

El silencio de los insolventes

Consideraciones en torno al carácter reservado del procedimiento de declaración de insolvencia

Gabriel Arrisueño Fajardo(*)

Alumno de noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

1 Hacia el nuevo régimen concursal.

Las reformas realizadas por el Estado a partir de 1990 con el objetivo de reinsertar al Perú dentro del panorama económico mundial, han incluido el reemplazo de gran parte del marco legal vigente hasta entonces, por una normatividad tendiente a regular las nuevas situaciones surgidas como consecuencia de la adopción de un sistema económico de libre mercado. Esta adecuación de las normas a la política liberal desarrollada por el gobierno ha alcanzado a la regulación de la inversión privada nacional y extranjera, el campo laboral y previsional, el sistema financiero, los derechos de autor, el régimen de la propiedad industrial y el así llamado derecho de la competencia, entre otros ámbitos de la legislación.

Por otro lado, la creación y funcionamiento de organismos destinados a coadyuvar a la materialización de estas reformas, como es el caso del Instituto Nacional de Defensa de la

Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, se enmarca dentro de esta misma intención. “Haciendo juntos que el mercado genere bienestar para todos” y “difundir la cultura de mercado” son consignas repetidas entusiastamente por los propulsores de este organismo, destinado a promover la competencia y garantizar el derecho a la información y a la libre elección de los consumidores.

Podría afirmarse que el INDECOPI ha sido concebido dentro de una nueva propuesta de entidad estatal que busca, a través de medidas tales como el reclutamiento de destacados profesionales y de una correcta atención al público usuario, lograr generar confianza entre los consumidores y mantener una imagen de prestigio en la sociedad.

Fuera de las alabanzas o críticas que continuamente despiertan la existencia y el accionar del INDECOPI⁽¹⁾, lo cierto es que la labor desarrollada por este organismo en su papel de árbitro regulador

(*) El autor quiere agradecer al doctor Hugo Silva Quintana, Secretario Técnico de la Comisión de Salida del Mercado, a Fernando Martinot Oliart, a Domingo Rivarola Reisz y a Namasté Reategui Blondet, por la lucidez y sinceridad en sus sugerencias y críticas, las mismas que enriquecieron considerablemente el presente trabajo. Obviamente, cualquier error u omisión en la exposición de las ideas aquí planteadas es imputable únicamente al autor. Asimismo desea expresar su agradecimiento a Jaime Arrisueño Fajardo, por el soporte brindado.

(1) El INDECOPI ha sido objeto de fuertes críticas, tanto por parte de quienes consideran que un organismo regulador del mercado con tantas facultades y atribuciones es incompatible con la instauración de un sistema liberal como por los detractores de dicho sistema. Al respecto, el ex-Ministro de Economía Carlos Boloña Behr señala que la existencia del INDECOPI constituye, por la gran cantidad de facultades que posee este organismo, una tentación muy grande para el poder político, por lo que puede convertirse en objeto de manipulación. Véase *Frankenstein sigue vivo. Consideraciones en torno al INDECOPI y el gobierno del presidente Fujimori. Entrevista a Carlos Boloña Behr*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.15, diciembre 1997.

A su vez, César Ochoa Cardich ha criticado las excesivas facultades sancionadoras y de inspección con las que cuenta este organismo de

del mercado ha marcado a los agentes económicos -proveedores, consumidores, usuarios, según la terminología utilizada- las pautas de conducta a seguir para comportarse de acuerdo las normas de la libre y leal competencia.

Dos son los caminos principales elegidos por el INDECOPI para plasmar en el campo de los hechos la intención anteriormente reseñada. En primer lugar, la publicación de los lineamientos o criterios de naturaleza no vinculante adoptados por las comisiones para resolver las cuestiones propias de su competencia⁽²⁾. En segundo lugar, la creación de una jurisprudencia administrativa conformada por los precedentes de observancia obligatoria, consistentes en criterios que deberá seguir la

administración para resolver determinada situación concreta, adoptados a raíz de la resolución de un caso particular⁽³⁾.

Una de las materias puestas a cargo del INDECOPI a raíz de las reformas implementadas por el Estado, competencia de la Comisión de Salida del Mercado y de sus entidades delegadas⁽⁴⁾, es el derecho concursal, conformado por “el conjunto de normas sustantivas y procesales reguladoras de las instituciones de ejecución colectiva, mediante las cuales los acreedores concurren para satisfacer, hasta donde alcance el patrimonio del deudor, sus propios créditos y se someten a reglas predeterminadas para la distribución o aplicación del producto de los bienes desapoderados⁽⁵⁾”.

acuerdo al Decreto Legislativo No.807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, manifestando que en virtud de dicha norma se le han asignado un conjunto de prerrogativas y privilegios represivos incompatibles con el Estado de derecho liberal. OCHOA CARDICH, César. *Limites a la potestad sancionadora del INDECOPI y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del derecho de la competencia*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.13, noviembre 1996.

Por otra parte, Enrique Elías Laroza criticó la política en materia de protección al consumidor en relación con el sector informal de nuestra economía seguida por el INDECOPI, enfascándose en una instructiva polémica con Alfredo Bullard Gonzales, Presidente del Tribunal del INDECOPI. Al respecto, véase BULLARD GONZALES, Alfredo. *¡Lo que no mata engorda! Los “productos basura” y los prejuicios y perjuicios de la protección al consumidor en un país pobre*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No. 12, junio 1996; ELÍAS LAROZA, Enrique. *Lo barato sale caro: mata y no engorda. La inacción del INDECOPI ante los productos basura, los cañazos y los yonques*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.13, Noviembre de 1996; y BULLARD GONZALES. *Me quiere, no me quiere. Deshojando margaritas ideológicas en torno a la protección al consumidor*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.14, junio 1997.

Sin embargo, el INDECOPI ha despertado también simpatías y adherencias. En reciente visita, George L. Priest, Director del Centro de Estudio de Leyes, Economía y Ciencias Políticas de la Universidad de Yale, ponderó las ventajas que produce contar con una organización que se encargue de todas las funciones que realiza el INDECOPI. Véase *Educando al Mercado. Reflexiones en torno al INDECOPI y la protección al consumidor. Entrevista a George L. Priest*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.15, diciembre 1997.

Por otro lado, la labor administrativa realizada por el INDECOPI ha sido reconocida por la Contaduría General de la Nación, a través de la Resolución Jefatural No.46-98-EF/93.01, mediante la cual felicita a los funcionarios de este organismo por la eficiencia demostrada al presentar la rendición de cuentas del ejercicio fiscal 1997 antes que cualquier otra entidad estatal.

