
Odisea concursal y crisis empresarial

Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador

Luis Francisco Echeandía Chiappe
Abogado

*A mis dos mujeres, Bego e Inés, que por este trabajo
vieron agravada la insolvencia del tiempo que les
dedico; por ser ellas y estar aquí(*).*

1 Confusiones de invierno: a manera de introducción, exorcismo y catarsis. El recuento de una agitada vida.

A mediados de 1998, sugerí que “(...) la propia promulgación de la Ley de Reestructuración Empresarial fue el primer paso en el proceso que dio lugar al nacimiento de la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo No.845); un proceso necesario cuando se quiere generar, a mediano plazo, un régimen que realmente proporcione alternativas de solución eficientes a las situaciones de crisis económica o financiera que pueden afectar a cualquier persona en una economía de mercado; un proceso en el cual la Ley de Reestructuración Patrimonial debe verse también como otro prototipo y de ninguna manera como el producto final^(1*)”.

La reflexión respondía al contraste que hay entre los aproximadamente menos de cuatro años de vigencia que tuvo la Ley de Reestructuración Empresarial⁽²⁾ y los sesenta años que llegó a regir la Ley Procesal de Quiebras⁽³⁾ que la precedió. Mientras escribí esos comentarios consideré que, dado el carácter estructural que tiene la legislación concursal en todo sistema jurídico, el abandono del longevo modelo de quiebras y la adhesión a los conceptos del llamado “derecho de crisis”, harían necesario un proceso de evolución que consolide el nuevo régimen. Lo que no imaginé es que, poco tiempo después, la Ley de Reestructuración Patrimonial (en adelante, la Ley)⁽⁴⁾ sería presa de la coyuntura, la casuística y la burocratización o “rejudicialización” de los procesos, como dice un amigo.

La avalancha comenzó el 7 de junio de 1999, cuando se promulgó la Ley No.27146 o Ley de Fortalecimiento

(*) Mi especial agradecimiento a dos buenos amigos: Gonzalo De Bracamonte, quien me convenció de volver a escribir, no me permitió desistir, puso a prueba cada una de mis ideas (y pagó las consecuencias), es permanente soporte y mejor amigo; y a Jaime Dupuy, entusiasta lector y relector, crítico sincero, paciente escucha, acertado consejero, garantía de eficiencia profesional y de envidiable calidad personal.

(1) ECHEANDÍA CHIAPPE, Luis Francisco. *Sobre insolvencias, insolventes y formas de enfrentar una crisis*. En: *Estudios sobre reestructuración patrimonial*. Gaceta Jurídica, Tomo 57. p. 37, Lima, 1998.

(2) Decreto Ley No.26116 (vigente del 31 de diciembre de 1992 al 21 de septiembre de 1996).

(3) Ley No.7566, Ley Procesal de Quiebras, publicada el 2 de agosto de 1932, fue sucesivamente modificada por las Leyes Nos.7607 de 1932, 15485 de 1942, 16267 de 1966 y 16694 de 1967 y por los Decretos Leyes Nos.17801 de 1969, 18357 de 1970 y 21675 de 1976.

(4) Decreto Legislativo No.845, vigente desde el 22 de septiembre de 1996.

del Sistema de Reestructuración Patrimonial⁽⁵⁾ (en adelante, la Ley de Fortalecimiento). El 01 de noviembre, luego de suficientes meses como para que algunos creyeran que era otro cambio, vio la luz el Texto Único “Ordenado”⁽⁶⁾ (TUO) de la Ley, aprobado por Decreto Supremo No.014-99-ITINCI.

Los más despistados no habían terminado de entender que el TUO no traía modificaciones a la Ley cuando, exactamente un mes después, se enfrentaban al Decreto de Urgencia No.064-99 (el Decreto de Urgencia) que, además de agregar el Procedimiento Transitorio a la lista de procesos de reestructuración, modificaba los artículos 47, 49, 50 y 109 de la Ley; tres de los cuales recién había modificado la Ley de Fortalecimiento, ¿o fue el TUO?

Pasaron los meses y el lunes 24 de abril de 2000 nuestros gobernantes nos notifican el Decreto de Urgencia No.026-2000⁽⁷⁾ por el cual “Precisan alcances de diversas disposiciones del TUO de la Ley de Reestructuración Patrimonial y establecen normas sobre la utilización (sic) de acciones de garantía”; cuyos dispositivos fueron luego recogidos en la Ley No.27295, del 28 de junio de 2000, Ley Modificatoria y Complementaria del Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, no de la Ley⁽⁸⁾.

Luego de un merecido descanso de nuestros legisladores, el 29 de octubre de 2000, se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo No.121-2000-EF, en el cual “Precisan alcances de normas referidas a mecanismos de reprogramación de pagos y determinación de créditos comprendidos en procedimientos previstos en nuestra legislación”. Con menos de dos meses de vigencia, por Decreto Supremo No.139-2000-EF, del 15 de diciembre del mismo año, se derogó el primero de los dos artículos que tenía la norma de octubre.

Por último, unos días antes, exactamente el 4 de diciembre de 2000, se publicó el Decreto de Urgencia No.110-2000, a través del cual se dictó “(...) medidas para evitar que procesos de insolvencia a que se refiere

el Decreto Supremo No.014-99-ITINCI sean afectados por existencia de vinculación económica entre deudor y acreedor”.

Toda una mutación, lo que debió ser una natural evolución. Gracias a la incuestionable facilidad que tuvo el Indecopi para lograr la aprobación de sus propuestas legislativas, por lo menos son ocho las normas referidas al régimen concursal peruano dictadas en tan sólo año y medio. Si la situación no varía, probablemente cuando se publique este trabajo se haya promulgado la nueva Ley del Procedimiento Concursal propuesta por el Indecopi.

Que haya muchas normas, dirán algunos, no tiene por qué ser un problema. Pero, ello es válido cuando se trata de ajustes necesarios para mejorar la eficiencia del régimen; no cuando los cambios constituyen verdaderos golpes de timón en la filosofía que guía el sistema concursal, como ha sucedido con gran parte de las modificaciones mencionadas. No podemos olvidar que la inestabilidad de las reglas genera inseguridad jurídica y ésta ahuyenta la inversión.

Como ya mencioné, la norma concursal se infectó de coyuntura; dejó su sitio en la estructura de nuestro sistema legal para dedicarse a atender los requerimientos de la política económica y fue promocionada como el “salvavidas” de las empresas; es decir, una de las herramientas que permitirían recomponer en menor plazo la cadena de pagos y alcanzar la escurridiza recuperación económica.

A ello debemos la “simplificación” de los procedimientos, la posibilidad de acceder a la protección del patrimonio sin necesidad de cumplir requisito alguno, o el felizmente transitorio Procedimiento Transitorio, entre otros. Según los resultados, sólo se logró frustrar nuevamente las expectativas del empresariado⁽⁹⁾.

En el plano de la casuística, basta mencionar que, gracias a la experiencia del Concurso Preventivo de Bakelita y Anexos S.A. -BASA-, se introdujo entre las causales para la declaración de insolvencia el

(5) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio de 1999.

(6) Aprobado por Decreto Supremo No.014-99-ITINCI. Las comillas obedecen a que es lo más lejano a un Texto Único Ordenado que podamos imaginar. No recoge la fe de erratas de la Ley de Reestructuración Patrimonial; no tiene una nueva numeración para los artículos, pues mantiene la numeración de aquellos que han sido derogados; y trae dos grupos de disposiciones finales, por ejemplo.

(7) Promulgado el 22 de abril de 2000.

(8) Lo que ha generado un pequeño problema de jerarquía normativa, pues el TUO se aprobó por Decreto Supremo.

(9) Sólo en abril de 2001, después que venció la prórroga de su vigencia que el Indecopi promovió, los representantes de este organismo admitieron públicamente que el Procedimiento Transitorio fue perjudicial para el mercado.

acuerdo entre el deudor y sus acreedores, independientemente de la situación económica o financiera del primero; o que a Lau Chun deben los deudores la posibilidad de evadir la declaración de su insolvencia con el inicio de un Concurso Preventivo⁽¹⁰⁾.

La burocratización o “rejudicialización” de los procedimientos es más una actitud tras las modificaciones que una disposición en concreto, y obedece a dos factores gravitantes en la objetividad de la norma: el acelerado incremento de la carga procesal que sufrió el Indecopi como consecuencia de las expectativas creadas en torno al régimen concursal; y la ventaja que tuvo dicho organismo al tener la última palabra en cuanto al sentido de los cambios.

Como consecuencia de esta actitud, son varias las reformas introducidas a la Ley, motivadas más que por una mejora en los resultados de los procesos, por el culto a las estadísticas y las limitaciones presupuestales, que suelen tirar por la borda los mejores proyectos en el sector público. Es por ello que, a medida que se han sucedido las modificaciones, nuestra legislación se ha visto invadida por un conjunto de normas que descargan la responsabilidad de las comisiones del Indecopi en el impulso de los procedimientos, trasladándola a las partes y renunciando a su obligación de tutelar los derechos patrimoniales involucrados en la crisis.

Pero la coyuntura, la casuística y la burocratización no son, por sí solas, las responsables de las distorsiones que ha sufrido nuestro régimen concursal en los últimos años, pues en ello ha tenido una incidencia decisiva la

aludida libertad del Indecopi para lograr la aprobación de sus propuestas normativas.

Llevando al plano de la legislación la explicación que hace la teoría económica de la relación que tenemos con los bienes, según sean éstos escasos o abundantes; me atrevo a sugerir que la excesiva facilidad que hubo, a partir de 1999, para lograr la aprobación de normas en materia concursal, afectó gravemente la calidad de las disposiciones. En otras palabras, nuestro actual régimen es producto de la supremacía de la cantidad sobre la calidad⁽¹¹⁾.

En definitiva, creo que el régimen concursal peruano ha sido una víctima más de la crisis de institucionalidad que vivió el país en los últimos años; y creo que revertir esta situación no será fácil, menos aún si ustedes están leyendo estos párrafos después de haberse promulgado la Ley del Procedimiento Concursal en los términos del proyecto (al que me referiré como el Proyecto) que el Indecopi remitió al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales -MITINCI-. De ser así, confío en el valor académico que, gentilmente, atribuyan a las disquisiciones que siguen.

2 El concurso de principio a fin: los fines del derecho concursal y sus principios básicos.⁽¹²⁾

El proceso concursal, a donde llegaremos después de un previsiblemente agotador recorrido, con escalas en los principales temas de interés que encontraremos en el camino, es el momento cúspide de cualquiera de los procedimientos concursales⁽¹³⁾ regulados en nuestra

(10) Cabe precisar que las mencionadas modificaciones no se aplicaron a los casos que les dieron origen; pero tampoco tuvieron particular incidencia en la eficiencia del régimen concursal.

(11) Un claro ejemplo es la regulación de la confidencialidad del procedimiento de declaración de insolvencia, de la cual se dijo que en sus términos originales permitía a los deudores seguir endeudándose mientras se mantenía la reserva del procedimiento. Con motivo de la elaboración del proyecto que dio origen a la Ley No. 27146, se discutió la necesidad de subsanar el problema, concluyéndose que había que quitar la reserva a los procedimientos tramitados con la aceptación del deudor. No obstante, al aprobarse la norma, la reforma alcanzó a los procedimientos iniciados por el propio deudor, manteniéndose la reserva en los procedimientos iniciados por acreedores en los cuales el deudor se allana al pedido de éstos y consiente en la declaración de su insolvencia.

Aunque con relevancia mucho mayor que el tema anterior, similar ha sido el caso de la solución encontrada para frenar la intervención del Poder Judicial en los procesos concursales; recogida en un Decreto de Urgencia y una Ley, a pesar que las disposiciones aprobadas sólo repiten conceptos y mandatos que ya están regulados en otras normas de nuestra legislación y que son tan evidentes como la necesidad de agotar las instancias administrativas antes de impugnar el procedimiento en la vía judicial.

(12) Esta parte es lo que podríamos llamar un “manual de bolsillo” o “guía práctica” en la que trataré de presentar los principales elementos que conforman el marco conceptual del derecho concursal. Durante el desarrollo del artículo, su contenido nos será de gran utilidad, a mí para sustentar y a ustedes para evaluar la validez de mis opiniones.

(13) Debe distinguirse el procedimiento concursal, que es el procedimiento administrativo regulado en la norma pertinente y a cargo de una autoridad concursal; del proceso concursal en el cual el universo de acreedores de un determinado agente económico concurre en la búsqueda de una solución a la falta de pago de sus créditos. La Ley de Reestructuración Patrimonial, aún vigente mientras elaboro este artículo, regula tres procedimientos: el de Declaración de Insolvencia, el Simplificado y el Concurso Preventivo; y en los tres se desarrolla un proceso concursal a través de las reuniones de la Junta de Acreedores.

legislación, pues con la participación de todos los involucrados en la crisis de la empresa⁽¹⁴⁾, en él se decide la suerte, tanto del deudor como de los acreedores (en realidad, de sus respectivos derechos patrimoniales).

Complejo, excepcional y muchas veces incomprendido, el proceso concursal es (además de culpable del aparente trabalenguas en el que corre el riesgo de convertirse este trabajo) la razón de ser de cada procedimiento concursal. Al éxito del proceso concursal se deben los esfuerzos desplegados en los trámites previos, y en su éxito están concentradas las esperanzas de todos los involucrados en la crisis.

Quien ha tenido la oportunidad de participar en un proceso concursal, coincidirá conmigo en que tras esta idea hay todo un entramado de reglas, derechos, obligaciones, responsabilidades, intereses y hasta códigos de conducta propios, que difícilmente pueden ser transmitidos en un trabajo teórico; barrera que trataré de vencer en un esfuerzo por transmitir a ustedes mi percepción de esta particular y peculiar vertiente de la actividad jurídica.

Cuando debo explicar en qué consiste el derecho concursal suelo decir que, para comprenderlo y conocerlo en su real dimensión, es necesario romper con gran parte de las nociones aprendidas a lo largo de la formación profesional, estar preparado a ignorarlas y actuar en el sentido inverso. La razón es simple. El derecho concursal entra en escena cuando el derecho común se convierte en obstáculo para solucionar una crisis que involucra una pluralidad de intereses, que además son diversos e incluso contrapuestos.

En una situación ordinaria, ante el incumplimiento de un deudor, el acreedor puede exigir el pago y accionar por la vía judicial para obtenerlo. Si cuenta con garantías constituidas, podrá ejecutarlas; de lo contrario, podrá dirigirse, indistintamente, contra cualquier bien integrante del patrimonio que, de manera general, garantiza el cumplimiento de las obligaciones asumidas por su titular.

Sin embargo, la racionalidad de dicha regla colapsa ante la presunción o la evidencia de un desbalance en

virtud del cual el patrimonio del deudor puede resultar insuficiente para pagar a todos los acreedores; supuesto que, por sí mismo, colisiona con los fundamentos básicos de nuestro sistema jurídico y con el normal desarrollo del mercado. A decir de Marta Stilerman, la sola verificación de la insuficiencia patrimonial justifica una respuesta particular por parte del sistema jurídico.

“Se dice que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, es decir, la garantía que tienen éstos de ser satisfechos en sus acreencias. Esta garantía resulta eficaz en tanto que la relación existente entre el activo y el pasivo de una persona (física o jurídica) determinada se incline a favor del primero y la persona se encuentre en posibilidad de satisfacer sus deudas. (...) Cuando, por el contrario, el pasivo supera al activo (...) debe arbitrarse una solución que permita conservar la mayor equidad posible entre los acreedores (...) Tal es la situación concursal⁽¹⁵⁾”.

Para comprender la necesidad de una solución como la planteada por Stilerman hay que tener en cuenta, además, que cuando la situación de desbalance se difunde, se genera un incentivo para el inicio de acciones individuales por parte de los acreedores, lo que afectará aún más el patrimonio insuficiente y reducirá progresivamente las posibilidades de pago de todas las obligaciones.

Equívocamente, Ignacio Ascuti y Francisco Junyent Bas⁽¹⁶⁾ sostienen que, ante la situación generada por la crisis, los procesos concursales tienen la finalidad de recomponer el pasivo del deudor mediante un acuerdo con sus acreedores o la liquidación del patrimonio para distribuir su producto entre ellos. Decir que el régimen concursal tiene por objeto reestructurar deudas o liquidar bienes es tan errado como pretender restringir los alcances del derecho concursal a los antiguos procesos liquidatorios o afirmar que la ley peruana busca reestructurar empresas (viables o no). Así como no podemos esperar que la gallina ponga los huevos ya fritos, tampoco podemos reclamar que la legislación concursal sirva, específicamente, para reestructurar deudas o liquidar empresas⁽¹⁷⁾.

