a los avatares del incumplimiento de su garantizado y a todas las consecuencias que se pudieran derivar de dicho incumplimiento.

El sistema de garantías está previsto para otorgar a los agentes del mercado los mayores seguridades en sus relaciones contractuales, a través de la afectación de un bien específico o del patrimonio de un tercero en garantía del cumplimiento de una obligación determinada. Sin embargo, dicho sistema sólo guarda coherencia si se le otorga la oportunidad a los agentes económicos intervinientes en él de evaluar sus riesgos y de guarecerse de éstos de la mejor manera posible y con antelación a la ocurrencia de un perjuicio.

En el presente caso, si bien es cierto que se rompe un principio jurídico o se deja de aplicar en determinados supuestos, su fractura o inaplicación no genera perjuicios para ninguna de las partes involucradas. Por el contrario, se mantiene el

(49) “La integración jurídica, a diferencia de la interpretación se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado”. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. 5a.ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. p.315.

equilibrio en éstas, evitándose el perjuicio en el acreedor diligente en una determinada relación jurídica.

Ello además, queda sumamente claro si se aprecia que el sentido mismo del proceso de reestructuración empresarial busca, a través de la decisión de los acreedores de la propia insolvente, otorgarle a ésta la oportunidad de superar la situación patrimonial deficitaria en la que se encuentra. Por ello, el ordenamiento concursal previó la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones que se tuvieran pendientes de cobro frente a ésta, por cuanto siguiendo la decisión acordada en junta de acreedores por la votación mayoritaria de éstos, se entendió que de no hacerlo originaría que la empresa tuviese que orientar recursos, tiempo y esfuerzos para superar dichas contingencias con sus acreedores. Sin embargo, el procurar el cobro de lo adeudado al fiador o al aval de la obligación suspendida, no se condice con ésta situación pues en primer lugar no afecta el patrimonio a reestructurarse de la insolvente, y por otro lado no distrae la atención de la empresa del objetivo trazado por la junta de acreedores como es el de la reestructuración económica y financiera de la empresa.

Es ocioso resaltar que bajo la óptica descrita en los párrafos antes señalados, los efectos de la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones principales dentro de los procesos de reestructuración empresarial, no afectaba para nada la posibilidad de iniciar acciones judiciales contra el avalista de un insolvente; por cuanto la relación de autonomía de esta institución cambiaria escapaba del ámbito de aplicación de la norma, y de la aplicación de la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, aplicable para todas aquellas obligaciones de garantía del deudor insolvente.

Como ha sido señalado en extenso previamente, a diferencia de una relación obligacional de garantía cualquiera, el acto de avalar un documento cambiario origina una relación jurídica autónoma e independiente de aquella a la cual se garantiza. Por ello, en el supuesto planteado, de decretarse la inexigibilidad de la obligación principal, la posibilidad de ejecutar a la obligación accesorio era absolutamente viable.

Finalmente, cabe tener en consideración que el reglamento de la ley anterior, para los casos de disolución y liquidación extrajudicial de empresas, no establecía la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones respecto de la empresa insolvente sino que simplemente regulaba un efecto procesal derivado de la decisión de la junta de acreedores, efecto que determinaba la suspensión de todos aquellos procedimientos que tuvieran por objeto el cobro de acreencias pendientes de cancelación⁽⁵⁰⁾. Como bien señaló el doctor Vega⁽⁵¹⁾, ello no significaba que las obligaciones que pudieran encontrarse respaldadas con garantías reales o personales otorgadas por terceros resulten suspendidas, sino simplemente que su exigibilidad sería satisfecha de acuerdo a los términos del acuerdo de junta de acreedores.

El tratamiento de la quiebra de las empresas, al igual que en el caso anterior, era distinto al otorgado por la ley y el reglamento para el caso de la reestructuración, pues de optar la junta de acreedores por la declaratoria de quiebra, no existía el supuesto de suspensión de la exigibilidad de las obligaciones a cargo de la empresa en estado de insolvencia, siendo por ello exigibles todas y cada una de las obligaciones de la insolvente tal y como se establecía en el inciso 5 del artículo 20 de la ley.