- (2) El artículo 9 del Decreto Legislativo No.807, Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, faculta a las comisiones a aprobar pautas o lineamientos que, sin tener carácter vinculante, sirvan de guía a los agentes económicos respecto de los alcances y criterios de interpretación de las normas cuya aplicación tienen encomendada. Así, mediante resoluciones del 10 y 19 de diciembre de 1996, la Comisión de Acceso al Mercado aprobó los lineamientos sobre colocación de anuncios y publicidad y sobre libre acceso y tránsito a las playas, respectivamente. Asimismo, con fecha 19 noviembre de 1997 se ha publicado el Proyecto de Lineamientos de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, sobre publicidad comparativa, publicidad de medicamentos de venta con receta médica y de venta libre, y publicidad de los recursos terapéuticos naturales (suplementos alimenticios y productos naturales).
- (3) Así, por ejemplo, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha establecido la presunción de la existencia de una garantía implícita en los productos para efectos de la aplicación de las normas de protección al consumidor; los criterios a seguir para el establecimiento de la existencia de medidas burocráticas constituidas por exigencias administrativas; los alcances de las facultades de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal en relación con la denominada competencia prohibida; los criterios para evaluar la razonabilidad de las advertencias sobre el consumo de productos riesgosos, etc.

Un precedente de observancia obligatoria estrechamente vinculado con el asunto materia del presente artículo es el aprobado mediante Resolución No.079-97-TDC del 24 de marzo de 1997, por el cual se establecieron los criterios aplicables a la verificación de créditos en los casos en que la autoridad administrativa cuente con indicios sobre la posible vinculación entre el acreedor solicitante y la empresa insolvente, la existencia de irregularidades en el origen del crédito o la simulación del mismo. Más adelante nos referiremos a los alcances, fines y efectos de la aplicación de estos criterios.

- (4) En virtud de lo que establecía la Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley No.26116, y de lo establecido por los artículos 130 y siguientes de la Ley de Reestructuración Patrimonial, mediante convenios celebrados con diferentes instituciones de reconocido prestigio y personal especializado, la Comisión de Salida del Mercado ha delegado sus funciones a distintas entidades con el fin de aligerar la carga de trabajo, descentralizar y hacer más eficiente el desarrollo de sus actividades. Así, instituciones como el Colegio de Abogados de Lima, el Colegio de Contadores Públicos de Lima, la Cámara de Comercio, Agricultura e Industria de Lambayeque, entre otras entidades, han implementado comisiones encargadas de realizar, en virtud de la delegación efectuada, las mismas funciones que la Comisión de Salida del Mercado; entre ellas, las vinculadas con la tramitación de los procedimientos de declaración de insolvencia.
- (5) ESTUDIO HARO ASOCIADOS. *Derecho de quiebras y nueva reestructuración empresarial*. Lima: Grijley, 1993. p.114, citado por HARO SEIJAS, José Juan. *Confusión de confusiones: la “Reestructuración Empresarial” de las personas naturales*. En: *Thémis. Revista de Derecho*. Lima, No.31, julio de 1995. p.270.

Puede afirmarse que la finalidad de las normas concursales en la actualidad está signada por la búsqueda de la eficiencia en la distribución de los recursos escasos. En ese sentido, se ha argumentado que el derecho concursal tiene por fin reducir los costos de transacción que implican la cobranza por separado de cada una de las deudas que mantiene el insolvente, a través de la instauración de un procedimiento único que permita, además de un cobro ordenado, la recuperación del patrimonio del deudor, cuando éste resulta más eficiente en materia de asignación de recursos que su liquidación⁽⁶⁾.

La materia concursal ha sido regulada en nuestro país a partir de la promulgación del Código de Comercio de 1902, en el Libro IV denominado “Suspensión de Pagos y de las Quiebras”. Posteriormente, fue normada por el Código de Procedimientos Civiles de 1912 hasta la entrada en vigencia de la Ley Procesal de Quiebras No.7566 del 2 de agosto de 1932.

Esta última norma fue reemplazada recién en 1992 por el Decreto Ley No.26116, Ley de Reestructuración Empresarial (en adelante LRE), dirigida a proporcionar una salida a las empresas que, a menudo como consecuencia de la situación de la economía nacional, resultaban incapaces de afrontar sus obligaciones. Esta finalidad implicaba la adopción de una nueva mentalidad respecto al destino del deudor. Desde entonces, ya no se trata solamente de lograr la recuperación de los créditos que mantienen sus distintos acreedores, sino que

además se pretende recuperar el patrimonio de la empresa a fin de lograr que la misma sea nuevamente económicamente viable⁽⁷⁾.

De esta forma, además de la disolución y liquidación y de la quiebra judicial, los acreedores podían optar por la recuperación de la empresa a través de un plan de reestructuración que contemplara la cobranza progresiva de sus créditos y que, a la vez, permitiese la continuación de las actividades del deudor.

Las nuevas exigencias surgidas a raíz de los cambios ocurridos en la economía, así como las experiencias recogidas durante la vigencia de la Ley de Reestructuración Empresarial, motivaron el reemplazo de esta norma por el Decreto Legislativo No.845, Ley de Reestructuración Patrimonial (en adelante LRP), que entró en vigencia a partir del 23 de setiembre de 1996. La LRP mantiene la estructura básica del régimen concursal desarrollado por su antecesora, pero incluye también algunos cambios importantes. Así, por ejemplo, contempla la posibilidad de acceder a procedimientos distintos al de declaración de insolvencia, tales como el concurso preventivo y el procedimiento simplificado⁽⁸⁾, y convierte a la quiebra judicial en el corolario del procedimiento de liquidación en aquellos casos en los cuales el deudor no cuente con bienes realizables que resulten suficientes para afrontar sus obligaciones.

Sin embargo, el cambio más importante introducido por el Decreto Legislativo No.845

- (6) “En ese universo es en el cual el Derecho concursal emerge con una función clara: reducir los costes de transacción en el particular proceso de reasignación de recursos que exige la insolvencia de un deudor. Mejor dicho (¿aunque más cripticamente?), teniendo en cuenta que en el mercado, a causa de los costes que entraña su utilización, las complejas transacciones necesarias para emplear el patrimonio del deudor en su mejor uso probablemente no se producirán y, consiguientemente, no podrá obtenerse el valor máximo de ese patrimonio, el ordenamiento proporciona un instrumento alternativo, el derecho concursal, destinado a conducir el patrimonio del deudor insolvente al empleo más adecuado; esto es, al empleo al que se destinaría si el mercado funcionara sin costes de transacción”. BISBAL, Joaquín. *La insosportable levedad del derecho concursal*. En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, No.214, octubre-diciembre 1994. pp.843-872.
- (7) Sobre este particular, resulta interesante recoger lo señalado por Haro respecto de que “el proceso de protección de la empresa es, contrariamente a lo que podría pensarse, anterior a la Ley de Reestructuración Empresarial. En esa línea se inscribía, por ejemplo, el artículo 3656 de la Ley de Sociedades Mercantiles, según el cual el Estado podía ordenar la continuación forzosa de una sociedad si la consideraba de necesidad para la economía nacional o el interés social, no obstante el acuerdo de disolución adoptado por la junta general de accionistas. También debería mencionarse el Decreto Ley No.20023 del 16 de mayo de 1973, según el cual se concedió a la comunidad laboral el derecho de administrar la empresa si el síndico de la quiebra se lo comisionaba”. HARO, José Juan. *Op.cit.*; p.278.
- (8) El procedimiento simplificado, recogido en el Título VIII de la LRP, se tramita ante notario público, y puede acogerse a él cualquier persona natural o jurídica considerada empresa siempre que el total de sus pasivos no supere las doscientas unidades impositivas tributarias. El fin del procedimiento es lograr la celebración por parte de los acreedores de un convenio de reprogramación de pagos, que permita al solicitante hacer frente a sus obligaciones en la forma y el plazo pactados en el referido convenio. Por otra parte, el Título IX de la LRP recoge el denominado concurso preventivo, al cual puede acogerse cualquier persona natural o jurídica o entidad no constituida legalmente, que se encuentre en imposibilidad o dificultad de pago oportuno de sus obligaciones, a fin de llegar con sus acreedores a un acuerdo global de refinanciamiento.