(14) El uso del término “empresa” tiene por objeto simplificar la explicación. La Ley de Reestructuración Patrimonial es aplicable a personas naturales o jurídicas que no realizan actividad empresarial.

(15) STILERMAN, Marta. *Manual de Derecho Concursal*. Tomo I. Buenos Aires. pp. 21-22.

(16) ASCUTI, Ignacio y JUNYENT BAS, Francisco. *Instituciones de derecho concursal*. Córdoba, 1998. p. 165.

(17) De ahí proviene el aparente fracaso de la legislación concursal, no sólo en el Perú, sino en países con realidades tan disímiles como, por ejemplo, los Estados Unidos de Norteamérica. En ambos casos, las normas han sido cuestionadas por el bajo número de empresas reflotadas a través de sus procedimientos.

Para evaluar la eficiencia de un régimen concursal, resulta irrelevante si la solución de la crisis pasa por una reestructuración, por una liquidación o por cualquier otro método que pueda aplicarse en cada caso particular. Lo que en realidad debe exigirse a una norma concursal es que genere las condiciones necesarias para llegar a una solución eficiente de la crisis, sea cual fuere el mecanismo por el que se opte.

Con algunas variantes en cuanto a la clasificación que utiliza, la doctrina coincide en reconocer que, por su particular naturaleza y el carácter excepcional de sus normas, el derecho concursal se sustenta en (y podemos agregar que cumple su finalidad gracias a) determinados principios característicos, los cuales, a decir de Bonfanti y Garrone, “son propios y aún exclusivos del instituto⁽¹⁸⁾”. De éstos debemos resaltar, en forma especial, el principio de universalidad, el principio de colectividad y el principio de igualdad.

Por el principio de universalidad, los procesos concursales deben involucrar a la totalidad del patrimonio de la empresa, así como al universo de los acreedores comprendidos en los procesos, en los términos particulares que establece cada legislación.

El principio de colectividad de los procesos, que algunos autores identifican como la aplicación del principio de universalidad respecto de los acreedores, está referido, precisamente, a la naturaleza misma de los procesos concursales, es decir, a la concursalidad como elemento característico y necesario. Es la intervención en el proceso de todos los acreedores a quienes alcanza la aplicación del principio de universalidad.

En tercer lugar, el principio de igualdad, identificado en la doctrina con la expresión latina *par conditio creditorum*⁽¹⁹⁾, que recoge la regla de la distribución equitativa de las ganancias o las pérdidas entre todos los acreedores, sin dejar de respetar los privilegios que corresponde a cada uno según la naturaleza o características de su propio crédito.

Además de los anteriores, y sin perjuicio de otros respecto de los cuales no hay una posición uniforme, creo ineludible agregar a la relación de principios básicos del derecho concursal, el de excepcionalidad.

Si bien por alguna razón que no conozco la doctrina no incluye a la excepcionalidad entre los principios del derecho concursal, el carácter excepcional de la aplicación de las normas concursales es innegable. Sostener lo contrario, y pretender que las normas concursales formen parte de las reglas del derecho común que rigen las relaciones jurídicas de las personas en situaciones ordinarias, es desconocer la naturaleza y los fundamentos mismos del tema y equivale a extender la partida de defunción de la seguridad jurídica en la contratación.

Para terminar esta presentación del marco conceptual que sustenta al régimen concursal, debo referirme al carácter público o privado que le atribuye cada sistema legal, asunto de especial importancia para analizar la legislación peruana.

Dependiendo del carácter que tengan las normas concursales, la doctrina identifica hasta tres métodos de tratamiento de la crisis: el método gubernativo, el método de mercado y el método de mercado corregido⁽²⁰⁾.

Según Roberto García Martínez⁽²¹⁾, el carácter público del derecho concursal obedece a la existencia de un interés general en la defensa de la economía, el crédito y la producción; lo que lleva a considerar que es la sociedad en general la afectada por la crisis y no los acreedores o el deudor en particular. Como sostiene Ernesto Eduardo Martorell⁽²²⁾, atendiendo al interés general involucrado, las normas de la legislación concursal son de orden público y por tanto de cumplimiento ineludible; y en los procesos, la participación preponderante la tiene la autoridad judicial⁽²³⁾. Como consecuencia de esta concepción publicista del derecho concursal, a inicios de la Edad Media se desarrolla el método gubernativo, que propugna el principio de conservación de la empresa como solución a las situaciones de falencia.

(18) BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. *Concursos y Quiebras*. 3a. Edición. Buenos Aires, 1978, p. 47.

(19) En contraposición con la regla *prior in tempore potior in jure* que rige en el derecho común, por la que quien acciona en primer lugar tiene preferencia para el cobro.

(20) Un completo análisis del tema en BISBAL MÉNDEZ, Joaquín. *La empresa en crisis y el derecho de quiebras*. Bolonia, 1986.

(21) GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto. *Derecho Concursal*. Buenos Aires, 1997. p. 19

(22) MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Tratado de concursos y quiebras*. Buenos Aires, 1998, pp. 21 y 58.

(23) La protección del interés general o común se sustenta en la desigualdad que habría entre los acreedores involucrados, situación que obliga a la intervención estatal para garantizar la equidad en los procesos.

En cuanto al método de mercado, que tutela por sobre todo al crédito, éste parte de considerar a la crisis, manifestada por ejemplo en la cesación de pagos, como un problema privado, que debe ser arreglado entre el deudor y sus acreedores; y limita la participación gubernamental a partir de una supuesta igualdad entre los involucrados en la crisis. Por tal razón el método de mercado privilegia los regímenes liquidatorios en los que se persigue la redistribución de los recursos del deudor a partir de la realización de sus bienes.

Por último, el método de mercado corregido ocupa el lugar intermedio entre los anteriormente comentados. Reconoce el interés público involucrado en las situaciones de crisis, lo que se manifiesta en el carácter imperativo de sus normas; pero también el derecho de los acreedores a tomar las decisiones fundamentales en el proceso.

Así, el método de mercado corregido incorpora los regímenes reorganizativos y preventivos, sin dejar de lado los liquidatorios, pero sin privilegiar unos sobre otros. Siendo cierto que existe una preocupación por evitar la excesiva salida del mercado de empresas que pudiesen seguir operando, el método de mercado corregido no se pone como meta específica evitar su liquidación, sino simplemente generar las condiciones que permitan una adecuada evaluación de sus posibilidades de recuperación. Como sostiene Bisbal, mientras el método de mercado se preocupa por reducir los costos de transacción en los procedimientos liquidatorios, el método de mercado corregido se interesa por reducir los costos mediante mecanismos que permitan evaluar la mayor eficiencia de la liquidación frente a otras alternativas. En ese orden de ideas, Bisbal sostiene: “en realidad, lo que ha sucedido ha sido un cambio de orientación con respecto al tipo de costes que conviene reducir para lograr la disminución de los costes de la quiebra. De una preocupación por la reducción de los costes derivados de la quiebra (costes secundarios) se ha pasado a un intento de reducir el número y la gravedad de las quiebras (los costes primarios). El aspecto más interesante de este cambio de acento reside en el modo de adecuar los incentivos establecidos para lograr el número óptimo de empresas en el mercado a las modificaciones que éste ha sufrido (...) En otros

términos el sistema concursal ha de procurar que sólo se produzcan las quiebras inevitables según el juicio de valoración negativo. Esto vuelve a replantear la cuestión del número óptimo de quiebras (y del número óptimo de empresas en el mercado). Es obvio que un método que sólo reprocha al deudor la falta de puntualidad en el cumplimiento de sus obligaciones (la cesación de pagos o el sobreseimiento), implícitamente demuestra una preferencia por la satisfacción puntual de los créditos. (...) Una política jurídica del primer género manifiesta un interés por maximizar el activo a repartir y por garantizar, en consecuencia, que el riesgo de incumplimiento que recaerá sobre los acreedores será mínimo. (...) Pero también es obvio que un método que lleva a la liquidación del patrimonio a todos aquellos que cesan en los pagos sin ulteriores matices, comporta un número de quiebras muy superior que el número de las que ocurren cuando se exige que la cesación vaya acompañada de otras condiciones para proceder a la liquidación. Esto no debe interpretarse de modo crítico. En realidad, que haya muchas o pocas quiebras es una cuestión distinta del número óptimo, y el sistema concursal no debe perseguir la reducción absoluta de su cantidad sino procurar que ésta tienda a la óptima. Pero el saneamiento ‘espontáneo’ del mercado, en el que colabora el sistema concursal, sólo puede producirse con el criterio de eliminación fundado en el sobreseimiento en la medida en que se den las condiciones de un mercado competitivo con libertad de salida y de entrada (o dicho de otro modo, sin costes ni en la entrada ni en la salida). Cuando esta condición no se cumple (o cuando se percibe que no debe cumplirse) la Quiebra deja de actuar como válvula de seguridad⁽²⁴⁾”.

3 Hecho y desecho en el Perú: buceando en las raíces de un producto nacional.

Si algo es innegable respecto de nuestro régimen concursal, incluso para sus detractores, es su nacionalidad. Efectivamente, el Perú ha sido uno de los primeros países, si no el primero, en sustraer las discusiones concursales del fuero judicial y trasladarlas al ámbito administrativo, poniéndolas a cargo del Indecopi -Instituto Nacional de Defensa de la

(24) Op. cit.; pp. 127-128

Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual⁽²⁵⁾.

Aun cuando, en principio, podemos identificar a nuestro autóctono régimen concursal con el método de mercado corregido, lo más apropiado sería hablar de un nuevo método de mercado corregido y “peruanizado”. Por ejemplo, como consecuencia de la ya mencionada y difundida “desjudicialización”, la autoridad concursal ha visto reducidas sus atribuciones en la solución de conflictos directamente vinculados con el concurso y, además, ha sido necesario incorporar a la legislación disposiciones destinadas a regular la relación que tienen con el régimen los órganos jurisdiccionales.

Por otro lado, cabe resaltar la originalidad de los tres procedimientos contenidos en la Ley de Reestructuración Patrimonial, que no responden a los parámetros habituales de la legislación comparada. Basta mencionar, al respecto, que sólo un peruano identificaría una quiebra con las disposiciones contenidas en el Título VII de nuestra Ley, pues los foráneos insistirían en sostener que el proceso de quiebra es el que nosotros llamamos “declaración de insolvencia”.

En cualquier caso, como un análisis detallado de las características de nuestro régimen concursal excedería las posibilidades de este trabajo, he considerado que la mejor manera de presentarlo es apoyándome en la jurisprudencia administrativa, que expone la filosofía y los fundamentos de la legislación vigente, desde el punto de vista del órgano encargado de la aplicación de la norma concursal⁽²⁶⁾.

Siguiendo a la jurisprudencia, el régimen concursal peruano tiene por objeto reducir los costos de transacción para que el universo de acreedores de un deudor pueda adoptar los acuerdos necesarios para solucionar la crisis en la que se encuentran involucrados. Cabe resaltar que uno de los fundamentos básicos de nuestro régimen consiste en que los acreedores son los principales interesados en tomar las decisiones más eficientes, pues de ello

depende la recuperación de sus créditos. No obstante, la legislación no otorga un trato privilegiado a los acreedores respecto del deudor, sino que actúa en beneficio de todas las partes afectadas por la crisis.

Por otro lado, se ha precisado que, atendiendo a que la vigencia del régimen concursal ocasiona la aplicación de un marco de protección legal de carácter excepcional; cuyo objeto es proteger en forma temporal los bienes de los deudores, estableciendo la inexigibilidad de sus obligaciones y la suspensión de todos los procedimientos destinados a ejecutar o afectar el patrimonio tutelado; el acceso al régimen debe estar restringido a determinados supuestos previamente establecidos en la legislación.

Sobre el particular, la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) ha expresado su preocupación en cuanto al uso indebido de los procedimientos concursales, en los siguientes términos: “Como la vigencia del marco de protección legal del patrimonio afectará el derecho que tienen los acreedores de tomar las medidas que consideren necesarias para lograr el pago de sus créditos, la aplicación de la legislación concursal debe garantizar a todos los agentes económicos que este régimen no se convierta en un instrumento que, utilizado en forma indebida, sirva para evadir o diferir, sin justificación alguna, el pago de obligaciones⁽²⁷⁾”.

En similar sentido, pero centrándose en el reconocimiento de los créditos que sustentan una solicitud de declaración de insolvencia o que son presentados para incorporarlos al proceso, la Sala ha establecido claramente la función de la autoridad concursal, la misma que deberá actuar tutelando los derechos de todos los involucrados. Efectivamente, al fundamentar el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución No.079-97-TDC, desarrolló el siguiente análisis: “Por ello, las normas han provisto a los órganos administrativos encargados de la tramitación de dichos procedimientos de facultades suficientes para hacer las investigaciones que resulten necesarias para verificar la real existencia del estado

(25) En realidad, la autoridad concursal es la Comisión de Reestructuración Patrimonial, una de las siete comisiones que conforman el área de competencia del INDECOPI.

(26) La jurisprudencia utilizada en este punto es la emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI y, aún cuando está referida en forma particular al procedimiento de declaración de insolvencia, permite proporcionar un panorama general de la legislación vigente.

Los pronunciamientos a los que he recurrido en la elaboración de esta parte del trabajo son, principalmente, las resoluciones números 104 y 106-96-TDC; 079, 087, 132, 172, 243 y 258-97-TDC; 031, 038, 052, 069, 081 y 127-2000/TDC-INDECOPI.

(27) Resolución No.0081-2000/TDC-INDECOPI

de insolvencia de una empresa, así como los créditos invocados frente a ella. En estos casos, la Comisión no solo actúa en atención a los legítimos intereses del solicitante (ya sea éste la empresa deudora o un acreedor), sino de todos los demás posibles acreedores de la empresa, que podrían verse perjudicados por la simulación (...) Para efectos de la verificación mencionada, los acreedores podrán presentar la documentación que sustente los créditos invocados que consideren pertinente. Sin embargo, cuando a criterio de la autoridad administrativa la documentación presentada no resulte suficiente o cuando existan elementos que le hagan presumir una posible simulación de obligaciones, o por seguridad jurídica del procedimiento, 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”.

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, ya que en un régimen concursal la solicitud de reconocimiento de un crédito no se opone solamente a los intereses de la insolvente, sino que también tiene efectos sobre los derechos de los demás acreedores de ésta que, con cada crédito reconocido ven reducida su participación, tanto en la junta de acreedores, como en la posibilidad de pago de sus créditos.

Como ha agregado la Sala en otras oportunidades, en el reconocimiento de los créditos la Comisión de Reestructuración Patrimonial asume un papel determinante, ya que al verificar la existencia, legitimidad o cuantía de los créditos invocados por un acreedor está velando por el correcto funcionamiento del sistema concursal, tal como expone la Sala en la Resolución No.004-2000-TDC: “En el marco de lo dispuesto por la ley, la autoridad concursal actúa como la administradora del interés futuro de los acreedores no presentes en la etapa de declaración de insolvencia y es la encargada de verificar que los supuestos previstos en la ley se cumplan para, luego de ello, proceder a atribuir a la solicitante o emplazada la categoría jurídica de insolvente. De la declaración de insolvencia se derivan consecuencias jurídicas directas e indirectas, tanto para la insolvente como para sus acreedores, y la publicación de dicho estado precisamente busca identificar a todos los acreedores

involucrados en la situación de crisis que se ha develado por efecto de la misma, pues serán ellos quienes tomen las decisiones que correspondan sobre el destino de sus créditos y de la empresa en la Junta de Acreedores”.

Indudablemente, si el sustento de nuestro régimen consiste en transferir a los acreedores las facultades para decidir la forma en que se debe solucionar la crisis, debido a que ellos tienen el mejor derecho y los mayores incentivos para adoptar las decisiones más eficientes, lo menos que podemos esperar es que, quienes tomen las decisiones, sean efectivamente los acreedores. Si no se cumple ese requisito, toda la lógica que soporta el régimen concursal peruano se desmorona.

Hasta aquí lo que sería la versión nacional del marco conceptual de la legislación destinada a facilitar la solución de las situaciones de crisis. Al igual que lo expuesto en el numeral anterior, estas ideas nos servirán para analizar la evolución que ha sufrido nuestro derecho concursal y la racionalidad de las diferentes corrientes que hoy pugnan por imponerse en nuestro autóctono modelo; tarea a la que me dedicaré, centrándome en los principales aspectos del régimen concursal, en lo que sigue del trabajo.