(50) Artículo 34.- La sola presentación del convenio de liquidación extrajudicial, debidamente autenticado por el Presidente de la Junta y el representante de la Comisión o quien haga sus veces, pondrá fin a todas las acciones judiciales, arbitrales o coactivas, que tengan como objeto el cobro de los créditos, cualquiera fuere su estado. Los expedientes correspondientes deberán ser entregados a la Comisión para el análisis de los créditos siempre que no hubiesen sido oportunamente reconocidos. Asimismo, a mérito de la presentación de dicho convenio, quedarán sin efecto los embargos y demás medidas cautelares o definitiva que sean incompatibles con lo estipulado en éste.

Para todos los actos y contratos realizados o celebrados por la empresa entre la fecha en que se citó a la primera Junta y la firma del convenio será de aplicación lo establecido en el artículo 22 de este reglamento.

(51) VEGA VELASCO, Jorge. Op.cit.; p.4.

6.2 El Decreto Legislativo No.845, Ley de Reestructuración Patrimonial.

A diferencia del tratamiento dado a las obligaciones de una empresa insolvente en la Ley de Reestructuración Empresarial, la Ley de Reestructuración Patrimonial establece un marco de protección genérico del patrimonio del insolvente que se inicia con la declaratoria misma de la situación de insolvencia del deudor. Así, se dispone que con la declaración de insolvencia del deudor se suspende la exigibilidad de las obligaciones que tuviera pendiente de pago, de forma tal que una vez decretada la situación de insolvencia por la Comisión de Salida del Mercado del INDECOPI, y notificada ésta a las autoridades administrativas, tributarias o judiciales que tuvieran procedimientos de cobranza o ejecución del patrimonio de la insolvente, tendrá que suspenderse la ejecución de los mismos y levantarse las medidas cautelares que se hubiesen trabado.

No obstante lo señalado, y también a diferencia de la norma anterior, la nueva legislación ha entendido -creemos que con buen sentido- que el marco legal de protección del patrimonio de la insolvente es extensible sólo y únicamente a ésta, no siendo por ello aplicable la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones de la insolvente a los terceros garantes de ésta⁽⁵²⁾. Siendo esto así, es claro que el acreedor de la insolvente podrá dirigirse directamente contra el fiador, el aval o el garante de ésta.

Como se puede apreciar, con buen criterio la nueva normatividad reglamentadora del proceso concursal en nuestro país, ha consagrado una excepción a la regla jurídica de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. Como lo señalamos

previamente el quebrantamiento de este principio sólo es atendible en este supuesto por que el efecto que ello genera, no es perjudicial, sino que por el contrario es favorable para la vigencia de un sistema de garantías que otorgue seguridad a los acreedores, y al tráfico jurídico de bienes.

Sobre lo expuesto cabe tener en consideración lo señalado por la Exposición de Motivos de la Ley de Reestructuración Patrimonial que abunda en detalles en torno a las razones por las cuales arribar a un criterio como el señalado “se ha preferido consagrar la posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse contra el patrimonio del tercero garante, aun cuando el obligado principal haya sido declarado en situación de insolvencia o se encuentre sometido a un proceso de reestructuración patrimonial, teniendo en consideración que quién exige la constitución de garantías reales o personales a su favor con el patrimonio de terceros diferentes del deudor lo hace justamente con la intención de protegerse contra el riesgo de incumplimiento que podría ser ocasionado, eventualmente, por una situación de insolvencia. Consagrar que la declaración de insolvencia impide la ejecución de las garantías de terceros, afectaría la función social y económica de las garantías constituidas sobre el patrimonio de terceros, y consecuentemente encarecería el acceso al crédito; motivo por el cual se ha optado por la norma materia de comentario⁽⁵³⁾”.

Creemos fielmente que el criterio recogido en la nueva norma es altamente positivo, ya que otorga niveles de certidumbre razonables para todos aquellos tenedores de un derecho de crédito, por cuanto les permite evaluar el riesgo de dicho

(52) Artículo 16.- A partir de la declaratoria de insolvencia se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el insolvente tuviera pendiente de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a éstas, cuando corresponda, las tasas de interés que estuviere pactada o a falta de pacto, la legal. En este caso, no correrán intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses.