consiste en haber extendido el espectro del régimen concursal a las personas que no realizan actividad empresarial, supuesto no regulado en la LRE. Con esta nueva ley se ha dejado entonces de lado el criterio que otorgaba un tratamiento distinto al deudor según realizara o no actividad empresarial -con lo ambigua que esa noción pudiese resultar-, por una concepción en la cual lo que importa es la existencia de un patrimonio afectado por una serie de obligaciones que, en circunstancias normales, no podrían ser honradas por el deudor.

2 El estado de insolvencia, presupuesto del derecho concursal.

Al igual que la LRE, la LRP contempla la figura de la declaración del estado de insolvencia como el presupuesto indispensable para acogerse al marco de protección legal del patrimonio que está contenido en las normas concursales⁽⁹⁾.

En ese sentido, el artículo 1 de la LRP define a la insolvencia como el “estado económico financiero en virtud del cual una persona natural o jurídica, independientemente de su actividad, ha sufrido la pérdida de más de las dos terceras partes de su patrimonio o se encuentra impedida de afrontar temporal o definitivamente el pago de sus obligaciones⁽¹⁰⁾”.

A través del tiempo, la insolvencia ha sido considerada como un mal que debía ser evitado a toda costa y cuya aparición significaba una suerte de muerte económica para el deudor, el cual era a

veces víctima del escarnio e incluso de la ira de sus contemporáneos. La piedra del deshonor, la prisión por deudas e incluso la muerte han sido algunos de los castigos aplicados a los quebrados o insolventes, aun en la Edad Moderna. En ese contexto, solamente importaba la recuperación de los créditos que mantenía el desdichado insolvente frente a sus acreedores, puesto que la reputación del primero quedaba manchada para siempre. La insolvencia, entonces, era sinónimo de fracaso y constituía una marca indeleble que se colocaba sobre aquéllos que tenían la mala fortuna de caer en dicho estado⁽¹¹⁾.

Con el correr del tiempo, el crecimiento progresivo del campo de las relaciones económicas, sobre todo comerciales, que trajo consigo la generalización del endeudamiento y del crédito, y el flujo de capitales motivado por la aparición de personas jurídicas de responsabilidad limitada, aumentaron considerablemente las probabilidades de caer en un estado de insolvencia. A la par con estos cambios y a raíz de los mismos, la insolvencia dejó de ser concebida como una situación definitiva, para convertirse en un estado temporal, que no implicaba en modo alguno la descalificación del deudor para su actividad económica. Por otro lado, la valoración de la empresa como el eje alrededor del cual gira la economía de los Estados, así como la aparición de la noción del interés social motivaron que las legislaciones comiencen a establecer mecanismos tendientes a la conservación de la empresa⁽¹²⁾.

(9) Cabe señalar que esta afirmación está referida únicamente al denominado procedimiento de declaración de insolvencia regulado tanto en la Ley de Reestructuración Empresarial como en la Ley de Reestructuración Patrimonial y el Concurso de Acreedores, introducido por esta última norma. Sin embargo, la LRP contempla también los procedimientos simplificado y concurso preventivo, en los cuales se trata precisamente de acceder a una reprogramación de deudas con el fin de evitar caer en estado de insolvencia.

(10) Decreto Legislativo No.845, Ley de Reestructuración Patrimonial; artículo 1.

(11) Sobre este punto, el autor español Joaquín Garrigues señala que “No sólo en el derecho franco -como Kohler afirma- sino en el derecho estatutario italiano domina el principio publicístico, quizá como consecuencia del gran rigor que caracteriza al procedimiento de quiebra: se parte de la idea de que el quebrado es un defraudador (*decoctor ergo Fraudator*, dice Casaregis) y de que al Estado incumbe la represión del hecho ilícito de la quiebra, como finalidad a la que va unida la satisfacción de los acreedores. Se afirma con energía el procedimiento de oficio, y el magistrado no solo se incauta del patrimonio, sino que lo distribuye él mismo entre los acreedores”. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. 7ma. ed. Madrid: Imp. Aguirre, 1983. p.11.

Por otro lado, Alfredo Ferrero apunta que “En el Código de Comercio Francés de 1807, el comerciante era objeto de arrestos y se le aplicaba amonestaciones penales por la realización de conductas típicas -por ejemplo en el caso de que los gastos personales fueran injustificados-, pudiendo incluso ser sancionados con la pérdida de sus derechos civiles y políticos hasta su rehabilitación, la misma que se condicionaba al pago de las deudas”. FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. *Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración Patrimonial*. En: *Derecho*. Lima, No.47, diciembre 1993. p.388.

(12) Sobre la evolución del derecho concursal y del concepto de insolvencia véase BASTIN, Jean. *De la Insolvencia al Incumplimiento de Pago*. En: *Thémis. Revista de Derecho*. Lima, No.31, julio 1995.

Sin embargo, aún en la actualidad, para un agente económico el haber sido declarado insolvente puede significar un obstáculo en su desempeño en el mercado, para fines tales como el acceso al crédito bancario, fundamental en las relaciones económicas actuales. Pese a la evolución ocurrida en la concepción de la insolvencia, la misma continúa de algún modo siendo vista como una mancha que ensucia a quien ha caído en dicha situación, si bien ya no implica la imposición de sanciones o penas de ningún tipo.

3 La declaración de insolvencia en la Ley de Reestructuración Patrimonial.

El procedimiento de declaración de insolvencia establecido en el Título II de la LRP contempla dos supuestos:

1. La solicitud de declaración de insolvencia puede ser presentada por uno o varios acreedores impagos, cuyos créditos superen en total el equivalente a cincuenta unidades impositivas tributarias vigentes en la fecha de presentación de la solicitud⁽¹³⁾. Para ello, el o los solicitantes deberán acompañar copia de la documentación que sustenta los créditos invocados.
2. Asimismo, la declaración de insolvencia puede ser solicitada por el propio deudor, para lo cual deberá acreditar haber sufrido pérdidas superiores a las dos terceras partes de su patrimonio. En ese sentido, el solicitante deberá acompañar a su solicitud con la documentación contable y financiera señalada en el artículo 5 de la LRP, debidamente suscrita por el representante legal de la empresa.