Para ello, trataré de seguir la estructura natural de los procedimientos concursales en los que se insertan los procesos. Es decir, comenzaré con la etapa pre concursal, destinada a verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación del régimen; de ahí, pasaré a la etapa de formación del concurso en la cual, simultáneamente con la incorporación de los acreedores al procedimiento se manifiestan los primeros efectos que tiene la apertura del concurso, tanto en el deudor como en sus relaciones con terceros; para llegar, finalmente, al proceso concursal propiamente dicho, que se desarrolla en el marco de la Junta de Acreedores y que, como adelanté, es el escenario en el cual habrá de desentrañarse la trama de esta la historia colectiva.

4 La etapa pre concursal o la gestión de una timba: la racionalidad y legitimidad del régimen concursal puestas a prueba.

Como mencioné anteriormente, someterse al régimen concursal equivale a sustraerse de la aplicación de las reglas del derecho común; lo que sólo puede

justificarse si la situación en que uno se encuentra no es precisamente común. No existe modelo social, político o económico que admita la coexistencia de dos sistemas legales paralelos entre los cuales los individuos puedan transitar, abiertamente, según su necesidad o conveniencia, porque ello sólo acarrearía inseguridad.

Así como nadie aceptaría una partida de ajedrez sabiendo que su contrincante tiene la facultad de cambiar las reglas del juego en cualquier momento; si el ejemplo lo llevamos al plano legal, las posibilidades de contratar en un sistema que permitiese a alguna de las partes variar los términos de su obligación o evadir su cumplimiento, serían nulas. Para no ser pesimistas, asumamos que el régimen contractual pudiese subsistir en esas condiciones; sería necesario incorporar al costo de las prestaciones el riesgo del incumplimiento.

Como ha dicho la Sala de Defensa de la Competencia en más de una oportunidad, “Si el régimen concursal se convierte en una herramienta de uso generalizado para dejar de pagar, o postergar pagos sin justificación válida alguna, se generará un incremento en el costo del crédito, cuyo cálculo deberá incorporar el riesgo a que los deudores eviten el pago a través de la declaración de insolvencia, y con ello una contracción de la economía como consecuencia de las menores posibilidades que tendrán los agentes del mercado para acceder a los sistemas de crédito⁽²⁸⁾”.

La cita, que es parte de un análisis acerca de los efectos que tendrá una proliferación de insolvencias simuladas, bien podría aplicarse a un sistema que permitiese el libre e indiscriminado acceso al régimen concursal. En ese caso, la incertidumbre respecto del oportuno cumplimiento de las obligaciones se vería reflejado en el costo del crédito, tal como sucedería en el escenario planteado por la Sala.

La Resolución No.079-97-TDC, en la que se desarrolló el análisis comentado, se emitió en un procedimiento seguido al amparo del Decreto Ley

No.26116, Ley de Reestructuración Empresarial, que sólo regulaba el acceso al régimen concursal a través de la declaración de insolvencia. No obstante, para apreciar los verdaderos alcances del pronunciamiento, hay que tener presente que fue emitido cuando ya estaba vigente la Ley de Reestructuración Patrimonial; norma que, además de la declaración de insolvencia, permite acceder al régimen concursal a través del Concurso Preventivo o del Procedimiento Simplificado, en los cuales no se requiere acreditar situación excepcional alguna para el inicio del procedimiento y la apertura del concurso.

Si, en ese contexto, el criterio de la Sala no pecó de incoherente, fue porque el inicio de los nuevos procedimientos no producía ninguno de los efectos que tiene la aplicación del régimen concursal en las relaciones contractuales del deudor, es decir, no ocasionaban alteración alguna en la exigibilidad de sus obligaciones.

Lo que sí resulta curioso es que aún en la Sala se siga recurriendo a la Resolución No. 079-97-TDC para fiscalizar posibles casos de simulación de insolvencia; mientras en el mismo edificio se elaboran propuestas que permiten al deudor beneficiarse con los efectos concursales, sin necesidad de encontrarse en una situación excepcional. ¿Cuál es el sentido de buscar quién se cuele por la ventana, si le estamos abriendo la puerta falsa para que ingrese legítimamente?

Efectivamente, desde 1999, con la promulgación de la Ley de Fortalecimiento y del Decreto de Urgencia, a través del Concurso Preventivo⁽²⁹⁾ y del Procedimiento Transitorio, respectivamente, las empresas pueden beneficiarse con el marco excepcional que les permite suspender el pago de sus deudas, sin necesidad de acreditar la existencia de una situación que lo justifique⁽³⁰⁾.

Y no se crea que esa fue una fiebre estacional de la que nuestro régimen quedó felizmente curado por la

(28) Resolución No.079-97-TDC

(29) Concebido como un procedimiento destinado a facilitar la negociación de nuevas condiciones de pago antes del incumplimiento por parte del deudor; originalmente las empresas podían acogerse al Concurso Preventivo sin necesidad de demostrar una determinada situación patrimonial. Por el mismo motivo, el inicio del Concurso Preventivo no tenía incidencia en las relaciones entre la empresa y sus acreedores, lo que sólo ocurría por efecto de la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciación por parte de la Junta de Acreedores. Sin embargo, a partir de la promulgación de la denominada Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, que mantuvo vigente el libre acceso al Concurso Preventivo, el inicio del procedimiento produce los mismos efectos que la declaración de insolvencia. Lo mismo sucedió con el Procedimiento Transitorio creado por Decreto de Urgencia No.064-99.

(30) Según cifras del Indecopi a marzo de 2001, de 761 procedimientos transitorios iniciados entre enero de 2000 y febrero de 2001, solo en 136 se había aprobado un Convenio de Sanamiento. Es decir, a esa fecha, sólo en 136 casos se había justificado la aplicación del régimen establecido en el Decreto de Urgencia No.064-99.

experiencia. Por el contrario, no sé si por la urgente necesidad de atenuar la severa crisis que afectó al sector empresarial en el último quinquenio o por una errada apreciación del derecho concursal, lo cierto es que esta corriente llegó a ser recogida en el Proyecto elaborado por el Indecopi durante el 2000.

Aun cuando, posteriormente, se hizo la necesaria rectificación, es preocupante que los autores del Proyecto hayan ignorado los criterios contenidos en la jurisprudencia emitida por su propia institución y hayan pasado por alto los efectos que tendría un régimen tan permisivo en la seguridad jurídica de las relaciones comerciales⁽³¹⁾. En casa de herrero, cuchillo de palo.

Dejando de lado las “autopistas” de acceso que han ido apareciendo en los laberintos concursales, creo importante hacer algunos comentarios acerca del estado de insolvencia.

Conceptualmente, la insolvencia puede definirse como “el estado económico o financiero en virtud del cual un patrimonio resulta insuficiente para atender, oportuna o definitivamente, las obligaciones contraídas con cargo a él”.

En el marco de los debates previos a la promulgación de la Ley de Fortalecimiento, se barajó la posibilidad de incorporar esta definición a nuestra norma. Sin embargo, creo que acertadamente, gracias a una oportuna intervención, se decidió definir a la insolvencia como una “situación económico-financiera declarada por la Comisión conforme a lo establecido en la presente Ley”.

Como explicó el autor de la propuesta en esa oportunidad, introducir una definición conceptual implicaba un grave riesgo para el régimen, debido a que el término “insolvencia” no es exclusivo de la norma concursal; por lo que cualquier otra autoridad, amparándose en la definición, podría declarar o pronunciarse acerca de la insolvencia de un individuo como parte de otro proceso. Por el contrario, la fórmula finalmente acogida otorgó unidad a nuestro sistema legal, pues de esta forma quedó claramente establecido que la insolvencia se debe declarar en un procedimiento tramitado ante la autoridad concursal. Lo que nadie imaginó es que ese día se estaba garantizando la

coherencia del régimen concursal, como veremos a continuación.

Nuestra legislación regula (hasta donde he podido identificar) ocho supuestos de insolvencia dispersos en cuatro normas, los cuales no necesariamente coinciden con la definición conceptual que estuvo a punto de ser recogido en la Ley. Veamos cada caso.

En primer lugar, en concordancia con la definición conceptual antes presentada, un deudor puede pedir la declaración de su propia insolvencia, por tener:

a) Pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor que las dos terceras partes del capital social pagado (artículo 5 de la Ley).

b) Pérdidas superiores a dos terceras partes del patrimonio (artículo 93 del Código Civil).

c) Más de las dos terceras partes del total de sus obligaciones vencidas e impagas por un periodo mayor a treinta días (artículo 5 de la Ley).

Con relación a los dos primeros supuestos cabe mencionar que, a través de ellos se determina la procedencia de la solicitud a partir del detrimento patrimonial; en el tercero, lo que se verifica es que el solicitante haya incurrido en cesación de pagos.

Sin embargo, debo precisar que ésta no constituye una amplia gama de posibilidades para acceder al régimen concursal, sino que el único supuesto al que pueden acogerse todos los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley es el tercero; pues el primero supone la existencia de un capital social, que sólo tienen las sociedades mercantiles; y el segundo sólo es aplicable a las asociaciones, cuyos Consejos Directivos deben iniciar el procedimiento respectivo cuando se verifique la existencia de pérdidas en la proporción establecida.

Otro aspecto que merece ser comentado en esta parte, al estar relacionado con el tercero de los supuestos, es el referido a la declaración de insolvencia y los procesos concursales de las personas naturales que no realizan actividad empresarial, quienes quedarían excluidas de nuestro régimen concursal a partir de la aprobación del Proyecto.

Una de las discusiones más antiguas en el ámbito del derecho concursal es la que se desarrolla entre

(31) En la elocuente y acertada crítica al régimen del Procedimiento Transitorio creado por Decreto de Urgencia No. 064-99 que hace en *El procedimiento transitorio: ¿Fortalecimiento o debilitamiento del sistema de reestructuración patrimonial?* En: *Ius et Veritas*. Año X, No.20. Lima 2000. pp. 212 y ss.; Ivo Gagliuffi se refiere a la política de “puerta abierta” como uno de los elementos debilitadores del régimen concursal peruano.

quienes propugnan la unificación de los concursos mercantiles y civiles en un mismo régimen y los que prefieren mantener ambos regímenes independientes.

En nuestro país, la legislación concursal abandonó en 1932 el Código de Comercio para dar origen a la Ley Procesal de Quiebras aplicable a toda “(...) persona natural o jurídica, sea o no comerciante...”⁽³²⁾. En 1992, cuando se aprobó el Decreto Ley No. 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, su Primera Disposición Complementaria estableció que lo dispuesto en dicha norma “(...) regirá para las personas naturales no consideradas empresas conforme al artículo 1, en lo que les resulte aplicable, según lo establezcan las normas complementarias del presente Decreto Ley. Asimismo, tales normas complementarias señalarán los casos en los que dichas personas podrán ser declaradas en quiebra”. No obstante, las normas complementarias nunca fueron aprobadas y las personas naturales no consideradas empresa tuvieron que esperar hasta la promulgación de la Ley, en 1996, para quedar efectivamente comprendidas en los alcances del régimen concursal, a través del Concurso de Acreedores.

Independientemente de las bondades o defectos de la Ley en esta materia, así como de los aciertos o desaciertos habidos en su aplicación; los procedimientos concursales de personas naturales no consideradas empresa, se desarrollan en un ambiente de inseguridad jurídica derivado de la inexistencia de libros o registros que otorguen algún grado de certeza a la información; que explica la posición adoptada en el Proyecto.

Retomando la enumeración de las causales para el inicio de los concursos, uno o más acreedores podrán solicitar que se declare la insolvencia de su deudor cuando éste haya incurrido en cesación de pagos y siempre que acrediten ser titulares de:

d) Créditos impagos, exigibles y vencidos, superiores a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias (UIT) (artículos 1 y 4 de la Ley).

La legislación también otorga a la autoridad judicial la facultad de generar la declaración de insolvencia de un deudor, cuando la insuficiencia patrimonial queda evidenciada en un proceso de ejecución. En este caso, el supuesto se configura en los procesos de ejecución, cuando:

e) El deudor no señala bienes libres de gravamen suficientes para el pago de la obligación materia del proceso (artículo 703 del Código Procesal Civil).

Hasta aquí, los supuestos que concuerdan con la definición de insolvencia recogida por la doctrina. Las que siguen son causales para la declaración de insolvencia que responden a motivaciones distintas a las conceptuales.

Así, tenemos dos casos en los cuales la declaración de insolvencia adquiere un carácter punitivo y no toma en consideración la real situación patrimonial del deudor. Ambos han sido establecidos por el Decreto de Urgencia y se configuran en el marco del Procedimiento Transitorio:

f) Cuando la Junta de Acreedores no aprueba el Convenio de Saneamiento (artículo 14 del Decreto de Urgencia).

g) Cuando el deudor haya cometido algún acto fraudulento de los sancionados por la Décimo Primera Disposición Complementaria del TUO (artículo 17 del Decreto de Urgencia).

Por último, el Decreto de Urgencia modificó la Ley e introdujo otro supuesto, al que podríamos calificar como el estado de insolvencia consensual. Según esta disposición:

h) Cuando en un Concurso Preventivo no se apruebe el acuerdo global de refinanciamiento propuesto, y siempre que se acredite el consentimiento de más del 50% de los acreedores reconocidos y del deudor. En estos casos, a pedido de un acreedor o del deudor, la Comisión declarará la insolvencia sin más trámite (artículo 14 de la Ley).

Adicionalmente a los ocho supuestos identificados, el último párrafo del artículo 94 de la Ley contiene una disposición que bien podría esconder en su texto una novena causal para la declaración de insolvencia. La norma en mención forma parte del Título VIII, que regula el Procedimiento Simplificado, y establece que: “En cualquier etapa del procedimiento, en caso que el Notario Público verifique que el total de las obligaciones excede del monto previsto en el artículo 91 de la presente Ley, remitirá todo lo actuado a la Comisión a fin de que ésta tramite la declaración de insolvencia del solicitante conforme al procedimiento establecido en las normas generales de la presente Ley y cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la misma”.

(32) Ley No.7566, Ley Procesal de Quiebras, artículo 1.

No queda claro del texto citado, ni de la exposición de motivos, si la Comisión debe declarar la insolvencia por el solo hecho de haberse verificado que las obligaciones del deudor exceden el monto máximo previsto para someterse al Procedimiento Simplificado, ascendente a 200 UIT; o si ante este hecho, corresponde a la Comisión evaluar si se cumple alguno de los supuestos del artículo 5 de la Ley, identificados en este trabajo con los números 1 y 3.

Si la primera alternativa es la correcta, efectivamente estamos ante un nuevo supuesto de insolvencia, de lo contrario, se trata simplemente de una norma que otorga a la autoridad concursal la legitimidad para iniciar el procedimiento. El problema es que ambas chocan con la racionalidad del régimen.

El primer caso es conceptualmente inválido, pues no se puede considerar que el exceso de créditos constituye, por sí mismo, un estado de insolvencia; y como no se puede declarar la insolvencia de una persona por el solo hecho de adeudar más de lo establecido para que pueda acogerse a un procedimiento, la primera interpretación implicaría atribuir al mandato el mismo carácter punitivo que tienen los supuestos 6 y 7. Pero, de ser así, aún cuando se trate de un deudor que no declaró, intencional o casualmente, la totalidad de sus deudas, por qué sancionarlo con la declaración de insolvencia si ello no ha producido perjuicio alguno a sus acreedores⁽³³⁾.

Frente a ello, asumir que se trata de una norma que otorga a la autoridad concursal legitimidad para pedir la declaración de insolvencia, tampoco constituye una salida adecuada. Ciertamente, si en el procedimiento se concluye que el deudor es insolvente, la acción habrá permitido advertir oportunamente de la existencia de una crisis con relevancia jurídica⁽³⁴⁾. Pero si se concluye que el deudor no es insolvente, ¿de qué sirvió el segundo procedimiento? Si, como manifesté en el párrafo anterior, detrás de la norma hay una intención sancionadora, su eficiencia sería relativa y mejor hubiera sido que la norma se limite a disponer el fin del Procedimiento Simplificado.

Hecha esta reflexión, creo que mejor ponemos fin a esta escala en nuestro recorrido hacia el proceso concursal, pues de lo contrario corro el riesgo de que el espacio que me ha sido asignado me obligue a detener la marcha a mitad de camino.

Para evaluar la eficiencia de un régimen concursal, resulta irrelevante si la solución de la crisis pasa por una reestructuración, por una liquidación o por cualquier otro método que pueda aplicarse en cada caso particular. Lo que en realidad debe exigirse a una norma concursal es que genere las condiciones necesarias para llegar a una solución eficiente de la crisis, sea cual fuere el mecanismo por el que se opte

5 Atrapados sin salida: cuando ya no hay marcha atrás.

Tras verificarse la existencia de una situación de crisis que justifica la aplicación del marco legal excepcional, el régimen concursal comienza a producir efectos o, para algunos ocasionar estragos, de diversa índole, tanto en la esfera interna de la empresa, como en la relación que mantiene con sus acreedores⁽³⁵⁾, sin que éstos o aquélla puedan evitarlo.