La suspensión mencionada en el párrafo anterior durará hasta que se apruebe un Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Convenio Concursal en los que se establezcan condiciones diferentes, referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable en cada caso. Lo establecido en el Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Convenio Concursal respecto a la exigibilidad de las obligaciones será oponible a todos los acreedores.

La inexigibilidad de las obligaciones del insolvente en los supuestos a que se refiere el presente artículo, no afecta la posibilidad de que los acreedores del insolvente puedan dirigirse contra el patrimonio de aquellos terceros que hubieran construido garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original.

(53) Nota No.3 de la Exposición de Motivos de la Ley de Reestructuración Patrimonial publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 21 de setiembre de 1996. p.142792.

crédito con el margen de seguridad para su recuperación a que él mismo se sometió.

No obstante no haber sido, materia del presente trabajo el análisis detallado del tratamiento de las garantías reales en la legislación concursal, no podemos soslayar que dentro del análisis de los temas involucrados en el presente trabajo, un aspecto que nos generó seria y muy profundas dudas fue el tratamiento discriminatorio que concede el artículo 16 de la Ley de Reestructuración Patrimonial a las garantías reales dependiendo si éstas están constituidas directamente por un deudor o por un tercero. Así, en estricta aplicación del mencionado artículo, un determinado acreedor podría dirigirse, siempre dentro del supuesto de insolvencia de su deudor, contra el tercero cosntituyente de la garantía real, no pudiendo hacerlo contra el deudor insolvente que la hubiese constituido.

La aplicación de dicha norma, creemos entender, se orienta siempre a la protección del patrimonio del insolvente, siendo por ello no viable la ejecución directa de la garantía real constituida por el deudor insolvente y siendo, en contra partida, posible la ejecución de la garantía real constituida por el tercero. Sin embargo, no deja de causarnos una extraña sensación, bajo la óptica del derecho civil, el tratamiento dual que se le da a una misma institución en la norma antes referida. No es materia del presente trabajo el tema mencionado en el párrafo precedente, pero no queríamos concluir sin antes dejar planteado la duda que aún subsiste en nosotros respecto de la aplicación del artículo 16 de la Ley de Reestructuración Patrimonial en este extremo.

7 A modo de conclusión.

Si bien es cierto que el propósito del presente trabajo ha sido analizar el tratamiento de las obligaciones de garantía, especialmente la fianza y el aval, y su tratamiento en el proceso concursal

peruano; el sustrato del mismo no puede ser otro que demostrar que las instituciones jurídicas, así como los principios y reglas del ordenamiento jurídico están sometidos a la realidad y no viceversa. Por ello, en el supuesto que éstos contrasten con la segunda, ésta deberá ser siempre privilegiada. Creemos fielmente que esa es la forma de entender y aplicar el Derecho.

Estamos convencidos que la realidad es la óptica respecto de la cual se debe de orientar el análisis del ordenamiento jurídico y de las normas que lo conforman. Entender el Derecho como un valor en sí mismo, aun cuando se contraponga a la realidad sólo nos conduce al anacronismo intelectual.

En razón a ello, el presente trabajo se ha orientado en tal óptica, dejando por cierto una serie de interrogantes planteadas para su debate y discusión. Somos conscientes que toda opinión vertida en el presente trabajo es cuestionable, pero creemos que la juventud nos impulsa a aventurarnos en razonamientos azarosos, aun cuando somos conscientes de los riesgos que ello implica.

Finalmente, y para terminar, sólo nos queda hacer nuestras las palabras del doctor Fernando de Trazegnies Granda, respecto a la función del Derecho y la concepción del mismo dentro de una sociedad moderna, palabras a través de las cuales ha sabido expresar en mejores términos que el autor lo expuesto en la parte final del presente trabajo. “Una filosofía dinámica del derecho tiene por eso que alzarse irrespetuosamente contra todos los valores establecidos y contra todas las autoridades paternas, para recuperar la libertad, la originalidad, la capacidad de creación y, consecuentemente, la plena responsabilidad de sus planteamientos. El jurista no puede ser el servidor sumiso del legislador o de la escuela o de la doctrina aceptada, sino que tiene que asumir el papel de héroe trágico y proseguir, a su propio riesgo, la tarea de creación permanente del Derecho⁽⁵⁴⁾.” *AF*