Esta norma precisa también que, en los casos en que el solicitante fuera persona natural, persona jurídica no considerada empresa o entidad no constituida bajo alguna de las modalidades previstas legalmente, deberá acompañarse a la solicitud con una relación detallada de los bienes del solicitante, precisando si los mismos soportan

algún gravamen, una relación de la totalidad de sus ingresos, incluyendo los que no deriven de su actividad principal, y una relación pormenorizada de acreedores con indicación de los montos adeudados por concepto de capital, intereses y gastos, así como las respectivas fechas de vencimiento. Como se puede apreciar, el legislador ha tomado en consideración el hecho que una persona natural o una persona jurídica que no realice actividad empresarial, por lo general no cuenta con una contabilidad que le permita determinar en cualquier momento el estado de su patrimonio, por lo que resulta necesario exigir la preparación y presentación de la documentación anteriormente reseñada.

Para ambos casos, la LRP establece que la información contenida en la documentación presentada en los procedimientos derivados de la aplicación de dicha norma tiene carácter de declaración jurada. Asimismo, establece la reserva de los procedimientos hasta que se produzca la inscripción de la resolución que declara la insolvencia o se publique la correspondiente convocatoria a junta de acreedores, lo que ocurra primero.

Una vez presentada la solicitud, la Comisión de Salida del Mercado –o la entidad delegada en la cual fue presentada la solicitud– verificará el cumplimiento de los requisitos previamente señalados y citará al deudor para que acredite su capacidad de pago o se ratifique en su solicitud, según sea el caso. Si el deudor no acredita su capacidad de pago a satisfacción del acreedor solicitante, no se apersona al procedimiento o se ratifica en su solicitud, la administración procederá a declarar su insolvencia y dispondrá la convocatoria a sus acreedores para que, reunidos en junta, adopten una decisión respecto del destino del patrimonio del insolvente, ya sea la reestructuración patrimonial o la disolución y liquidación.

La declaración de insolvencia suspende la

(13) Al 15 de marzo de 1998, la unidad impositiva tributaria era equivalente a S/.2 600,00 (Dos mil seiscientos y 00/100 nuevos soles).

exigibilidad de todas las obligaciones pendientes de pago que mantuviera el insolvente a dicha fecha. La ley estipula que esta suspensión de las obligaciones no conlleva la novación de las mismas, debiendo aplicárseles la tasa de interés pactada o, en su defecto, la tasa de interés legal. Asimismo, señala que la referida suspensión durará hasta el momento en que los acreedores aprueben un plan de reestructuración, convenio de liquidación o convenio concursal en que se establezcan condiciones diferentes respecto de la exigibilidad de las obligaciones y las tasas de interés aplicables⁽¹⁴⁾.

La declaración de insolvencia suspende también la ejecución forzada de los embargos y demás medidas cautelares trabadas sobre los bienes del insolvente, como consecuencia de procesos judiciales, coactivos, arbitrales o de venta extrajudicial seguidos contra el insolvente. Para ello, el artículo 17 de la LRP establece la obligación del insolvente de presentar ante el órgano o persona que conoce del proceso, bajo responsabilidad, copia de la resolución de declaración de insolvencia legalizada por un representante de la comisión, dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha en la que quedó consentida. Si el insolvente no cumple con presentar la resolución, cualquier interesado -un acreedor que ve peligrar el cobro de su acreencia por la vía concursal como consecuencia de la ejecución de un embargo, por ejemplo- puede hacerlo.

Nótese que lo que suspende la presentación de la resolución es la ejecución (remate y pago) de los bienes afectados del insolvente. En ese sentido, en virtud de la presentación y mientras duren los procesos derivados de la aplicación de la LRP, quedarán en suspenso todos los procesos de cualquier índole que tengan por finalidad la ejecución de garantías reales, embargos o cualquier otra medida cautelar ordenada sobre los mencionados bienes. Por esta misma razón, los

procesos que se encuentren en etapa de conocimiento tendiente a determinar la existencia, origen, legitimidad, titularidad o cuantía de los créditos frente al insolvente no serán alcanzados por dicha suspensión, sino que continuarán siendo tramitados hasta que la resolución final quede consentida. Una vez ocurrido esto, se suspenderá la ejecución de la sentencia o resolución emitida en dicho proceso.

De esta forma, la LRP busca preservar el patrimonio del insolvente del cobro por separado que pudiesen realizar sus acreedores por vías distintas al procedimiento concursal, obligándolos así a participar de este procedimiento y decidir en forma colectiva el destino del patrimonio, según convenga al interés de todos o por lo menos de la mayoría de los acreedores. Así se intenta evitar la “canibalización” del patrimonio del insolvente, reemplazándola por un mecanismo de cobro ordenado que reduzca costos de transacción y que signifique una más eficiente asignación de titularidades.

4 Sujetos legitimados para participar en el procedimiento.

El criterio seguido por los órganos del INDECOPI respecto de los sujetos legitimados para intervenir en la llamada etapa preconcursal del procedimiento (la etapa que culmina cuando queda consentida la resolución que se pronuncia respecto de la solicitud de declaración de insolvencia) ha consistido en considerar que únicamente el acreedor solicitante y el deudor –o solamente éste, si es que él presentó la solicitud- están legitimados para participar en el procedimiento. En ese sentido, ningún tercero puede impugnar el pronunciamiento de la administración mediante el cual se declaró la insolvencia, aun cuando con posterioridad haya sido reconocido por la comisión

(14) De acuerdo a lo señalado en el artículo 65 de la LRP a través del convenio de liquidación, la junta de acreedores por mayoría puede optar incluso por condonar parcial o totalmente las deudas que mantiene el insolvente frente a ellos, incluso en contra de la voluntad del titular del crédito afectado con la condonación. Consideramos que esta posibilidad debe ser objeto de un análisis más amplio del que permitiría la extensión del presente trabajo.

Como acreedor del insolvente y, por lo tanto, admitido como parte en el procedimiento.

La interpretación adoptada por el INDECOPI, por la cual no reconoce a los acreedores que no han sido parte en la etapa preconcursal el derecho de hacer uso de los medios impugnatorios o de la queja funcional ⁽¹⁵⁾, puede ser considerada restrictiva si tomamos en cuenta que no existe una limitaciones de insolvencia fraudulentas, con lo cual la nulidad de la etapa preconcursal, por la existencia de un vicio que la configure, podría ser solicitada por los acreedores (una vez que éstos se han incorporado al procedimiento, en virtud del reconocimiento de sus créditos por la instancia administrativa, en calidad de partes con interés evidente el resultado del mismo).

El levantamiento de la reserva del procedimiento permitiría contar con mayor información respecto de la real situación patrimonial del deudor y disminuiría los incentivos para simular estados de falencia económica o deudas inexistentes.

5 Problemas surgidos a raíz de la aplicación de la ley y del criterio adoptado.

La protección otorgada por las normas concursales al patrimonio del insolvente puede ser una tentación muy grande para quien, aun sabiendo que no se encuentra realmente en situación de insolvencia, busca evadir el cobro de las

deudas que mantiene impagas a través de la ejecución de sus bienes.