A manera de inventario, se puede decir que, en los términos de nuestra legislación, los principales efectos de la apertura del concurso, a los que dedicaré algunos comentarios en esta parte del trabajo, son:

a) La determinación de la masa concursal y de los acreedores concursales o de la masa de acreedores.

(33) No hay que olvidar que el inicio del Procedimiento Simplificado no activa el marco de protección legal y que el concurso sólo tendrá efectos en los derechos patrimoniales de los acreedores, cuando se apruebe el Convenio de Reprogramación de Pagos; acto que pone fin al procedimiento, concluyendo la competencia de la autoridad concursal sobre el mismo.

(34) Aquí habría que agregar que el inicio de un procedimiento por cualquier otro motivo, sea cual fuere, tendría el mismo mérito, pero lo importante en este punto no es lo que se descubre, sino el motivo que da lugar al análisis de la situación del deudor.

(35) En nuestro país, el régimen concursal produce los efectos materia de comentario desde que se publicita la apertura del concurso, conforme al artículo 8 de la Ley.

b) La retroactividad concursal y el desapoderamiento de los titulares de la empresa.

c) La vigencia del marco de protección legal, que incluye la inexigibilidad de las obligaciones y la protección del patrimonio.

5.1 Cocinando el concurso.

La apertura del concurso marca, automáticamente, la frontera entre lo concursal y lo post concursal, dando nacimiento a la masa concursal y a la masa de los acreedores.

La primera es la conformada por los bienes y derechos de la empresa que quedan sometidos al concurso; lo que el artículo 3 de la Ley denomina “patrimonio comprendido”⁽³⁶⁾. Como manifiesta Garrigues, el objeto de la masa es proveer los recursos necesarios para el pago de la deuda concursal, lo que en nuestro caso sucederá, ya sea sirviendo para el desarrollo de la actividad en una reestructuración o con el producto de su liquidación; “desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la masa de la quiebra constituye un ‘patrimonio de afectación’ cuya finalidad es servir a la satisfacción de los acreedores del deudor común⁽³⁷⁾”.

Pese a que no se puede discutir que la masa concursal comprende todos los bienes materiales de la empresa, así como sus derechos ideales o intelectuales y, en general, todo derecho patrimonial susceptible de transferencia que no esté excluido por la legislación; la Ley no precisa si se trata de los bienes y derechos existentes a la fecha de apertura del concurso o si, por el contrario, alcanza a los que la empresa pudiese adquirir con posterioridad, como se considera mayoritariamente en la actualidad.

Aún cuando son pocos los casos en los que este tema ha afectado la aplicación de la norma, una precisión legislativa, en uno u otro sentido, sería necesaria; hay que tener en cuenta que, si nos atenemos a lo sostenido por Marta Stillerman⁽³⁸⁾ y a la definición

de insolvencia presentada anteriormente, debemos concluir que la masa concursal debería estar conformada por los bienes existentes a la fecha de la apertura del concurso, atendiendo a que constituyen la garantía natural del pago de las obligaciones comprendidas en el proceso.

No obstante, esta interpretación no ha tenido mayor acogida, pues es incompatible con los procesos de reestructuración, en los cuales el pago se procura con el desarrollo de la actividad; y sea ésta productiva, comercial o de servicios, implicará, necesariamente el flujo de bienes y derechos de terceros a la empresa y viceversa. También entra en conflicto con las disposiciones que regulan los procesos de disolución y liquidación extrajudicial, en los cuales, conforme al inciso 1 del artículo 67, la celebración del Convenio de Liquidación “produce un estado indivisible entre el insolvente y sus acreedores, que comprende todos los bienes y obligaciones de éste, aún cuando dichas obligaciones no sean de plazo vencido(...)⁽³⁹⁾”; lo que implica incluir al concurso los bienes y derechos de los cuales la empresa sea titular a esa fecha.

Respecto de la otra masa, la de acreedores, la doctrina ha generado las más variadas y complejas definiciones. No obstante, distanciándose de la discusión, Garrigues aborda el tema desde el ángulo de la finalidad que tiene y la función que cumple la masa de acreedores en el marco del régimen concursal: “El principio básico en la quiebra, de la igualdad de trato y de la comunidad de pérdidas no podría realizarse si los acreedores conservasen la iniciativa individual en la defensa de sus créditos. La finalidad de la quiebra exige sustituir las acciones aisladas por una acción conjunta, el interés particular -egoísta- por el interés colectivo -altruista-. Esto sólo puede conseguirse si desde la declaración de quiebra se constituye una colectividad de acreedores -masa- que borre la personalidad individual de cada uno de ellos en beneficio del interés común⁽⁴⁰⁾”.

(36) “Artículo 3.- Patrimonio comprendido en los procedimientos.- El patrimonio sometido a los procedimientos derivados de la aplicación de la presente Ley comprende el universo de bienes y derechos de una persona natural o jurídica o de una sociedad irregular.

En los casos de procedimientos frente a personas naturales, únicamente se exceptuarán aquellos bienes que de conformidad con lo establecido en el artículo 648º del Código Procesal Civil tengan la calidad de inembargables”.

(37) GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Tomo V. Bogotá, 1987. p. 49.

(38) Ver nota 14.

(39) Cabe precisar que, siguiendo la inercia de la Ley Procesal de Quiebras, este efecto sigue restringido al ámbito de los procesos de disolución y liquidación, cuando lo adecuado, para mantener coherencia con el artículo 38, hubiera sido vincularlo a la apertura del concurso.

(40) GARRIGUES, Joaquín. Op. cit.; pp. 37 y 38.

En lo que a nosotros respecta, la masa concursal está conformada por los titulares de los créditos concursales, identificados, en principio, en el artículo 38 de la Ley, donde se establece que “quedarán sujetos a los procedimientos de reestructuración patrimonial, disolución y liquidación y concurso de acreedores, los pasivos del deudor insolvente devengados hasta la fecha en que se efectúa la publicación establecida en el artículo 8 de la presente Ley”.

Una excepción a la regla es la establecida en el artículo 55, aplicable a los Procesos de Reestructuración Patrimonial, que permite incorporar créditos nacidos con posterioridad a la apertura del concurso, siempre que sus titulares así lo decidan. Y si bien no hay una norma similar para los procesos de disolución y liquidación, precisamente mientras redacto este trabajo se está desarrollando una interesante discusión al respecto en la que; por un lado se propugna la interpretación literal del artículo 38, concluyendo que sólo están comprendidos en el proceso los créditos devengados a la fecha de la apertura del concurso; y por el otro, se defiende una interpretación sistemática de la Ley, concordando el mencionado artículo con las disposiciones que regulan la liquidación de empresas y atendiendo a la racionalidad de dicho proceso.

Por lo pronto, basta decir que el Proyecto precisa con acierto, en su artículo 17, que quedan comprendidas en los procesos de liquidación todas las deudas de la empresa existentes a la fecha de inicio

del proceso de liquidación. Resulta evidente que si la norma concursal pretende regular un proceso de liquidación ordenado, no puede permitir la coexistencia de créditos comprendidos en el proceso y créditos no comprendidos, cuyos titulares puedan accionar libremente contra la masa concursal; tal como hoy parece querer advertir el artículo 64 de la Ley.

5.2 Una duda más que razonable.

La retroactividad de los efectos concursales y el desapoderamiento de los titulares de la empresa son dos mecanismos a los que recurre el derecho concursal para garantizar la integridad de la masa concursal en tutela de los derechos patrimoniales de las partes involucradas en el proceso. Bajo la denominación de “Nulidad e ineficacia de actos del insolvente”, ambas están reguladas en el artículo 19 de la Ley⁽⁴¹⁾.

Así, la retroactividad, que se produce respecto del denominado “período de sospecha”, tiene por objeto recuperar para la masa aquellos bienes o derechos de los cuales la empresa hubiera dispuesto indebidamente en perjuicio de sus acreedores

Como explica Horacio Grillo⁽⁴²⁾ con relación al período de sospecha, durante el proceso de deterioro económico que precede al sometimiento de una empresa al régimen concursal, se llevan a cabo una serie de actos contrarios a los intereses del concurso, ya sea con la esperanza de revertir su situación, con la deliberada finalidad de ocasionar la falencia o para beneficiar a algún acreedor en particular.

(41) “Artículo 19.- Nulidad e ineficacia de actos del insolvente.- Son nulos los gravámenes, transferencias y demás actos y contratos, ya sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de su actividad, que afecten el patrimonio del insolvente, y que hayan sido celebrados por éste dentro de los 6 (seis) meses anteriores a la fecha en que presentó su solicitud de insolvencia o fue emplazado para acreditar capacidad de pago, según el caso.

Asimismo, son nulos y carecen de efectos legales los actos y contratos realizados o celebrados por el insolvente a partir de la presentación de su solicitud de declaración de insolvencia o la fecha en que ésta es puesta en su conocimiento, según corresponda, y hasta la fecha en que la Junta nombre o ratifique al Administrador o Liquidador según sea el caso, los mismos que se indican a continuación:

1. Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;
2. Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;
3. Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;
4. Las compensaciones efectuadas con créditos adquiridos contra el insolvente por cesión o endoso;
5. Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el insolvente con cargo a bienes de su propiedad, ya sea a título oneroso o a título gratuito;
6. Las hipotecas, prendas o anticresis constituidas sobre los bienes del insolvente dentro del plazo a que se refiere el presente artículo, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste; y,
7. Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio.

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho del insolvente que en el Registro pertinente aparece con facultades para otorgarlo, no resultará afectado con la nulidad a que se refiere el presente artículo, una vez inscrito su derecho, salvo que se pruebe que actuó de mala fe”.

(42) GRILLO, Horacio Augusto. *El período de sospecha en la ley de concursos*. Buenos Aires, 1988. pp. 3 y ss.

Dichos actos de los titulares, que inciden directamente en las posibilidades que tienen los acreedores para lograr el pago de sus créditos, justifican la aplicación retroactiva de los efectos concursales. Como es el caso de nuestro régimen, la retroactividad puede aplicarse de manera uniforme a un período determinado legalmente, que en el caso de la Ley es de seis meses computados desde el inicio de la etapa pre concursal; o de lo contrario, puede establecerse que el período de sospecha se extienda, en cada caso, hasta la fecha en que comenzó el estado de cesación de pagos, tal como hoy se regula en otros sistemas.

En cuanto a las consecuencias de la retroactividad concursal, ésta se materializaba, tradicionalmente, mediante la nulidad o anulabilidad de determinados actos del deudor; opción que está siendo abandonada por la legislación y la doctrina que, en todo el mundo, están prefiriendo las nociones de ineficacia o inoponibilidad concursal.

Lo que se persigue a través de la ineficacia y la inoponibilidad, no es revertir el acto contrario a los intereses del concurso, sino sus efectos patrimoniales; pretensión más fácil de alcanzar que la nulidad. En ese sentido, la inoponibilidad concursal surge como respuesta necesaria a la dinámica de la actividad comercial, en el cual la rigidez de un sistema de recomposición patrimonial que sólo admita la declaración de nulidad de los actos del deudor resultaría inoperante y por ello ineficiente. Tal como explica García Martínez, la inoponibilidad concursal no significa, necesariamente, la nulidad de un acto determinado, sino simplemente su ineficacia frente a los acreedores: “De tal forma, se destaca la inoponibilidad de los actos a los acreedores, sin que ello importe su nulidad. La nulidad implica una invalidez completa del acto, que puede invocarse *erga omnes* sin perjuicio de ciertos efectos especiales que la ley suele reconocerle. El acto inoponible, es ineficaz respecto de ciertas personas, pero conserva toda su validez entre las partes y con relación a los demás terceros. Mientras el acto inválido, sujeto a la sanción de nulidad, carece de efecto respecto de las partes, si bien accidentalmente puede derivar efectos a favor de terceros, lo contrario ocurre con el acto inoponible, que siendo válido entre las partes no

produce efectos respecto de determinadas personas ajenas a él, las que pueden comportarse como si el acto no existiera. La inoponibilidad no se refiere al acto mismo sino a sus efectos, dejándolo subsistir, y se traduce en una ineficacia de extensión más o menos considerable⁽⁴³⁾.

A pesar de la poca precisión del artículo 19, queda claro que en este tema nuestro régimen regula un sistema mixto; en el cual, como regla general, la retroactividad produce la nulidad de los actos que afectan el patrimonio de la empresa pero, tal como dispone el último párrafo del artículo, sólo se sanciona con la ineficacia concursal a los actos que involucran a terceros intervinientes de buena fe.

En lo que respecta al desapoderamiento, implica la pérdida de las facultades de administración y disposición por parte de los titulares de la empresa y, al igual que la retroactividad, tiene por objeto proteger la integridad del patrimonio que debe garantizar el pago de la deuda concursal.

Cabe mencionar que el artículo 19 sólo regula una de las manifestaciones del desapoderamiento, pues éste opera plenamente durante el desarrollo del proceso concursal. Mientras tanto, a partir del inicio de la etapa pre concursal, los titulares de la empresa quedan impedidos de llevar a cabo determinados actos que reduzcan o deterioren la masa concursal. Al igual que lo explicado con relación a la retroactividad, la nulidad con que son sancionados los actos realizados por los titulares de la empresa en contra de la prohibición legal, es sustituida por ineficacia para efectos concursales si se verifica la intervención de terceros de buena fe.

5.3 La vida te da sorpresas.

¿Quién no conoce o, cuando menos, ha oído hablar de alguien que, el mismo día que va a rematar un bien para lograr el esquivo pago de un crédito, se entera que el deudor ha detenido la ejecución acreditando la declaración de su insolvencia? O, como escuché a alguien hace tiempo, ¿quién no conoce a una víctima del “indecopaso”?

La inexigibilidad de obligaciones y la intangibilidad del patrimonio, consagradas en los artículos 16 y 17 de la Ley, respectivamente, conforman lo que conocemos como el “marco de protección legal”⁽⁴⁴⁾;

(43) Op. cit.; pp. 332 - 333.

(44) Aun cuando la Ley reserve esta denominación a la norma del artículo 17.

una creación heroica de nuestro régimen o, mejor dicho, una muestra de lo que es el derecho concursal “a la peruana”. Y es que el marco de protección legal, en los términos en que está regulado, nace como consecuencia de la desjudicialización del régimen y sustituye al fuero de atracción que existe en los regímenes judiciales de quiebra; tratando de reproducir los efectos que tiene la indivisibilidad derivada de la apertura de los concursos en la vía jurisdiccional.

Llevado a la práctica, el marco de protección legal es una ficción de cumplimiento o, en estricto, una ficción de ausencia de incumplimiento, pues no sólo produce la inexigibilidad de las obligaciones sino que, además, exonera al deudor del pago de moras y de la capitalización de intereses, como establece el artículo 16. Lo mismo sucede con el artículo 17 que prohíbe cualquier ejecución de bienes integrantes de la masa concursal.

Queda claro que, como sucede con los demás efectos de la apertura del concurso, el marco de protección legal es otra de las herramientas con las que cuenta el régimen concursal para preservar el patrimonio comprendido en el proceso. Pero, a diferencia de la retroactividad y el desapoderamiento, que actúan en la esfera interna de la empresa, el marco de protección legal produce sus efectos en el ámbito de las relaciones del deudor con sus acreedores, cuyas acciones de cobro individuales quedan subordinadas a la acción colectiva del régimen concursal, en los términos establecidos por cada artículo.

Como ya manifesté, el artículo 16 establece la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, es decir, la imposibilidad de cobrar a una empresa sometida a concurso; además de la suspensión del curso de intereses moratorios y la capitalización de los que se hubiesen devengado. Los párrafos segundo y tercero del artículo, contienen importantes precisiones respecto de los alcances de esta norma.

Efectivamente, el segundo párrafo nos informa que la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones “(...) durará hasta que se apruebe un Plan de Reestructuración, (...) 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.”; y nos explica que ello se debe a que “(...) Lo establecido en el Plan de Reestructuración, (...)

respecto a la exigibilidad de las obligaciones será oponible a todos los acreedores”.