Imaginemos, a manera de ejemplo la siguiente situación:

El bando A mantiene a su favor frente a la empresa X, créditos ascendentes a la suma de S/.100 000, 00 por concepto de capital y S/.30 000,00 por concepto de interés, originados en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud del cual X constituyó hipoteca a favor del banco por la suma de S/. 150 000,00 sobre su local comercial. A la fecha, el banco ha iniciado la cobranza judicial de su acreencia, habiendo el juzgado dictado la orden de ejecución de la garantía constituida sobre el inmueble hipotecado, medida que todavía no se ha llevado a cabo. Por otro lado, la empresa Y es una empresa económicamente vinculada a X, toda vez que ambas poseen los mismos accionistas.

En este contexto, el régimen concursal vigente otorga a X la posibilidad de iniciar un proceso de declaración de insolvencia, siempre y cuando haya sufrido pérdidas superiores a las dos terceras partes de su patrimonio. Una vez declarada su insolvencia, X podría evitar la pérdida de su local comercial, hecho que posiblemente determinaría su salida del mercado.

Sin embargo, supongamos que X no se encuentra en situación de insolvencia, sino que simplemente desea evadir el cobro de la deuda que mantiene con el banco A. en este caso, la deudora puede optar por varias estrategias a fin de obtener la declaración de su insolvencia y acogerse a la protección que brinda dicha medida.

A manera de ejemplo, X podría coludirse con Y y aceptar a favor de ésta una letra de cambio por

(15) El artículo 105 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativos, aprobado por Decreto Supremo No.02-94-JUS, publicado el 31 de enero de 1994, establece la posibilidad de que, en cualquier estado del procedimiento, el interesado reclame en queja contra los defectos de tramitación del procedimiento, en especial los que supongan paralización o infracción de los plazos señalados. Asimismo, el artículo 106 de esta misma norma señala que la queja debe ser presentada al superior jerárquico de la autoridad o funcionario que tenga a su cargo la tramitación del asunto.

Sobre el particular, cabe señalar que, la queja ha sido utilizada por acreedores afectados por la declaración de insolvencia, para hacer conocer al Tribunal de presuntos casos de simulación cometida por el solicitante, so pretexto de reclamar por la declaración de improcedencia del recurso de apelación presentado con dicho fin a la comisión.

Así por ejemplo, las empresas Bellota Herramientas S.A., Bellota Colombia S.A., y Bellota Venezuela C.A., presentaron una recurso de apelación contra la Resolución No.002-97-CRE-CCAI-EXP.03 del 11 de abril de 1997 de la Cámara de Comercio, Agricultura e Industria de

S/.300 000,00 con fecha de vencimiento atrasada, a fin de que los créditos incorporados en dicho título valor se encuentren exigibles y vencidos por más de treinta días calendario. Incluso, para dotar de mayor realismo a esta simulación, podrían celebrar un contrato de préstamo que respalde la letra de cambio girada. De esta forma, amparada en la literalidad y autonomía del título valor, Y podría solicitar a la comisión que declare la insolvencia de X. Una vez declarada ésta, en virtud de lo establecido por el artículo 17 de la LRP, la supuesta insolvente presentaría la resolución de la comisión ante el juzgado, para frenar la ejecución de la garantía a favor del banco. Luego, convocados los acreedores para que reunidos en junta decidan el destino de la empresa, Y tendría, gracias al monto de su supuesta acreencia, el control de la junta, y podría forzar al otro acreedor –el banco- a someter el patrimonio de X a un proceso de reestructuración de diez años de duración, lapso en el cual la insolvente podría pagar cómodamente y con ínfimos intereses la deuda pendiente, sin necesidad de desprenderse de su local comercial.

X también podría solicitar por sí misma la declaración de su estado de insolvencia, para lo cual podría previamente simular asumir las deudas que mantiene Y, de forma tal que el incremento de las cuentas de su pasivo conlleve la reducción patrimonial necesaria para solicitar el pronunciamiento de la comisión.

De esta forma, X aprovecharía el carácter reservado del procedimiento para obtener en colusión con Y, y de manera fraudulenta, la

declaración de su insolvencia. Cuando el banco A fuese notificado con la resolución de la comisión, ya sería demasiado tarde, puesto que cualquier impugnación a la mencionada resolución sería declarada improcedente.

Lamentablemente, el caso que nos ha servido de ejemplo no es fruto de nuestra imaginación. Por el contrario, se inspira en más de un procedimiento seguido ante la Comisión de Salida del Mercado o sus entidades delegadas, en los cuales, con diferentes variaciones y matices respecto de nuestro ejemplo, la sombra del fraude ha oscurecido la transparencia del proceso y ha motivado el inicio de investigaciones por parte de la Sala de Defensa de la Competencia del tribunal.

Como ya hemos señalado, el carácter reservado del proceso impide que los verdaderos acreedores del deudor fraudulento conozcan del inicio del procedimiento antes de que se produzca la declaración de insolvencia. Adicionalmente, a consecuencia del criterio adoptado por la comisión, una vez declarada la insolvencia de su deudor, a los acreedores no les queda otra alternativa que solicitar el reconocimiento de sus créditos a fin de poder conformar la junta de acreedores, puesto que están impedidos de impugnar la resolución de declaración de insolvencia emitida por la instancia administrativa.

En estos casos, el tribunal ha optado, de acuerdo al criterio reseñado, por declarar improcedente el recurso de apelación contra la resolución de declaración de insolvencia o la queja contra la comisión por errores en la tramitación del

Lambayeque, mediante la cual se declaró la insolvencia del Juan Cuglievan S.M.A. a solicitud de la propia empresa alegando que la reducción patrimonial invocada por la solicitante no respondía a la realidad y que la documentación contable presentada era inexacta.

Mediante Resolución No.003-97-CRE-CCAIL-EXP.03 del 23 de mayo de 1997, la comisión declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto, considerando que los impugnantes no estaban facultados para intervenir en la etapa preconcursal del procedimiento. Ante esta situación, el 29 de mayo de 1997, los impugnantes formularon reclamo en queja contra la Resolución No.003-97-CRE-CCAIL-EXP.03, alegando que se encontraban legitimados para apelar la resolución de declaración de insolvencia de Cuglievan.

Mediante Resolución No.235-97-TDC de fecha 26 de setiembre de 1997, la Sala declaró improcedente el reclamo en queja formulado, por considerar que los quejosos carecían de legitimidad para obrar en la etapa preconcursal del procedimiento. Sin embargo, debido a la existencia de indicios de una posible simulación de las obligaciones invocadas por Cuglievan, mediante la misma resolución la Sala ordenó a la Secretaría Técnica iniciar un proceso de investigación tendiente a determinar la existencia o inexistencia de la referida simulación. Para ello, dispuso como medida provisional la suspensión de las reuniones de la junta de acreedores de Cuglievan y de la tramitación de las solicitudes de reconocimiento de créditos.

Finalmente, la Sala declaró no haber nulidad en la Resolución No.002-97-CRE-CCAIL-EXP.03 del 11 de abril de 1997 que declaró la insolvencia de Juan Cuglievan S.M.A., toda vez que de la investigación realizada por la Secretaría Técnica de la Sala no se pudo comprobar que hubiese habido simulación en el estado de insolvencia de dicha empresa y que, si bien la misma asumió deudas de empresas vinculadas, ello no fue con el objeto de obtener una reducción patrimonial que pudiese ser usada como sustento de su solicitud. Asimismo, se dispuso la continuación de las reuniones de la junta de acreedores de Juan Cuglievan S.M.A. y de la tramitación de las solicitudes de reconocimiento de créditos.

procedimiento, presentados por acreedores perjudicados por la declaración de insolvencia de su deudor. Sin embargo, cuando gracias a las informaciones proporcionadas por estos acreedores ha apreciado que existían suficientes elementos de juicio para suponer la existencia de simulación o fraude en la presentación de la solicitud, el tribunal ha dispuesto, de oficio, el inicio de un procedimiento de investigación tendiente a determinar la existencia de vicios que motiven la declaración de nulidad de la resolución de la comisión. En los casos en que se comprobó la existencia de simulación, el tribunal declaró la nulidad de la resolución mediante la cual se declaró la insolvencia⁽¹⁶⁾.

Fuera de los cuestionamientos que puede despertar el criterio seguido por el INDECOPI, lo cierto es que, como consecuencia de la adopción del mismo y del carácter reservado del procedimiento, quienes han sido perjudicados por la declaración de insolvencia se encuentran atados de manos frente a los efectos que produce dicho acto administrativo, puesto que quedan librados a la discrecionalidad en la actuación de oficio del tribunal⁽¹⁷⁾.

6 Encarando el problema: la verificación de los créditos a cargo de la comisión y el carácter reservado del procedimiento.

Con el fin de evitar que la administración sea sorprendida por quienes pretenden recurrir al fraude para evadir el pago de sus deudas, mediante la Resolución No.079-97-TDC el Tribunal del INDECOPI aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria, que establece los criterios aplicables a la verificación de créditos en los casos en los que la autoridad administrativa cuente con indicios sobre la posible vinculación entre el acreedor solicitante y la empresa insolvente, la existencia de irregularidades en el origen del crédito o la simulación del mismo:

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

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

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

(16) Véase la Resolución No.106-96-TDC del 26 de diciembre de 1996, dictada en el Expediente No.035-96-CCE-CCPL iniciado por Transur S.A. frente a Compañía Industrial Oleaginoso S.A. -CINOLSA-, sobre la declaración de insolvencia de esta última. Atendiendo a que la Comisión de Salida del Mercado del INDECOPI solicitó la nulidad de parte de lo actuado en el procedimiento de declaración de insolvencia, y como consecuencia del reclamo en queja y el pedido de nulidad formulado por Servitrayler S.A., mediante Resolución No.106-96-TDC de fecha 26 de diciembre de 1996, la Sala autorizó a la Secretaría Técnica para que requiera o actúe todos los medios probatorios que estime pertinentes a fin de determinar la existencia o inexistencia de vinculación económica entre el acreedor (Transur S.A.) y el deudor, así como la legalidad o ilegalidad de los créditos comprendidos en dicho procedimiento.

Finalmente, la Sala aprobó la Resolución No.079-97-TDC, emitida el 24 de marzo de 1997 en el Expediente No.035-96-CCE-CCPL, Cuaderno de Nulidad A, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de marzo de 1997. En dicha resolución la Sala declaró la nulidad de la Resolución No.003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96, por la que la Comisión de Calificación Empresarial del Colegio de Contadores Públicos de Lima declaró la insolvencia de Compañía Industrial Oleaginoso -CINOLSA-, por considerar que no se había acreditado la existencia del crédito que sustentaba la solicitud de declaración de insolvencia. Si bien este caso se tramitó bajo la vigencia de la Ley de Reestructuración Empresarial, se podría presentar el mismo supuesto bajo la vigencia del Decreto Legislativo No.845.

(17) Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos:

Artículo 43.- Son nulos de pleno derecho los actos administrativos:

a) Dictados por órgano incompetente.

b) Contrarios a la Constitución y a las leyes y los que contengan un imposible jurídico.

c) Dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por la ley.

Artículo 109.- En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 43º podrá declararse de oficio la nulidad de resoluciones administrativas, aun cuando hayan quedado consentidas, siempre que agraven el interés público.

Artículo 110.- La nulidad a que se refiere el artículo anterior deberá ser declarada por el funcionario jerárquicamente superior al que expidió la resolución que se anula.

los procedimientos administrativos.

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

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

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

De esta forma, se estableció el deber de la comisión y sus entidades delegadas de verificar por todos los medios la existencia, origen, legitimidad y cuantía de los créditos que sustenten la solicitud de declaración de insolvencia en los casos en que la autoridad administrativa cuente con elementos de juicio que le permitan suponer la existencia de simulación de obligaciones.

Sobre el particular, es necesario precisar que este precedente se aplica a los supuestos de verificación de créditos, operación que se realiza cuando la comisión evalúa el sustento de la solicitud de declaración de insolvencia a pedido del acreedor o las solicitudes de reconocimiento de créditos. Sin embargo, no es aplicable cuando la solicitud de declaración de insolvencia es a pedido del propio deudor, puesto que en esos casos lo que debe verificarse es la reducción patrimonial invocada por el solicitante.

Por otro lado, la simulación de obligaciones o las razones que motivan la solicitud pueden ser disfrazadas de tal forma que sean imposibles de descubrir sin conocer toda la información acerca del pasivo del insolvente, la misma que a veces es

proporcionada por un acreedor que, como consecuencia de la declaración de insolvencia, se ha visto perjudicado en el cobro de sus créditos.

Así, el carácter reservado del procedimiento puede constituirse en el mejor aliado de los insolventes fraudulentos, al permitirle mantener ocultas sus intenciones de evasión hasta que ya es demasiado tarde para evitarlo. En ese sentido, conviene analizar las razones que justifican la existencia del carácter reservado y evaluar si no convendría, para la transparencia del procedimiento, que el mismo sea levantado.

7 Razones que sustentan la reserva en la etapa preconcursal.

A nuestro entender, la reserva en la etapa preconcursal del procedimiento obedece a dos razones estrechamente vinculadas entre sí:

En primer lugar, el estado de insolvencia, como ya hemos señalado, si bien ya no significa para el deudor el fracaso comercial definitivo, sino que puede tratarse de una simple situación transitoria, aún puede motivar la pérdida de confianza de sus acreedores y de otros agentes del mercado, lo cual a su vez puede incentivar negativamente a dichos agentes para no establecer relaciones de carácter comercial con el insolvente. Asimismo, las posibilidades de acceso al crédito, al conocerse su posible falencia económica, se pueden ver restringidas.

En segundo lugar, al saber que el deudor se encuentra inmerso en un proceso de declaración de insolvencia, los acreedores que han accionado judicialmente o por otras vías para lograr el cobro de sus créditos, posiblemente se verán llevados a acelerar los procesos de ejecución a fin de lograr cobrar antes de que se emita la resolución de declaración de insolvencia ya que, en virtud de la presentación de la misma, se ordenaría la suspensión de las ejecuciones pendientes.