Como es lógico, la inexigibilidad tendrá vigencia hasta que se apruebe una nueva forma de pago, supuesto en el cual la reprogramación de las obligaciones surte, por sí misma, similares efectos que la aplicación del artículo 16. Asimismo, la norma aclara que la inexigibilidad consagrada en ese artículo se produce sólo con relación al deudor concursado y no beneficia a los terceros que hubiesen garantizado el cumplimiento de la obligación, contra quienes sí pueden accionar los acreedores. Se trata, en consecuencia, de una inexigibilidad de carácter subjetivo que no afecta la situación de la deuda misma.

Por el contrario, la aprobación de una nueva forma de pago por parte de la Junta de Acreedores, a la que se refiere la parte final del segundo párrafo del artículo 16. En efecto, lo que en realidad sucede con la exigibilidad de las obligaciones en el régimen concursal es que, primero, el artículo 16 la suspende a favor del deudor concursado y, luego, en el Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación, etc., se reprograma el pago, postergando la fecha de vencimiento de la obligación misma, por lo que la deuda deviene en inexigible, no sólo para el deudor sino también para los garantes, tal como, en su oscura redacción, establece el último párrafo del artículo 48 según el cual: “Al igual que la declaración de insolvencia, la aprobación del Plan no constituye una novación de las obligaciones comprendidas en la masa concursal, sin perjuicio de lo cual **éste no será oponible a los terceros garantes o fiadores que así lo hubieran previsto al momento de constituirse como tales**”.

Traduciendo o descifrando el texto resaltado se concluye que la aprobación del Plan de Reestructuración producirá los siguientes efectos respecto de los terceros garantes:

a) Quedarán liberados de su obligación si al constituirse como garantes advirtieron que no participarían en una reprogramación del pago de la deuda. El plan no les es oponible.

b) Se mantendrán como garantes durante el nuevo plazo establecido por la Junta de Acreedores para el pago de la deuda concursal si no hubiesen previsto lo contrario al otorgar la garantía. El plan les es oponible.

Como se puede ver, concordando los artículos 16 y 48⁽⁴⁵⁾ y aplicando el principio de universalidad, se concluye que la posibilidad de accionar contra el patrimonio de los garantes se extingue con la aprobación de una nueva forma de pago; que es de cumplimiento obligatorio para el deudor, todos sus acreedores e, incluso, los garantes que no hubieran previsto apartarse de la relación contractual en el caso que su deudor quedase sometido a concurso.

Pasando al artículo 17, éste produce efectos parecidos a los del artículo 16 en la posibilidad de los acreedores de perseguir el pago de sus créditos, pero en el ámbito de los procesos en los que pueda ejecutarse bienes del deudor. Así, mientras el artículo 16 impide cobrar, en términos generales, el artículo 17 impide hacerlo afectando el patrimonio comprendido en el proceso.

En particular, este artículo establece la prohibición de ejecutar bienes y la obligación de levantar los gravámenes constituidos e inhibirse de constituir nuevos. La norma excluye, de las consecuencias de los dos últimos mandatos, a las medidas que sean pasibles de registro y a otras que no afecten la actividad de la empresa.

Lamentablemente, tras la aparente racionalidad del artículo 17 se esconde una fuente de discriminación entre los acreedores y de distorsiones y complicaciones en el desarrollo del proceso. Hay discriminación en tanto los acreedores que han obtenido gravámenes susceptibles de registro los mantienen vigentes durante el proceso, mientras que los embargos que implican desposesión deben ser levantados. Asimismo, en aplicación de la norma, todos los procesos judiciales iniciados contra la empresa antes de la apertura del concurso se mantendrán suspendidos en la etapa previa a la ejecución, hasta que el deudor termine de pagar la respectiva deuda⁽⁴⁶⁾.

Así, por efecto del artículo 17 nuestro régimen concursal privilegia unos embargos frente a otros y los mantiene vigentes hasta el pago total de la deuda, sustrayendo del mercado dichos bienes durante el plazo de ejecución del Plan de Reestructuración, por ejemplo,

sin tener en cuenta el avance que pueda irse produciendo en la reducción de las deudas.

Sin duda, esta cara del marco de protección legal debe ser revisada. La subsistencia de los procesos judiciales, en una suerte de limbo jurídico y pendiente sobre las empresas en reorganización, no resulta necesariamente saludable; como tampoco lo es la discriminación en el trato a los gravámenes judiciales, a la que me he referido. Probablemente, lo apropiado sea concluir los procesos en cuanto la controversia respecto de la existencia y monto de la obligación se haya definido y dar a los embargos, registrables o no, un trato equitativo que garantice su reconocimiento al establecer las preferencias en el pago, si la empresa queda sometida a un proceso de liquidación.

6 Visa para un sueño (con visos de pesadilla): cuando se olvida que lo barato sale caro.

Llegamos, por fin, a la segunda etapa de los procedimientos concursales, aquella que se conoce como la etapa de formación del concurso. Este es el momento en el cual los acreedores deben acreditar su “derecho” a participar en el concurso.

Aunque el ideal de la norma es que todos confirmen su asistencia al concurso, ello difícilmente se cumple, sea por un tema de costos, por desconocimiento, falta de interés o, por qué no, rebeldía.

No olvidemos que, de la noche a la mañana, el proveedor que acaba de atender el último pedido de insumos, el banco que estaba negociando la refinanciación de la deuda, el acreedor que había obtenido una orden de remate de un bien de la empresa e, incluso el Estado, cuyo ejecutor coactivo estaba tras los rastros de los bienes libres que ésta tuviera; ven frustrada su expectativa de cobrar en el corto plazo y, en lugar de ello, se ven obligados a integrar un variopinto grupo, al cual la legislación otorga el privilegio de decidir cómo se pagará (si se paga) la deuda de la empresa.

(45) “Artículo 48.- Oponibilidad del plan de reestructuración.- El Plan de Reestructuración aprobado por la Junta obliga al insolvente y a todos sus acreedores, aun cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta por cualquier motivo, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos, con excepción de los acuerdos a que hace referencia el artículo siguiente. (...) Al igual que la declaración de insolvencia, la aprobación del Plan no constituye una novación de las obligaciones comprendidas en la masa concursal, sin perjuicio de lo cual éste no será oponible a los terceros garantes o fiadores que así lo hubieran previsto al momento de constituirse como tales”.

(46) Esto responde a que se ha establecido que las nuevas formas de pago aprobadas por la Junta de Acreedores no producen novación.

Obviamente, el apersonamiento es voluntario, pero las consecuencias que podría tener la ausencia, son diversas. Para quienes están interesados en concursar (en cualquiera de los sentidos de la palabra) el único requisito que deben cumplir es demostrar que, a la fecha de publicación de la convocatoria, eran acreedores de la empresa; en otras palabras, que son titulares de un crédito concursal.

Así, sin pensarlo mucho, porque vencen los plazos, los acreedores deben presentarse al procedimiento para lograr el reconocimiento de sus créditos por parte de la autoridad concursal⁽⁴⁷⁾ y poder participar en el proceso.

El procedimiento de reconocimiento de créditos⁽⁴⁸⁾, como lo llama la legislación peruana, es un tema al cual le tengo especial afecto; de ello pueden dar fe más de una batalla conceptual con amigos y colegas. Lo preciso porque pretendo suspender un momento nuestra marcha hacia el proceso, para hacer algunas reflexiones sobre la materia, puesto que, desde mi punto de vista, un eficiente proceso concursal necesita igualmente de un eficiente procedimiento de reconocimiento de créditos.

6.1 Más vale tarde que mal acompañados.

Las discusiones y discrepancias académicas antes mencionadas giran en torno a la disyuntiva entre regular un “procedimiento de reconocimiento de créditos”, con todas sus letras; o simplificar el asunto,

apostar por la presunción de veracidad y registrar los créditos por el sólo mérito de la coincidencia entre acreedor y deudor.

Así, por un lado, tras el reconocimiento de créditos tenemos la corriente que propugna la verificación de las obligaciones por parte de la autoridad concursal, como condición para la incorporación de sus titulares al procedimiento y al proceso. Al frente, la segunda posición consiste en privilegiar la celeridad del procedimiento en aras de un rápido inicio del proceso y, como ya manifesté, registrar la participación de los acreedores, sin evaluar sus respectivos créditos y fundamentalmente atendiendo a las declaraciones presentadas por éstos y la empresa deudora.

Como ambas corrientes tienen su respectiva expresión legislativa, remitámonos a cada una de ellas para presentarlas con mayor detalle y facilitar la explicación.

El reconocimiento de créditos, está regulado, principalmente, en los artículos 22 (acreedores hábiles para participar en la junta)⁽⁴⁹⁾ y 23 (reconocimiento de créditos)⁽⁵⁰⁾ de la Ley estableciendo las formalidades y los lineamientos generales aplicables al reconocimiento de la deuda concursal.

Como se desprende de ambos artículos, la Ley ha establecido un procedimiento en el cual la actividad procesal a cargo de la autoridad administrativa tiene por objeto comprobar el derecho de cada solicitante a

(47) En primera instancia, la autoridad concursal es la Comisión de Reestructuración Patrimonial del Indecopi, que actualmente no asume el trámite de los procedimientos en forma directa, sino a través de las comisiones delegadas que tiene en Lima y en las principales ciudades del país. En segunda instancia, las impugnaciones presentadas contra las decisiones de la Comisión, son resueltas por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

(48) Me referiré a este procedimiento como el “reconocimiento de créditos”, para distinguirlo de la alternativa normativa, a la que llamaré “registro de créditos”.

(49) “Artículo 22.- Acreedores hábiles para participar en la junta.- Sólo tendrán derecho a participar en la Junta convocada conforme al artículo anterior, los acreedores que hasta el vigésimo día hábil posterior a la publicación de la declaración de insolvencia de su deudor a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley presenten ante la Comisión los títulos que acrediten la existencia, origen, titularidad y cuantía de los créditos devengados, se encuentren o no vencidos, debiendo identificar los créditos invocados por concepto de capital, intereses y gastos y señalar el orden de preferencia correspondiente”.

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

(50) “Artículo 23.- Reconocimiento de créditos.- La Comisión o quien haga sus veces realizará el análisis de los créditos presentados para su reconocimiento, investigando su origen, legitimidad y cuantía por todos los medios, luego de lo cual expedirá las respectivas resoluciones que deberán ser notificadas al acreedor correspondiente y al insolvente.

Las resoluciones deberán contener:

1. La identificación del acreedor;
2. El origen de los créditos;
3. El monto de los créditos por concepto de capital, intereses y gastos;
4. El orden de preferencia de los créditos; y,
5. La identificación de si el acreedor mantiene vinculación con el deudor, de acuerdo a los criterios establecidos en el penúltimo párrafo del artículo 5° de la presente Ley.

participar en el proceso concursal. El análisis, en este caso, pretende cubrir todos los elementos de la relación crediticia con la empresa y exige al acreedor presentar el sustento documentario de su derecho, que deberá ser comprobado por la Comisión.

En ese orden de ideas, recogiendo los aspectos mencionados en los artículos 22 y 23, por cada solicitud recibida la autoridad concursal tiene la tarea de pronunciarse acerca de la existencia de los créditos invocados, su origen, su cuantía, la titularidad del solicitante y la existencia o inexistencia de vinculación entre éste y la empresa deudora y, en general, la legitimidad del derecho invocado. Finalmente, la Comisión debe indicar el orden de preferencia en el pago que corresponde al crédito en un proceso de liquidación, según lo establecido en el artículo 24 de la Ley.

Si nos atenemos al texto legal, debemos concluir que el reconocimiento de créditos no es cualquier cosa, sino que exige de la autoridad concursal todo un trabajo de análisis y comprobación que le permita validar la existencia del derecho invocado, determinar su real cantidad y características o, de lo contrario, sustentar un pronunciamiento denegando el pedido.

Pese a ello, o precisamente para reducir la complejidad del procedimiento, el tercer y el cuarto párrafos del artículo 23 contienen una serie de criterios que, con carácter de presunciones, pueden aplicar las comisiones para simplificar su trabajo. Es importante resaltar que sólo se trata de presunciones y que éstas no limitan a la autoridad concursal en el ejercicio de

sus atribuciones para cumplir el mandato del mismo artículo 23, según el cual ésta “(...) **realizará el análisis** de los créditos presentados para su reconocimiento, investigando su origen, legitimidad y cuantía **por todos los medios (...)**” (el énfasis es nuestro).

En el caso del reconocimiento de créditos, queda claro que la norma ha privilegiado la seguridad jurídica de los procesos concursales frente a la celeridad de la etapa previa; lo que constituye un elemento central en la concepción del régimen concursal y en la estructura legal que soporta su eficacia, como veremos con mayor detalle posteriormente.

En la práctica, la Ley ha optado por llegar a la Junta de Acreedores con la mayor certeza posible acerca del derecho que tienen todos sus integrantes para participar en el proceso concursal, aunque ello demore en algo su inicio. Para quienes insistimos en mantener el reconocimiento de créditos, como dice el subtítulo, más vale tarde que mal acompañados.

A partir de 1998, los detractores del reconocimiento de créditos fueron ganando terreno hasta desarrollar una fórmula integral en el Decreto de Urgencia⁽⁵¹⁾, que creó el Procedimiento Transitorio; y, salvo algún oportuno golpe de timón, también habrían logrado hacer prevalecer su posición en la nueva norma concursal, probablemente vigente cuando este trabajo esté en manos del lector⁽⁵²⁾.

Las críticas al reconocimiento de créditos surgen con el acelerado incremento de procedimientos ocurrido en los últimos años. Como consecuencia de la crisis económica, el número de empresas que se

Los créditos que se sustenten en títulos valores, instrumentos públicos, declaraciones o autoliquidaciones presentadas por el insolvente ante entidades administradoras de tributos o de fondos previsionales, así como en resoluciones jurisdiccionales, aún cuando éstas no estén consentidas o ejecutoriadas, serán reconocidos por la Comisión por el solo mérito de la presentación de dichos documentos, suscritos por el deudor o su representante, de ser el caso, siempre que su cuantía se desprenda del tenor de los mismos. La Comisión sólo podrá suspender el reconocimiento por mandato expreso del Poder Judicial, Árbitro o Tribunal Arbitral competente que ordene tal suspensión, o en caso de que exista una sentencia o laudo arbitral que señale la nulidad o ineficacia de la obligación.

Para el reconocimiento de los créditos de origen laboral, y siempre que se haya acreditado el origen de los mismos, la Comisión reconocerá los créditos invocados, en mérito a la autoliquidación presentada por el solicitante, salvo que el deudor acredite haber pagado o, de ser el caso, la inexistencia de los mismos, o que haya vencido el plazo previsto en el artículo 5 del Decreto Ley No.25988.

Los créditos controvertidos judicial, administrativa o arbitralmente, distintos a los mencionados en los párrafos precedentes, serán registrados por la Comisión como contingentes, consignando de ser el caso la cuantía reconocida por cada una de las partes. La existencia de estos créditos será puesta en conocimiento de los demás acreedores. El titular de los créditos contingentes podrá acudir a la junta con derecho a voz pero sin voto”.

- (51) Vigente hasta el 31 de marzo de 2001. Si dedico especial atención al análisis de una norma que no estará vigente cuando el artículo se publique es, en primer lugar, porque sigue siendo aplicable a los procesos iniciados durante su vigencia y, sobretudo, porque guardo la esperanza de que aún no se haya aprobado la nueva ley concursal y que estos comentarios reciban la atención de los involucrados en su elaboración.
- (52) En honor a la verdad, el procedimiento establecido en el Decreto de Urgencia es una variante del regulado en la Ley para el Procedimiento Simplificado, cuya naturaleza y características difieren sustancialmente del Procedimiento Transitorio.

acogió al régimen concursal se elevó sustancialmente, generando una peligrosa sobrecarga procesal⁽⁵³⁾ que distanció cada vez más el inicio de los procedimientos, del inicio de los procesos.

Ante esa situación, muchos encontraron en la complejidad del reconocimiento de créditos la causa del retraso, pues para dar inicio al proceso es necesario que, previamente, las comisiones concluyan con el análisis de todas las solicitudes presentadas en el plazo de ley. La primera reacción a esta conclusión vino con la Sexta Disposición Final de la Ley No.27146, la cual otorgó mayores atribuciones a las secretarías técnicas y estableció que: “Cuando exista coincidencia entre lo declarado por el deudor y los acreedores que se presenten al proceso solicitando el reconocimiento, ampliación o reducción de un crédito, el Secretario Técnico tendrá a su cargo la labor de conciliación y reconocimiento de tales créditos. Sin embargo, en los casos de créditos invocados por acreedores vinculados al deudor y en los casos en que surgiera alguna controversia o duda sobre la existencia de los mismos, los créditos serán reconocidos por la Comisión”.