Sin embargo, como ya hemos anotado, el

levantamiento de la reserva del procedimiento permitiría contar con mayor información respecto de la real situación patrimonial del deudor y disminuiría los incentivos para simular estados de falencia económica o deudas inexistentes. En ese sentido, conocidas las razones que motivan el carácter reservado en cuestión, es necesario evaluar los efectos que su levantamiento tendría tanto cuando la solicitud de declaración de insolvencia es presentada por uno o más acreedores como por el propio deudor.

8 Levantar la reserva ¿puede ser la solución?

Cuando la solicitud es presentada por uno o más acreedores, resulta evidente que el levantamiento de la reserva del procedimiento puede tener un efecto totalmente negativo para el presunto deudor, toda vez que su prestigio y su imagen en el mercado como sujeto de crédito podrían verse seriamente afectados, con lo cual el desarrollo de su actividad económica se vería perjudicada. De esta forma, si el emplazado acredita su capacidad de pago o demuestra que no es insolvente, posiblemente se habría dañado innecesaria e injustamente el prestigio y la reputación crediticia adquiridos, puesto que la sombra de la desconfianza estaría presente en cada una de las operaciones que realice en el mercado.

Por otro lado, como ya hemos señalado, al saber de la tramitación del procedimiento, los acreedores se verían incentivados a acelerar la cobranza de sus créditos por otras vías, antes de que la declaración de insolvencia los obligue a integrar su acreencia a la masa concursal y a someter su cobro a la decisión de la junta de acreedores. Esto redundaría, finalmente, en perjuicio del emplazado, puesto que, como consecuencia del pánico de sus acreedores, su patrimonio podría verse reducido, afectando su

posible reestructuración o el eventual posterior desempeño de sus actividades económicas, si es que finalmente no se declara su insolvencia.

Por estas razones, consideramos que no es viable el levantamiento de la reserva en la etapa preconcursal cuando la declaración de insolvencia es presentada por uno o más acreedores, por lo cual debe realizarse una exhaustiva verificación de los créditos que sustentan la solicitud, a través de la aplicación del precedente de observancia obligatoria aprobado mediante la Resolución No.079-97-TDC⁽¹⁸⁾.

Sin embargo, siguiendo ese mismo razonamiento, pensamos que la situación podría ser distinta cuando la solicitud es presentada por el propio deudor. En efecto, cuando un agente económico decide solicitar a la comisión la declaración de su estado de insolvencia, se entiende que ha asumido las consecuencias que dicha declaración va a tener sobre su prestigio y sobre su imagen crediticia, y que ha evaluado convenientemente los costos y los beneficios que la misma acarrea. En ese sentido, no puede justificarse el carácter reservado de la etapa preconcursal en consideraciones tales como el evitar dañar la imagen del solicitante, pues éste mismo ha preferido acogerse al régimen concursal a tener que afrontar por sí solo su situación patrimonial o el pago de sus deudas.

Queda entonces por resolver el problema que podría surgir en el caso que los acreedores, una vez conocida la presentación de la solicitud, optasen por acelerar el cobro de sus acreencias y la ejecución de los bienes del insolvente, puesto que presumen el incumplimiento en el pago de sus créditos. Sobre este particular, es necesario señalar que el daño sufrido por el patrimonio del deudor podría ser irreparable, al punto de determinar la imposibilidad de su recuperación y su disolución y liquidación como única salida que permita a los acreedores, al

(18) A raíz de la tramitación del procedimiento de nulidad de la resolución por la cual se declaró la insolvencia de Cinolsa, en la Resolución No.106-96-TDC, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal precisó que “no se puede establecer un criterio único para todos los procedimientos derivados de la aplicación de las normas concursales y que, por el contrario, el nivel y la amplitud de las investigaciones, así como los medios utilizados para tal fin, deben determinarse para cada caso, en atención a los indicios e información que obren en el expediente”.

menos, la recuperación de parte de sus créditos.

En esa medida, tampoco resultaría viable, por esta última consideración, el levantamiento del carácter reservado cuando la solicitud es presentada por el propio deudor. Sin embargo, creemos que existe una salida que haría posible levantar la reserva en la etapa preconcursal y a la vez evitar que los acreedores apresuren el cobro de sus acreencias.

Para ello, sería necesaria una modificación legislativa, consistente en establecer el levantamiento del carácter reservado del procedimiento una vez admitida a trámite la solicitud presentada por el deudor. Para que esta medida resulte eficiente y no conlleve un apresuramiento en el cobro por parte de los acreedores, debe ir acompañada con la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones y de la ejecución de los bienes del deudor.

En otras palabras, la reserva se levantaría con la resolución de la comisión por la cual requiere al solicitante para que se ratifique en su solicitud de declaración de insolvencia. De esta forma, los acreedores podrían aportar a la autoridad administrativa mayores elementos respecto de la real situación patrimonial del presunto insolvente, antes de que la declaración de insolvencia les cierre toda posibilidad de impugnación, y dotaría de mayor seguridad al pronunciamiento de la comisión. Asimismo, los deudores tendrían un incentivo adicional para no falsear información o simular deudas que conlleven una reducción patrimonial⁽¹⁹⁾.

Es cierto que la participación de los acreedores en la etapa preconcursal podría conllevar una demora en el procedimiento que lo hiciera

ineficiente y poco atractivo para quienes se encuentran en situación de insolvencia. Por ello, deberían implementarse las medidas y mecanismos procesales necesarios para evitar que el procedimiento se torne engorroso.



Por otro lado, también es cierto que si como resultado de una impugnación –la misma que, como hemos visto, sería declarada improcedente– el tribunal decide de oficio la suspensión del procedimiento y el inicio de un proceso de investigación tendiente a determinar la existencia de simulación que conlleve la nulidad de la declaración de insolvencia, el procedimiento se haría aun más largo y perjudicial para los verdaderos acreedores del insolvente. Es por ello que pensamos que conviene más prevenir que tratar de solucionar después, cuando puede ser

(19) “Tomar el grado de información los acreedores como un hecho dado implica admitir que la insolvencia de un deudor no puede preverse o, como mínimo, que todas las categorías de acreedores han podido reflejar en las condiciones de su crédito el coste de la información necesaria para preverla. Pero es claro que ninguna de estas suposiciones es cierta. Advertir esto tiene una importancia capital para el análisis del derecho concursal.

Si la insolvencia del deudor es previsible, entonces el derecho concursal, a los efectos de poder maximizar el valor del patrimonio del deudor, debería impedir absolutamente que durante el periodo en el que su posibilidad es significativa, se dispusiera de ese patrimonio de un modo distinto a como se dispondría de él en el procedimiento concursal. La razón parece clara: si la insolvencia es previsible, el riesgo de que los acreedores inicien la competición para hacerse individualmente con el patrimonio del deudor se anticipa a la apertura del procedimiento concursal. Ahora bien, dado que se trata sólo de la previsibilidad de la insolvencia, el modo mejor de obligar a los acreedores a conducirse de forma cooperativa desde el comienzo es estableciendo un sistema que se desencadene *ex post*, pero que por su automatismo y claridad pueda ser percibido por los acreedores como una amenaza que les desincentive de la pretensión de obtener ventajas estratégicas”. BISBAL, Joaquín. Op.cit.; pp.857-858.

demasiado tarde, las imperfecciones cometidas en la etapa preconcursal.

Nuestra propuesta conlleva además el riesgo de que los deudores aprovechen la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones y de las ejecuciones pendientes para demorar el pago de sus deudas. En efecto, podría darse el caso que un deudor necesite aplazar el pago de una deuda. Para ello, presenta su solicitud de declaración de insolvencia. Una vez admitida a trámite, obtiene la suspensión de la exigibilidad de sus deudas. Sin embargo, al no ser insolvente, la comisión deniega su solicitud. Pero el deudor ya obtuvo la demora necesaria para poder hacer frente a sus obligaciones⁽²⁰⁾.

Al respecto, consideramos que, a fin de evitar que el procedimiento sea usado como un mecanismo para obtener la demora o el aplazamiento en el cobro de las deudas que mantiene el solicitante, la evaluación de la documentación presentada debe ser lo más exhaustiva posible al punto que debe constatar que de la información contenida en dicha documentación se desprenda que el solicitante efectivamente ha sufrido pérdidas superiores a las dos terceras partes de su patrimonio, como requisito para que la comisión proceda a requerirlo para que se ratifique en su solicitud. Incluso podría sancionarse a quienes pretendan usar el procedimiento como simple mecanismo de aplazamiento de pago, a través de la imposición de multas.

9 Consideraciones adicionales en torno a la oportunidad del levantamiento de la reserva.

La propuesta esbozada en líneas precedentes conlleva también la solución a otro problema existente en la actualidad, vinculado con la reserva del procedimiento. Como ya hemos señalado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 8 de la LRP, el carácter reservado del procedimiento únicamente

se levanta con la inscripción de la resolución que declara la insolvencia o la publicación de la convocatoria a junta de acreedores, lo que ocurra primero, bajo responsabilidad del funcionario infractor.

Asimismo, de acuerdo a lo señalado por el artículo 17 de la misma norma, el insolvente está obligado a presentar, dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha en que quedó consentida, la resolución que declara su insolvencia, en todos los procedimientos seguidos en su contra para el cobro de deudas que mantiene impagas.

Sin embargo, la LRP no establece que la reserva del procedimiento pueda ser levantada con la presentación de la resolución ante la autoridad arbitral, judicial o coactiva que conoce de un proceso en contra del insolvente, es decir, el supuesto regulado en el artículo 17. Esto constituye una omisión normativa que puede ocasionar el problema que trataremos de explicar con el siguiente ejemplo:

Imaginemos el caso de un acreedor que ha visto paralizada la cobranza de su acreencia, la misma que iba a realizarse a través de la ejecución de un bien del insolvente, en virtud de la presentación por parte del insolvente de una copia certificada de la resolución que declara su insolvencia. Ante esta circunstancia, el acreedor decide acercarse a la comisión a fin de obtener información acerca del procedimiento. Sin embargo, los funcionarios de la comisión, dado que la declaración de insolvencia aún no ha sido inscrita ni se ha publicado la convocatoria a junta de acreedores, se verían obligados, bajo responsabilidad, a guardar silencio acerca de la existencia del referido procedimiento, pese a que el acreedor cuenta con una copia de la resolución emitida por la propia comisión. Esto contribuye a generar inestabilidad e inseguridad en el acreedor, que no sabe a qué atenerse, puesto que no cuenta con la información suficiente, lo cual puede impedirle tomar una decisión eficiente respecto de su crédito.

(20) Sin embargo, debe tomarse en consideración que esta opción podría resultar poco atractiva si se evalúan las consecuencias sobre la imagen del solicitante que conlleva la presentación de la solicitud para que se declare su insolvencia.

En cambio, al levantarse la reserva del procedimiento con la citación al deudor para que se ratifique en su solicitud, de acuerdo a lo señalado en nuestra propuesta, los acreedores pueden conocer sin mayor problema y sin recibir informaciones contradictorias los pormenores del procedimiento.

Cabe señalar que, con esta medida, el problema únicamente quedaría solucionado en el supuesto de la declaración de insolvencia a pedido del propio deudor. En ese sentido, consideramos que en el procedimiento de declaración de insolvencia a pedido de acreedores se debería incluir a la presentación de la resolución de la comisión ante la autoridad que conoce de los procesos seguidos contra el insolvente junto a la inscripción de la resolución y la publicación de la convocatoria a junta, como uno de los supuestos en los cuales debe levantarse la reserva del procedimiento.

Sobre el particular, creemos que la declaración de insolvencia adquiere en los hechos carácter público cuando el insolvente presenta la resolución en todos los procesos de ejecución de sus bienes. En esa medida, no se justifica seguir ocultando la tramitación del procedimiento, máxime si existe un pronunciamiento de la Administración que se encuentra debidamente consentido.

10 A manera de conclusión.

La propuesta desarrollada en el presente trabajo consiste en una modificación legislativa que implica el levantamiento del carácter reservado del procedimiento con la citación al deudor para que se ratifique en su solicitud de declaración de insolvencia, levantamiento que debe ir acompañado de la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones pendientes de pago y de la ejecución de los bienes del solicitante, así como de una revisión exhaustiva de la documentación

presentada en el procedimiento, de tal forma que solamente cuando a criterio de la comisión haya quedado debidamente acreditada la reducción patrimonial establecida en la LRP, se proceda a citar al deudor para que se ratifique en su solicitud.

Asimismo, pensamos por las razones anteriormente expuestas, que sería pertinente considerar la modificación del tratamiento del carácter reservado del procedimiento cuando la declaración de insolvencia es solicitada por uno o más acreedores, en el sentido de incluir entre los supuestos de levantamiento de la reserva a la presentación de la resolución ante la autoridad que conoce de los procesos seguidos en contra del insolvente con el fin de cobrar las deudas que mantiene impagas.

Finalmente, consideramos que el criterio adoptado por el INDECOPI respecto de los sujetos legitimados para impugnar los actos administrativos emitidos en la etapa preconcursal debería ser revisado, a fin de permitir a los acreedores ejercer la defensa de sus intereses frente a la resolución de declaración de insolvencia, en aquellos casos en que consideren que ha existido simulación de deudas o se ha presentado información falsa respecto de la situación patrimonial del deudor.

Mediante el presente trabajo hemos buscado contribuir a perfeccionar el marco normativo que rige el derecho concursal en la actualidad. Somos conscientes que, muchas veces, únicamente cuando las normas entran en vigencia y son aplicadas, saltan a la vista sus defectos e imperfecciones. Por esta razón, creemos que los operadores de la Ley de Reestructuración Patrimonial deben permanecer atentos para recoger las experiencias que brinda la aplicación de sus disposiciones, a fin de mejorar el tratamiento legislativo y, de esta forma, contribuir a lograr el bienestar general en una sociedad en la que imperen reglas de juego claras y eficientes. ^{AP}