A entender de los creadores de la norma, gracias a estas facultades otorgadas a los secretarios técnicos se lograría reducir sustancialmente la carga de las comisiones, que centrarían sus esfuerzos en resolver las controversias y los casos en los que surgiesen dudas

acerca de la legitimidad de los créditos. Supuestamente, ello haría más fácil el camino al proceso concursal; lo que, en la práctica y según las propias estadísticas del Indecopi, no ha sucedido⁽⁵⁴⁾.

Pasando al Decreto de Urgencia, que tiene todo un marco legal propio para el registro de créditos, el tema se reguló en los artículos 10, 12 y 13. Marcando mayor distancia de la Ley, en esta oportunidad no bastó simplificar el registro de los acreedores como hizo la Ley No.27146, sino que los legisladores optaron por eliminar todo obstáculo que pudiese demorar el inicio del proceso concursal.

En efecto, el artículo 10⁽⁵⁵⁾ dispuso que si la solicitud presentada por el acreedor evidencia conformidad con el monto declarado a su favor por la deudora, el solicitante debe ser automáticamente incorporado al proceso concursal. Lo contrario ocurre, por ejemplo, con quienes no han sido considerados por la empresa en su relación de acreedores⁽⁵⁶⁾. Para ellos, o para la fracción de sus créditos considerada discrepante, la frontera que los separa del concurso se mantiene infranqueable hasta que lleguen a un acuerdo con el deudor o, de lo contrario, hasta que la Comisión se pronuncie reconociendo o denegando su derecho.

La norma agrega que, cinco días hábiles antes de la fecha prevista para la realización de la junta, se debía publicar la relación de “acreedores hábiles” para

(53) Según las estadísticas difundidas por el Indecopi, entre 1993 y 2000 se tramitó 4155 procedimientos. 98 corresponden al primer año; 128 a 1994; en 1995 y 1996 las cifras se elevaron a 133 y 170 procedimientos, respectivamente. En 1997, los procedimientos iniciados se multiplicaron en más del 100%, alcanzando a 344 ese año; tendencia que se mantuvo en 1998 con 766 nuevos procedimientos. En 1999 los procedimientos iniciados fueron 824; y en el 2000, el Indecopi recibió 1700 solicitudes.

(54) Por el contrario, en los últimos tiempos el Indecopi ha tenido de crear un “escuadrón de emergencia”, sin base de operaciones fija, que periódicamente acude en auxilio de las secretarías técnicas que tienen problemas para atender la carga procesal.

(55) “Artículo 10.- Tendrán derecho a concurrir a la sesión de instalación de la Junta de Acreedores, los acreedores que se hayan apersonado al proceso, solicitando el reconocimiento de sus créditos, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la última publicación del aviso a que se refiere el Artículo 8. Se aplica a este efecto lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 96 del TUO.

Si al solicitar el referido reconocimiento, el acreedor manifiesta que se encuentra conforme con el importe declarado por el deudor, la constancia de recepción de la respectiva solicitud expedida por el Fedatario acreditará automáticamente el reconocimiento del crédito correspondiente.

Si, por el contrario, al apersonarse el acreedor manifiesta no estar de acuerdo con lo expresado por el deudor, sea ya sobre el importe del crédito mismo o sobre su existencia, en el caso de acreedores no considerados en la relación a que se refiere el inciso 3) del Artículo 92 del TUO el Fedatario notificará a ambas partes para que en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles presenten ante él una conciliación del crédito correspondiente.

Si luego de transcurrido el referido plazo subsisten las discrepancias, el Fedatario procederá, de ser el caso a reconocer la porción del crédito en que ambas partes estén de acuerdo, la que podrá ser libremente representada en la Junta de Acreedores. En esta situación, únicamente el saldo del crédito no reconocido se considerará como una discrepancia entre las partes, a los efectos de lo que se señala en el artículo 12.

El Fedatario procederá a publicar la relación e importe, total o parcial, de los créditos reconocidos en el proceso con la indicación de los acreedores hábiles para participar en la sesión de instalación de la Junta de Acreedores. Esta publicación se efectuará con una antelación de cinco (5) días hábiles a la fecha prevista para la realización de tal sesión en primera convocatoria(...).”

(56) La regulación de los denominados “créditos discrepantes” se aplica tanto a aquéllos que no están considerados en la relación de deudas, como a la diferencia que pudiese haber entre los montos reconocidos por el deudor a favor de cada acreedor y los que éstos invocan al apersonarse al procedimiento.

asistir a la instalación de la Junta de Acreedores. Como establece el segundo párrafo del artículo 12⁽⁵⁷⁾, los “créditos discrepantes” no son incluidos en la mencionada relación y, por lo tanto, sus titulares no participan o sólo lo hacen por el monto no discrepante, en la instalación de la Junta de Acreedores ni en las reuniones que ésta realice hasta que la Comisión competente se pronuncie sobre la diferencia.

Como tras los “créditos discrepantes” hay, pendiente de definir, el derecho de un acreedor a intervenir en el proceso concursal; el artículo 12 contiene un conjunto de reglas para determinar la eficacia de los acuerdos adoptados por las juntas de acreedores, atendiendo a la incidencia que pudiese tener la participación de los titulares de estos créditos en las votaciones. Es decir, cuando el voto de un titular de “créditos discrepantes” pueda cambiar el sentido de un acuerdo, éste no entrará en vigencia hasta que se resuelva la discrepancia y con ello el resultado final de la votación.

Sin entrar en mayor detalle al respecto, creo que de nada sirve iniciar un proceso concursal si la eficacia de las decisiones que se adopten en él va a quedar condicionada a la solución de los “créditos discrepantes”⁽⁵⁸⁾.

Como ya manifesté, es bastante probable que la nueva ley concursal se incline a favor del registro de

créditos. Por lo menos ello se desprende de la versión del Proyecto que llegó al despacho del MITINCI.

Según el documento, se mantiene la obligación de los acreedores de presentar una solicitud debidamente sustentada; lo que no exigía (por lo menos expresamente) el Decreto de Urgencia. Luego, siguiendo el mecanismo creado en la Ley No.27146, si el Secretario Técnico verifica que hay coincidencia entre acreedor y deudor, registrará automáticamente los créditos invocados o, de lo contrario, notificará a las partes para tratar de llegar a una coincidencia. Nuevamente, se ha reservado a la Comisión los casos en los cuales las partes no resuelvan la discrepancia, las solicitudes presentadas por acreedores vinculados y aquellos créditos respecto de los cuales surjan dudas o controversias.

Independientemente de los matices que ha tenido en cada norma, lo cierto es que el registro de créditos se muestra más simple que el reconocimiento de créditos y por ello, parece ser más eficiente para atender las situaciones de crisis que atraviesan las empresas; supuestos en los cuales, a decir de sus defensores, la celeridad de la solución puede ser determinante para que un proceso concluya con éxito.

Personalmente, creo que se trata de un argumento efectista. No porque discrepe en cuanto a la importancia de tener procedimientos simples, si no

(57) “Artículo 12.- Las discrepancias sobre el importe de los créditos a reconocer o sobre la existencia de los mismos, en el caso de acreedores no considerados en la relación a que se refiere el inciso 3) del Artículo 92 del TUO, serán resueltas por la Comisión Ad-Hoc.

La existencia de tales discrepancias no resueltas a la fecha prevista para la sesión de instalación de la Junta de Acreedores no impide la realización de la junta.

En estos casos, si el voto que corresponde al importe de los créditos sobre los cuales existe discrepancia pudiera haber sido determinante para definir la votación de algún acuerdo de la Junta de Acreedores, tomando en cuenta a estos efectos el resultado efectivo de tal votación, los efectos del acuerdo correspondiente permanecerán en suspenso hasta que se resuelva(n) la(s) discrepancia(s) por la Comisión Ad-Hoc correspondiente. La impugnación de lo resuelto por la Comisión Ad-Hoc no suspenderá los efectos de los acuerdos que se tomen con posterioridad. La propia Junta de Acreedores dejará constancia en el acta de los acuerdos que quedan en suspenso por aplicación de esta regla e informará de este hecho, así como los pormenores de la asistencia y votación correspondientes, a la Comisión Ad-Hoc.

Los otros acuerdos en que no se dé la situación referida en el párrafo anterior surtirán plenos efectos desde su adopción.

Si la(s) decisión(es) de la Comisión Ad-Hoc acerca de la(s) discrepancia(s) implicara(n) un cambio del sentido de la votación en el acuerdo correspondiente, considerando la situación real de asistencia y votación en la Junta de Acreedores, el nuevo acuerdo empezará a surtir efectos desde el día siguiente a aquél en que la Comisión Ad-Hoc curse a la Junta de Acreedores la notificación a la que se hace referencia más adelante en este artículo. Si esa no es la situación, puesto que la(s) decisión(es) de la Comisión de Ad-Hoc no varía(n) el sentido de la votación del referido acuerdo, el mismo también empezará a surtir efectos desde el día siguiente a aquél en que la Comisión Ad-Hoc curse a la Junta de Acreedores la notificación mencionada anteriormente. La evaluación sobre los efectos de las decisiones que vaya adoptando la Comisión Ad-Hoc, de acuerdo a lo que resulta del párrafo anterior, se efectuará cuando la Comisión Ad-Hoc haya resuelto las discrepancias relevantes en un monto tal que sumando los importes correspondientes a la votación realizada, pueda determinarse de manera definitiva la variación o, en su defecto, el mantenimiento del sentido de tal votación. (...)Las reglas anteriores continuarán aplicándose si las discrepancias en referencia, existentes a la fecha de la sesión de instalación de la Junta de Acreedores, continúan sin resolverse a la fecha de realización de una nueva Junta de Acreedores.

(58) Al respecto se pronuncia Gagliuffi en su artículo publicado en *Ius et Veritas* No.20, antes referido; donde cuestiona la aplicación al problema de los créditos discrepantes de la denominada “prueba de la resistencia”, usualmente utilizada para evaluar la incidencia del voto de determinados acreedores en la adopción de acuerdos que han sido objeto de impugnación.

porque creo que éste es el típico caso en el cual el remedio es peor que la enfermedad; pues la celeridad que provee el registro de créditos puede tener un costo excesivamente elevado en términos de seguridad y eficacia del proceso concursal.

También creo que los críticos del modelo legal del reconocimiento de créditos han omitido incorporar a su análisis la incidencia que tiene la aplicación misma de la norma; es decir, no se han preguntado si el problema es la Ley misma o la forma en que es aplicada.

Creo que la complejidad propia del reconocimiento de créditos se puede haber visto magnificada por la metodología de trabajo utilizada en las comisiones y secretarías técnicas a cargo de tramitar los procedimientos. Tres hechos aportan a favor de esta hipótesis:

a) Durante los primeros años de vida del Indecopi, el reconocimiento de créditos no afectó en absoluto la celeridad en el inicio del proceso concursal. En esa época, nadie concibió la posibilidad de migrar al registro de créditos para aumentar la eficiencia del régimen concursal.

b) El reconocimiento de créditos es cuestionado a partir de 1997, cuando se produce la sobrecarga en el trabajo de las comisiones.

c) En la misma época, 1997, se detectan los primeros casos de créditos simulados, lo que da lugar a los primeros pedidos de reglas más rigurosas para el reconocimiento de créditos y de sanciones para quienes quieran distorsionar la real composición de la Junta de Acreedores.

La conclusión es simple: la crítica al reconocimiento de créditos no parte de una valoración negativa del modelo en sí mismo; por el contrario, hay plena conciencia acerca de su necesidad como filtro para la participación en el proceso concursal⁽⁵⁹⁾. La disconformidad se origina en la incapacidad de la autoridad concursal para afrontar el mayor número de procedimientos iniciados como consecuencia de la crisis económica.

6.2 El precio del deber.

Antes de abandonar la etapa de formación del concurso, y aunque el problema no se ubica

precisamente en ella, un breve comentario acerca de la participación y responsabilidad de los administradores y liquidadores nombrados por la Junta de Acreedores en los procedimientos de reconocimiento de los llamados “créditos tardíos”.

Sucede que tanto la Ley como diversos precedentes de observancia obligatoria aprobados por la Sala, imponen una serie de cargas a los administradores y liquidadores de las empresas sometidas a concurso, entre las que se encuentra la obligación de atender los requerimientos de información que le haga la autoridad concursal. El incumplimiento de estos requerimientos hace al infractor pasible de una sanción pecuniaria y/o administrativa.

Por ejemplo, el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por Resolución No.011-97-TDC y modificado por Resolución No.0100-2001/TDC-INDECOPI, que regula el procedimiento a seguir por la autoridad concursal para el reconocimiento de créditos previsionales liquidados sobre la base de la remuneración máxima de los afiliados al sistema establece, en su literal c), que, ésta: “En caso de no contar con toda o parte de la información relevante, en los expedientes a su cargo, (debe) requerir a la empresa deudora la presentación de copia de las partes pertinentes del libro de planillas, de las boletas de pago o de cualquier otro documento en el que consten las remuneraciones de los trabajadores afiliados, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones, en caso de no absolverse el requerimiento en el plazo otorgado”.

Nadie cuestionaría que en aplicación del criterio transcrito, se sancione a los administradores que obstaculizan la determinación de la deuda concursal por parte de la autoridad administrativa; sin embargo, no sucede lo mismo en los procedimientos seguidos para el reconocimiento de créditos tardíos, cuando la empresa está a cargo de un administrador o un liquidador designado por la Junta de Acreedores, a quien los anteriores representantes de la deudora no han proporcionado la información materia de requerimiento.

La necesidad de establecer criterios claros y justos para estos supuestos es real, pues conozco más

(59) La conveniencia y necesidad del procedimiento de reconocimiento de créditos son resaltadas en *¿Qué habría pasado en un Procedimiento Transitorio?* (Diario Síntesis 21/09/00) al comentar una resolución de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi referida al reconocimiento de créditos solicitado por un acreedor vinculado a la empresa deudora.

de un caso en el cual se ha sancionado a personas o entidades que no eran responsables por la inexistencia de la información que se les solicitaba.

7 Juntas pero no revueltas: ¿durmiendo con el enemigo?

Espero, luego de haber transitado por todo el recorrido que hay que seguir antes de llegar al proceso concursal, haber logrado ponerlos en el contexto en el cual éste se inicia. Por eso, si en lo que queda del artículo logro convencerlos de la racionalidad de un régimen que no sólo se sustenta en el marco legal que lo regula sino que es impulsado por una fuerte dosis de subjetividad, el tiempo que hayan dedicado a esta lectura no habrá sido vano. Veamos qué sucede.

Llegado el día, imaginemos que vamos por primera vez a una instalación de Junta de Acreedores y que, además de la empresa deudora, no conocemos a nadie. Ubicamos el local de la reunión; preguntamos a alguien si tenemos que firmar en algún sitio y, de ser así, dónde; mientras hacemos nuestra cola (que afectará los ánimos según el número de acreedores) buscamos alguna cara conocida.

De pronto, descubrimos que, en efecto, nos habíamos equivocado, si ahí está... el gordito ese de la competencia (¿voy a tener que ponerme de acuerdo con él?, ni loco); volteamos antes que nos identifique y... pero si es ese... sujeto de Banco Brando, el que no me quiso financiar el último embarque... (¿qué hago yo aquí?).

Logramos firmar; nos dan una lista de los acreedores reconocidos (a cuántos debía éste...) y reparamos en que sólo representamos el 5% de los créditos (ni siquiera podremos impugnar los acuerdos, porque se necesita 10%; habrá que buscar aliados); nos seguimos mezclando entre toda esta gente que parece conocerse de toda la vida (éstos deben ser fijos en todas las juntas); de repente, sin darnos cuenta, estamos conversando con alguien que parece buena gente; nos pregunta a quién representamos, a qué se dedica nuestra empresa, etc. (debe ser de la Comisión, porque saluda a todos); nos animamos a preguntarle a quién representa él (parece que así se comienzan las conversaciones aquí); Ahh... ¿créditos tributarios? Mmm... si pues, usted debe ver

cada caso... Eee... perdón, creo que ya tenemos que pasar... (a buena hora).

Ya en la Sala, las conversaciones comienzan a convertirse en murmullos y luego en silencio; en la mesa se acaba de sentar un chiquillo, con cara de importante⁽⁶⁰⁾, que comienza a recitar un libreto que parece haber paporreteado (¿por qué no subirán el volumen?); como no podemos oír nada, ojeamos la lista que nos han dado, (¿el gordito tiene 20%? Seguro que aquí hay un amarre. Y éste, que es hermano del gerente de la empresa, ¿25%?).

Como imaginarán, llegado este momento, o tenemos los ánimos por los suelos o hemos decidido hacer lo imposible por evitar que alguien se pase de vivo. Pero no hay que preocuparse tanto, la mayoría de las veces no es más que una comprensible desconfianza la que nos lleva a dudar de todo y de todos, aunque uno nunca sabe (¿qué tanto habla éste?).

En la primera fila identificamos al gerente de la empresa (el gerente); alguien nos contó hace unos días que, en verdad, el gerente creyó que el proceso era otra cosa y sólo se metió para evitar un embargo; no sabía de los otros efectos de la apertura del concurso, ni de los efectos que tiene el inicio del proceso; nadie le advirtió que en **la Junta de Acreedores** el deudor no decide; al gerente tampoco le dijeron que podía llegar a perder la administración de la empresa (Ah... el desapoderamiento, todavía no hemos terminado de verlo); un codazo nos hace volver a la reunión; ¿qué? ¿mi voto para Presidente? el voto es secreto señor!!!

Mientras nos reubicamos en la junta, dejemos el relato por un momento para conocer un poco de esta reunión en la que estamos metidos.

Álvaro Puelma dice que la Junta de Acreedores es "(...) el órgano natural donde se manifiesta la masa de acreedores⁽⁶¹⁾"; Garrigues amplía el concepto y nos explica que "se trata de un consorcio de interesados en el mismo procedimiento de ejecución: todos los acreedores tienen el mismo interés en aumentar la masa de bienes del quebrado y defenderla contra las reclamaciones mal fundadas; por eso deben estar unidos en la misma suerte (consorcio). A esta comunidad de intereses la ley ha concedido algunos atributos de la personalidad jurídica, con carácter provisional y como medio para la mejor realización

(60) Sin alusiones personales, por si acaso.

(61) PUELMA ACCORSI, Álvaro. *Curso de Derecho de Quiebras*. Santiago de Chile, 1985, p. 72

de su fin: el reparto equitativo del patrimonio del deudor entre sus acreedores. Es, en suma, la masa de acreedores un ente jurídico transitorio creado por consecuencia de la declaración de quiebra y dotado de capacidad para actuar en la esfera patrimonial por medio de sus representantes legales⁽⁶²⁾”.

Aunque, en realidad, podríamos dedicar muchas páginas a recoger las distintas posiciones existentes en torno a la (infaltable) naturaleza jurídica de la Junta de Acreedores, pues debe haber tantas como sistemas concursales puedan haber existido a lo largo de la historia; la noción expuesta por Garrigues es una de las que más se ajusta al modelo peruano; aun cuando hace referencia al régimen español en el cual la masa y la junta se confunden, lo que me obliga a explicar la diferencia que hay en nuestro régimen entre ambos conceptos.

En primer lugar, hay que precisar que el ideal del régimen concursal es que cada acreedor tenga en el proceso la misma participación que tiene en la en la crisis o, para ser exacto, en el riesgo derivado de la crisis.

Sin embargo, aunque suene paradójico, la masa es demasiado gaseosa como para otorgar seguridad jurídica al régimen; pues, como la define el artículo 38 de la Ley, está conformada por todos “(...) los pasivos del deudor insolvente devengados hasta (...)” la apertura del concurso. Es decir, integran la masa todos los acreedores que figuran en los registros de la empresa, e inclusive aquellos no considerados por ésta, que acrediten su derecho ante la Comisión.

Por el contrario, la Junta de Acreedores es algo tangible, ya que está conformada por los integrantes de la masa que se han apersonado al procedimiento y han acreditado su derecho ante la autoridad concursal.

Atendiendo a ello, como la solución de la crisis no puede quedar subordinada a la voluntad o disposición que tenga cada acreedor para intervenir en el proceso⁽⁶³⁾, ni tampoco a la absoluta veracidad de todas las obligaciones declaradas por la empresa; la Ley ha atribuido a la junta el ejercicio de las facultades que tienen los acreedores concursales para decidir la forma en que se tratará de revertir la crisis. Eso sí, lo que decida la Junta de Acreedores será obligatorio para la masa.

Al igual que cualquier decisión de asamblea, los acuerdos de la Junta de Acreedores se aprueban por mayoría. Para tal efecto, cada acreedor tendrá en la junta una participación equivalente a la que corresponde a sus créditos en el universo de las obligaciones concursales incorporadas al proceso. Así, tanto para computar quórum como para definir mayorías, cada acreedor tendrá en la junta igual peso que el que tiene su crédito en el total de la deuda reconocida. Sabia y justa regla: a igual riesgo, igual derecho. ¿O no es así?

Como ven, ahora sí, ya estamos en medio del proceso concursal; que se inicia con la instalación de la Junta de Acreedores y comprende las decisiones que ésta toma y los actos que ejecuta en ejercicio de las facultades que le otorga la Ley, hasta el momento en que se revierte la crisis pagando la deuda concursal o se termina de liquidar el patrimonio.

Aquí es donde se verifica la eficiencia o se evidencian los defectos de la norma concursal que, como dije casi al iniciar este artículo, no se miden por el número de empresas reestructuradas o liquidadas⁽⁶⁴⁾; si no por su capacidad de generar el entorno adecuado para lograr una solución a la crisis.

También es en la Junta de Acreedores donde, literalmente, la empresa “paga la cuenta”, en todo el sentido de la palabra; pues al definir la forma de pago de la deuda concursal y tomar las demás decisiones para las que están facultados, los acreedores estarán influenciados por los términos de su relación con el deudor.

Pero antes de comentar los aspectos más saltantes del proceso concursal, volvamos a la explicación que está haciendo el representante de la Comisión acerca del funcionamiento de la Junta de Acreedores que, dice, se ha instalado en primera convocatoria por haber asistido representantes de más del 66% de los créditos reconocidos. Si hubiéramos tenido que esperar a la segunda fecha, la junta se instalaba con más del 50% y en tercera podía reunirse con los que asistieran.

Comenta nuestro anfitrión que estos mismos porcentajes se requiere para reunir a la junta con el objeto de decidir el destino de la empresa o aprobar la

(62) *Idem*.

(63) Menos aún si no hay certeza de su real condición de acreedor.

(64) Según cifras del Indecopi, de las 183 decisiones tomadas por las juntas de acreedores respecto del destino de sus deudores, sólo en el 16% de los casos se optó por reestructurar; mientras que en el 84% restante, se acordó la liquidación de las empresas deudoras.

forma de pago de la deuda (Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación, etc.) En los demás casos, la junta se reúne con la asistencia de representantes de más del 50% de los créditos en primera convocatoria, mientras que en la segunda sesiona con los asistentes.

Alguien ha preguntado cómo se notifica la citación y el que está a nuestro lado (a éste lo conocemos de algún sitio) nos cuchichea, burlón, que nadie le va a mandar una invitación y que tendrá que estar atento a las convocatorias que se publican con una anticipación de diez días hábiles y por una sola vez, en el diario oficial *El Peruano* y en un diario de circulación en la provincia donde está ubicado el domicilio de la empresa.

Ahora el de la mesa nos explica que, con la misma lógica que se aplica en el caso del quórum, los acuerdos se toman con el voto de más del 66% o del 50% de los créditos reconocidos si la junta se ha reunido en primera convocatoria y con los mismos porcentajes, pero respecto de los asistentes, si la reunión se hace en la segunda o en la tercera convocatorias.

Volvemos a prestar atención a la mesa y oímos que la junta tiene una directiva (¡que ya elegimos!) conformada por un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario y hasta un Comité en el que puede delegar casi todas sus facultades (pero todavía no acabamos con el desapoderamiento).

Lo demás, agrega con seguridad el representante de la Comisión, es simple (lo será para él) La junta debe decidir, en primer lugar, el destino de la empresa⁽⁶⁵⁾, pudiendo optar entre la continuación de sus actividades, en cuyo caso entrará a un proceso de reestructuración patrimonial de un año de duración o su salida del mercado mediante su disolución y la liquidación extrajudicial de su patrimonio.

Nos advierte que, eso sí, ésta no debe ser una decisión inopinada; pues sin perjuicio de otros elementos, factores, intereses y criterios que, individual o colectivamente, pudiésemos incorporar a nuestro análisis, el más importante es el que está referido a su viabilidad. Claro, a quién se le ocurre que vamos a votar con el hígado si lo que queremos es cobrar. Por supuesto que vamos a buscar una solución eficiente, que permita el pago, aunque sea parcial, de nuestros

créditos⁽⁶⁶⁾ (eso sí, ahora le advertimos nosotros, como la Ley se convierta en un obstáculo para lograr nuestros objetivos).

El de al lado, que se cree muy gracioso, se adelanta con voz monótona a la explicación, como alardeando de su experiencia en materia de juntas. “(...) Así, si acuerdan la continuación de las actividades de la empresa, deberán decidir cuál será el régimen de administración al que quedará sometida durante el Proceso de Reestructuración Patrimonial; y los administradores que designen contarán con sesenta días para someter a su consideración una propuesta de Plan de Reestructuración. Si, por el contrario, optan por la disolución y liquidación, la entidad liquidadora a la cual encarguen el proceso tendrá veinte días para presentar su propuesta de Convenio de Liquidación. Luego, sólo queda ejecutar el plan o el convenio, hasta que se pague toda la deuda o se liquide todo el patrimonio, respectivamente (...)” (debemos admitir que no se equivocó en una sola palabra... oiga, disculpe, ¿algo de eso tiene que ver con el desapoderamiento?)

Nos piden callar porque el Presidente de la Junta ha dado la palabra al gerente, quien inicia una extensa presentación acerca de la situación de la empresa (en realidad ha servido para despejar las dudas que nos surgieron mientras leíamos los documentos que nos hicieron llegar hace cinco días.). Ahora, el Presidente ha pedido propuestas para decidir el destino de la empresa y el gordito ese de la competencia se para y propone que votemos por la continuación de actividades (hasta que por fin estamos de acuerdo en algo).

Gracias a la explicación recibida, ya sabemos todo lo que sigue; así que, en lo que queda de este trabajo, centraré mis comentarios en dos temas a los que siempre he dedicado especial atención; concluyendo con un resumen que, espero, resulte de utilidad.

8 ¿Dónde está el proceso?: en busca de la interpretación perdida.

Ya sea que se decida la continuación de actividades o la salida del mercado, el acuerdo que toma la Junta de Acreedores en cualquiera de estos sentidos está vinculado al inicio de un proceso. En un caso, se trata

(65) Propiamente, de su patrimonio.

(66) Considerando que en un supuesto concursal estamos ante un patrimonio presumiblemente insuficiente para atender el pago de todas las obligaciones, los acreedores tienen incluso mayores intereses comprometidos en la crisis que los propios titulares de la empresa.

del Proceso de Reestructuración Patrimonial y en el otro del Proceso de Disolución y Liquidación o, en estricto, de Liquidación.

Ni la Ley ni su exposición de motivos explican, cuando menos claramente, en qué consiste cada uno de los procesos, dando lugar a diversas y contradictorias lecturas de la norma; así que, ante este escenario, en las siguientes líneas asumiré el reto de elaborar una interpretación personal que realmente recoja el espíritu (como lo llamaban algunos de mis *maestros*) o la racionalidad, (como prefiero llamarla yo) de la norma.



8.1 La reestructuración (*with a little help of my friends*).

Con relación al Proceso de Reestructuración Patrimonial el artículo 42 de la Ley dice que, “Cuando la Junta decida la continuación de las actividades del insolvente (...) éste entrará en proceso de reestructuración patrimonial por un plazo no mayor a un (1) año (...)”; el cual podrá ser prorrogado sucesivamente por períodos no mayores de un año.

Por su parte, gracias al artículo 57 nos enteramos que el proceso concluye por vencimiento del plazo sin que la Junta de Acreedores acuerde su prórroga; o como consecuencia del pago de la deuda

concursal (lo que ocurra primero, se entiende).

Sabemos, entonces, que el proceso se inicia con la decisión de continuación de actividades de la empresa, que dura un año y que puede ser prorrogado sucesivamente por períodos de igual duración. También sabemos que concluirá si no es prorrogado o si se paga toda la deuda. Pero lo que hasta ahora no nos dice la norma es ¿en qué consiste el proceso?

Al respecto, tal vez influenciados por el irregular uso de los conceptos que se hace en esta parte de la Ley, pero sobre todo por la poco acertada norma contenida en el artículo 59, hay quienes equivocadamente identifican al Proceso de Reestructuración Patrimonial con la aplicación de los artículos 16 y 17, o con el plazo de ejecución del Plan de Reestructuración aprobado por la Junta de Acreedores.

Haciendo un paréntesis, bajo el título “Ineficacia del levantamiento de medidas cautelares y suspensión de procesos”, el artículo 59 establece lo siguiente: “Vencido el plazo del proceso de reestructuración o antes de su vencimiento, cuando así lo considere la Junta quedarán automáticamente sin efecto el levantamiento de las medidas y la suspensión de los procesos indicados en los artículos 16 y 17 de la presente Ley, salvo que el representante legal de la empresa acredite ante el Juez, Arbitro o Tribunal Arbitral, Ejecutor Coactivo, Administrador del Almacén General de Depósito, o Registrador Fiscal, según cual fuere el caso, que de acuerdo al Plan de Reestructuración aprobado se hubiere reprogramado el pago de las obligaciones por un plazo mayor, en cuyo caso continuará en vigencia la orden de levantamiento o de suspensión, según el caso, hasta la culminación del plazo reprogramado. El acreedor correspondiente tendrá el derecho de solicitar ante el Juez, Arbitro o Tribunal Arbitral, Ejecutor Coactivo, Administrador del Almacén General de Depósito, Registrador Fiscal o persona, que deje sin efecto el levantamiento o suspensión, según sea el caso, cuando se produzca el primer incumplimiento en el pago de las obligaciones de la empresa”.

Comenzaré diciendo que el artículo parte de dos supuestos que son jurídicamente imposibles: (i) que el proceso puede concluir por vencimiento del plazo de un año, sin que la Junta de Acreedores hubiese aprobado un Plan de Reestructuración; y (ii) que la junta tiene la facultad de decidir si se aplica o no el marco de protección legal.

En cuanto al primer supuesto, no cabe posibilidad alguna de que transcurra un año desde el inicio del proceso, sin que la Junta de Acreedores apruebe el plan correspondiente, pues conforme al artículo 82, la Comisión habría dispuesto la liquidación de la empresa; en lo que se refiere al segundo, prefiero abstenerme de comentario alguno y dejarles la siguiente pregunta: ¿se imaginan lo que sería del régimen concursal si la junta pudiese tomar un acuerdo que excluya a sus integrantes de la aplicación del marco de protección legal y les permita accionar contra el patrimonio? Cuando menos en lo que a mí respecta, no concibo un régimen concursal de sometimiento voluntario.

Adicionalmente, el artículo genera confusión cuando agrega que la reprogramación del pago, contenida en el Plan de Reestructuración, da lugar a que continúe vigente la suspensión de la exigibilidad; contrariamente a lo establecido en el artículo 16 en el cual se precisa que la suspensión de la exigibilidad concluye al aprobarse el Plan de Reestructuración, la disposición del artículo 59 carece de sustento. En este caso, lo que impedirá el cobro son los nuevos términos establecidos en el Plan de Reestructuración para el pago de la deuda, que deriva de una decisión adoptada por los acreedores, voluntariamente y en ejercicio de su libertad contractual; y no la aplicación de la norma.

Pero, volviendo al tema que, en realidad, nos ocupa, haciendo una lectura integral de las normas contenidas en el Título IV de la Ley se concluye que el Proceso de Reestructuración Patrimonial es, en estricto, el período durante el cual los acreedores sustituyen a los titulares de la empresa o comparten con ellos la conducción y administración del negocio. En otras palabras, es la principal manifestación del desapoderamiento.

En ese sentido, conforme al artículo 46, durante el Proceso de Reestructuración Patrimonial quedará en suspenso el Estatuto, así como la competencia de la Junta de Accionistas (o el órgano que corresponda) “(...) en todo lo referente a la administración de la empresa (...)”, que será asumida por la Junta de Acreedores y en el artículo 43 se otorga a la Junta de Acreedores la facultad de decidir el régimen de administración al que quedará sometida la empresa durante el proceso.

Debo admitir que el artículo 58 parece debilitar mi conclusión al establecer que es con el levantamiento

del estado de insolvencia y no con el fin del proceso de reestructuración que la Junta de Acreedores pierde el control de la administración, caducando las facultades de los administradores que ésta hubiese nombrado.

A mi favor puedo decir que, a diferencia del artículo 58 que vincula al régimen de administración con el estado de insolvencia, los artículos 43 y 46 circunscriben la vigencia del régimen de administración temporal y la sustitución de los titulares de la empresa por la Junta de Acreedores a la duración del proceso. Igual criterio es el que recoge el artículo 57 según el cual, cuando el proceso concluye después de haberse aprobado el Plan de Reestructuración, la Junta de Acreedores no se extingue, pudiendo reunirse para volver a tomar una decisión sobre el destino de la empresa, pronunciarse acerca del régimen de administración y modificar el plan.

Definido el tema, antes de acabar esta rápida revisión del Proceso de Reestructuración Patrimonial, cabe hacer algunas precisiones respecto de las modalidades previstas en la Ley para el régimen de administración al que queda sometida la empresa durante el proceso.

Como ya he mencionado, el artículo 43 de la Ley faculta a la Junta de Acreedores a decidir el régimen de administración, básicamente, entre las siguientes posibilidades: (i) mantener la administración anterior, (ii) nombrar una nueva administración, y (iii) participar con los anteriores administradores en la gestión del negocio.

En principio, podría parecer que las tres alternativas no constituyen desapoderamiento, tal como sostuve en los párrafos anteriores; pero hay que tener en cuenta que, independientemente de cuál sea la decisión de la junta en este tema, el desapoderamiento se produce desde que se decide la continuación de actividades, pues a partir de ese momento los acreedores sustituyen a los titulares de la empresa. Lo que hace el artículo 43 es regular distintos grados de desapoderamiento entre los cuales puede optar la junta, dependiendo del nivel de intervención que quiera tener en el manejo de la empresa.

Así, es evidente que si la Junta de Acreedores decide nombrar una nueva administración, se produce un desapoderamiento absoluto; como también queda claro que las otras dos posibilidades son variantes del desapoderamiento atenuado.

No hay, en consecuencia, posibilidad de una administración totalmente autónoma de los acreedores, ya que aún en el supuesto en que se mantiene a los anteriores funcionarios y directivos, la capacidad de decisión que estos tienen está limitada por el derecho de veto otorgado a los representantes de los acreedores. Se trata, realmente, de una “administración controlada”, tal como explica Tomás Sobrevilla⁽⁶⁷⁾: “Estamos pues así, en realidad, frente a un tipo o modelo de administración controlada semejante al de la Ley concursal Italiana. Por otra parte, estos Representantes cumplen una función de vínculo o nexo –coordinación– entre el Directorio de la Empresa y la Junta, al participar en todas las sesiones –debates– del Directorio con voz y voto (incluso veto) (...) Esta modalidad de intervención de la Junta, en las actividades de la Empresa, conlleva, en realidad, una importante función de control y de fiscalización efectiva mientras dure el Proceso de Reestructuración. Complementando lo anterior, la Ley (párrafo 3, *in-fine* del artículo. 43) confiere a tales Representantes, a semejanza de la moderna figura procesal de la intervención en información del Proceso Común (artículos 665 y 666 de Código Procesal Civil), el derecho ‘a requerir del Directorio toda la información relativa a las operaciones y actividades de la Empresa’, a efectos, obviamente, de que la Junta pueda evaluar, permanentemente, si se está cumpliendo o ejecutando debida y adecuadamente el Plan de Reestructuración aprobado por ella, a fin de que, en caso contrario, pueda adoptar las medidas o mecanismos correctivos necesarios o más convenientes en orden de las circunstancias”.

De esta forma, independientemente de la decisión que tomen los acreedores acerca del régimen de administración al que quedará sometida la empresa, quien quede a cargo del negocio deberá empezar por lograr la aprobación del Plan de Reestructuración en el que se defina las medidas a adoptar para revertir la crisis y la forma de pago de las obligaciones. Luego, durante la ejecución del plan, la junta deberá medir los avances del proceso y evaluar la posibilidad de restituir a los titulares de la empresa el ejercicio de sus atribuciones; mientras consideren que ello no es garantía para el cobro de sus créditos, prorrogarán el

Proceso de Reestructuración Patrimonial manteniendo la sartén por el mango.

8.2 La liquidación (*boys don't cry*)

A diferencia de lo que sucede con el Proceso de Reestructuración Patrimonial, el Proceso de Liquidación no comienza cuando los acreedores deciden la salida del mercado de la empresa, acuerdo que da lugar sólo a su disolución. Conforme al artículo 67, el Proceso de Liquidación se inicia recién con la celebración del Convenio de Liquidación que suscribe el Presidente de la Junta con la entidad liquidadora designada por los acreedores, con la intervención del representante de la Comisión.

Al igual que en la reestructuración, el inicio del Proceso de Liquidación incrementa el desapoderamiento de los titulares de la empresa produciendo el cese de todos los directores, gerentes y administradores y transfiriendo las facultades de administración y disposición de los bienes al liquidador quien deberá ceñirse, eso sí, a lo previsto en la Ley y en el Convenio de Liquidación.

Es importante resaltar que el liquidador asume sus funciones en representación, tanto de los acreedores como de los titulares de la empresa, por lo que está obligado a tutelar por igual los derechos patrimoniales de ambos grupos.

El Proceso de Liquidación es, en principio, sustancialmente más sencillo que el Proceso de Reestructuración Patrimonial y se circunscribe, en su versión básica a la transferencia de los bienes de la empresa para obtener los recursos necesarios para el pago de la deuda.

Mencioné anteriormente que existen distintas opiniones en el tema referido a la deuda comprendida en el proceso.

En lo personal, la interpretación que incluye a los créditos devengados hasta la celebración del Convenio de Liquidación, es la que me parece correcta. La razón es simple. Si el objetivo de la Ley es sustituir la acción individual por la colectiva para permitir que la liquidación del patrimonio se lleve a cabo en forma ordenada para tratar de obtener su mayor valor; el establecimiento de excepciones que permitan a terceros ajenos al proceso dirigirse contra los, bienes de la

(67) SOBREVILLA ENCISO, Tomás. *El Proceso Concursal Peruano, La Ley de Reestructuración Patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1998. p. 178.

empresa, convierte dicho objetivo en una falacia. Por el contrario, si el liquidador es obligado a lidiar con medias cautelares o mandatos de ejecución que recaen sobre los bienes cuya liquidación se le ha encargado, los costos del proceso se incrementarán considerablemente y las posibilidades de pago a los acreedores concursales se reducirán en forma inversamente proporcional.

Por otro lado, hay que tener presente que, cuantas más excepciones contiene un régimen, mayores incentivos se genera para evadir sus efectos. En cuanto al tema que nos ocupa, una regla como la cuestionada podría dar lugar a que, iniciada la etapa pre concursal, la expectativa de un cobro privilegiado por parte de determinado acreedor en un escenario de liquidación, genere un sobre endeudamiento de la empresa.

Legalmente, la incorporación al proceso de la deuda posterior a la apertura del concurso se sustenta en las disposiciones del artículo 64 y del inciso 1 del artículo 67. El primero, repite la norma contenida en el artículo 17, mientras que el segundo establece que la celebración del Convenio de Liquidación “produce un estado indivisible entre el insolvente y sus acreedores, que comprende todos los bienes y obligaciones de éste, aún cuando dichas obligaciones no sean de plazo vencido, salvo los bienes y las obligaciones que la ley expresamente exceptúa”.

En cuanto al artículo 64, debo resaltar que su coexistencia con el artículo 17 que suspende las acciones judiciales iniciadas para el cobro de créditos anteriores a la apertura del concurso, sólo puede implicar que se refiere a obligaciones distintas, es decir, a las nacidas después de esa fecha.

Pasando al inciso 1 del artículo 67, manteniendo coherencia con lo dicho acerca de la determinación de la masa concursal debo concluir que la indivisibilidad alcanza, también a los créditos posteriores a la apertura del concurso.

Por último, tiene especial importancia recordar el segundo párrafo del artículo 38 que, al consagrar el superprivilegio de la deuda post concursal la restringe a la aplicación de los artículos 16 y 17, pero no a los aplicables al Proceso de Liquidación: “las deudas derivadas de actos posteriores a la fecha mencionada en el párrafo anterior serán pagadas en forma regular

a su vencimiento, no siendo de aplicación en estos casos las disposiciones contenidas en los artículos 16° y 17° de la presente Ley”.

9 ¿Culpables por naturaleza?: entretelones del nacimiento de una norma que no debió aprobarse.

Después de un tímido asomo en 1996, el tema de los acreedores vinculados irrumpió con fuerza en los predios de nuestro derecho concursal en 1999, durante el proceso de elaboración de la Ley de Fortalecimiento.

El tema salió a la luz a raíz de lo ocurrido en algunos procesos en los cuales una sospechosa mayoría de acreedores vinculados dominaba la Junta de Acreedores, haciendo y deshaciendo durante el proceso, según su conveniencia y afectando los derechos patrimoniales de los legítimos acreedores de la empresa.

Recuerdo que en esa oportunidad la discusión dividió; a quienes proponían que los acreedores vinculados participaran en la Junta de Acreedores sin derecho a voto, por un lado; y a quienes no consideraban que dicha restricción fuese a solucionar el problema. También recuerdo que Alfredo Bullard y Huáscar Ezcurra⁽⁶⁸⁾ me pidieron analizar el tema y presentarlo en la próxima reunión mensual de miembros de comisiones de reestructuración patrimonial.

En la reunión, que se llevó a cabo en la primera o segunda semana de febrero de 1999, presenté un documento al que titulé: *El derecho de voto de los acreedores vinculados, ¿por qué no lo pueden perder?*, en el que resumí las razones por las que no consideraba apropiado acoger una propuesta en tal sentido.

Dije entonces y me ratifico ahora, que la solución a un problema de la simulación de deudas para controlar las juntas de acreedores no puede ser impedir, ciegame, que los acreedores vinculados voten en las juntas de acreedores, propuesta totalmente contraria al principio en torno al cual se ha desarrollado toda la estructura legal del régimen concursal peruano, que ha sido objeto de comentario en el numeral 5.1 de este artículo.

En ese sentido, si la premisa es que cada acreedor interviene en las decisiones en forma proporcional a

(68) Entonces Presidente y Secretario de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, respectivamente.

la que corresponde a sus créditos en la masa concursal, hacer una distinción a partir de la relación que cada cual tiene con la empresa deudora resulta incoherente. Así, amparándome en la doctrina concursal, hice notar que la posibilidad planteada vulnera los principios de universalidad, colectividad e igualdad al establecer un trato discriminatorio para un determinado grupo de acreedores.

Sin embargo, el principal motivo de mi oposición fue la propuesta misma que, en lugar de atacar el problema (simulación) apuntaba a la motivación (participación en la junta), tal como lo reconoce la exposición de motivos de la Ley de Fortalecimiento: **“La discusión surgió con motivo de los procesos en los que se ha detectado la simulación de obligaciones entre acreedores y deudor que mantienen algún tipo de vinculación, con el fin de lograr una (mayor) participación en la junta de acreedores y, con ello, en las decisiones más importantes del proceso. El problema principal reside en las dificultades que puede enfrentar la autoridad administrativa para demostrar una eventual simulación de créditos”** (el énfasis es nuestro).

En efecto, como alguien consideraba que la autoridad concursal no tenía capacidad para detectar los casos de fraude, en lugar de hacerse problemas había que cortar el mal desde la raíz; vinculados no votan. En la reunión mensual se descartó la idea, por lo que ésta no fue incorporada en la reforma. Sin embargo, recogiendo una propuesta elaborada a partir del modelo alemán recibida por el Indecopi, la Ley de Fortalecimiento ha agregado una Décimo Segunda Disposición Complementaria a la Ley, en la que se regula el mal llamado voto por clase⁽⁶⁹⁾.

Según la norma vigente, cuando los acreedores vinculados (identificados según los criterios incorporados al artículo 5 de la Ley) son titulares de

más del 66% de los créditos reconocidos no pueden aprobar por sí solos la nueva forma de pago de las deudas (Plan de Reestructuración, etc.) y requieren el voto favorable de más del 66.6% de los acreedores no vinculados.

Lo malo es que esta solución tiene similares problemas a los de la propuesta descartada. Genera discriminación, elude la obligación de verificar los créditos, no toma en cuenta que se puede simular obligaciones a favor de personas aparentemente no vinculadas⁽⁷⁰⁾ y tampoco ha considerado que, si hay voluntad de fraude, la simulación puede hacerse evitando llegar al porcentaje establecido. Por último, el voto por clase regulado en la legislación alemana no distingue entre los acreedores según su naturaleza, sino a partir de los distintos regímenes que se establezca en el proceso para el pago de la deuda.

Hasta donde tengo conocimiento, no han pasado de diez los procesos en los que se haya aplicado la norma, pero son muchas más las impugnaciones que se produce en los procedimientos por créditos presuntamente simulados.

10 Decálogo del buen concursante: para concursar y no caer en el juego.

A manera de resumen, conclusiones y consejos finales, les sugiero que, si les toca el número ganador, ya sea como acreedor o como deudor, y se ven tentados u obligados a participar en un concurso, tengan a la mano el “Decálogo del Buen Concursante” que les presento a continuación:

a) Mientras se pueda negociar en privado, hay que evitar entrar en un proceso concursal. Éstos sólo son buenos si algún desubicado pretende nadar contra la corriente y tiene la posibilidad de frustrar los acuerdos logrados con los demás acreedores.

(69) “Décimo segunda Disposición Complementaria.- Requisitos de validez de la forma de pago aprobada cuando acreedores vinculados al deudor tienen la mayoría en la junta de acreedores.- En los casos en que los acreedores identificados por la Comisión o el Notario Público, según el caso, como vinculados al deudor, representen más del 66,6% del monto total de los créditos reconocidos, es requisito de validez para la aprobación del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación, Convenio Concursal, Convenio de Reprogramación de Pagos, Acuerdo Global de Refinanciación y sus modificaciones, el que se alcance mayoría calificada de más del 66,6% en la clase de acreedores vinculados y la clase de acreedores no vinculados al deudor insolvente, respectivamente.

En tal sentido, para la aprobación de tales acuerdos se requerirá, en primera convocatoria, del voto de más del 66,6% en la clase de los créditos reconocidos como vinculados, así como más del 66,6% en la clase de los créditos reconocidos como no vinculados. En segunda o tercera convocatoria, los acuerdos se adoptarán cuando se alcance el voto favorable de acreedores representantes de un importe superior al 66,6% del total de créditos asistentes en la clase de los acreedores vinculados y la clase de los acreedores no vinculados, respectivamente”.

(70) No olvidemos que fue la Ley de Fortalecimiento la pionera del “registro de créditos” para acreedores no vinculados.

b) Si, por cualquier motivo, no queda otra opción, lo mejor es someterse a un concurso con el apoyo de los acreedores (por lo menos de los mayoritarios); de nada sirve querer pasarse de vivo porque a la hora decisiva, los que deciden son ellos.

c) Los procesos concursales no son la pila de agua bendita ni la ventanilla de un banco. No garantizan recursos para la empresa y nadie está obligado a apoyar. Nuevamente, todo depende de la relación entre el deudor y sus acreedores.

d) Los procesos concursales no sirven para cobrar rápido, su objeto es solucionar íntegramente una situación de crisis. Quien se ve comprendido en un proceso, debe armarse de paciencia y esperar el pago.

e) La mejor manera de desarrollar un proceso en forma rápida es cumpliendo dos reglas de oro: el deudor debe presentar información clara y suficiente; y, la negociación debe desarrollarse desde antes ya que esperar a la instalación de la Junta de Acreedores sólo atrasará los acuerdos.

f) Hay que ser imaginativos. La Ley no contiene las recetas para solucionar el problema, ni lo necesita; éstas pueden recogerse de cualquier otra norma del sistema legal y sólo están limitadas por la legitimidad

de las decisiones de la junta y la equidad en el trato a los acreedores.

g) En el proceso, no hay que esperar a que otros defiendan nuestros intereses. Si algo se pudre en Dinamarca o cualquier otro sitio, utilicemos los mecanismos previstos en la Ley para proteger los derechos patrimoniales de todas las partes.

h) Los acreedores minoritarios deben ensayar su mejor sonrisa y tratar de caer lo más simpáticos posible a la mayoría, para que no los hagan leña. Las chillas, piconerías, así como el uso injustificado de los recursos que provee la Ley sólo afectan la posibilidad de llegar a soluciones oportunas.

i) No hay nada mejor que un deudor que reconozca su responsabilidad en la crisis y demuestre su voluntad de aportar a la solución; y no hay nada peor que un acreedor que sólo busca cobrar cuanto antes, así se frustrate una solución más eficiente; algunas veces es bueno mirar más allá de los intereses individuales.

j) Lo que tiene que pasar, siempre pasa y en su momento. Las empresas, como los humanos no son inmortales. No hay que aferrarse a un negocio que sólo produce deudas. ~~AFB~~