

Créditos concursales vs. créditos post-concursales

Apuntes sobre el fuero de atracción y su incidencia en la formación del concurso

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio

Abogado.

Profesor de Derecho Concursal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Derecho de la Competencia en la Universidad de Lima.

Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

1. Introducción.

En todo procedimiento concursal la preocupación central que embarga a los acreedores se relaciona con la posibilidades reales de cobro de su crédito y, para tal efecto, se interesan en los mecanismos provistos por la legislación concursal para una salvaguarda o protección eficaz del mismo.

Nótese, en primer lugar, que una posición realista de cualquier acreedor consciente de la disyuntiva que involucra la insolvencia del deudor, debe desterrar la ilusión de la recuperación total del crédito “invertido” en el insolvente. De hecho, las legislaciones concursales no pueden “vender”, ni deben hacerlo -aunque en contados casos, pudiese suceder- un sistema concursal diseñado para alcanzar la recuperación de todo el crédito comprometido en el concurso.

Así como la ley concursal no puede “vender” la permanencia de empresas en crisis en el mercado, de igual forma no puede garantizar el resarcimiento total a los acreedores respecto de sus créditos impagos⁽¹⁾.

Hecha esta salvedad, el objeto de este artículo es abordar la problemática suscitada en torno al fuero de atracción regulado en la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC). Con esta finalidad, analizaremos previamente dos temas medulares para su cabal comprensión: (i) la formación del concurso, lo que supone el estudio de aspectos importantes de la verificación y reconocimiento de créditos; y, (ii) los efectos de la apertura del concurso y su tratamiento diferenciado en función a la “concuralidad” de los créditos. Es oportuno señalar en esta instancia, que el fuero de atracción ha tenido regulaciones diferentes en nuestra legislación e, incluso hasta la fecha, lecturas distintas por parte de los especialistas en la materia y la propia autoridad concursal.

Ello ha dado lugar a un reciente pronunciamiento de la Sala Concursal del Tribunal del Indecopi, lo que ha generado el primer precedente de observancia obligatoria emitido por dicho órgano administrativo y el primer precedente también, relacionado con la LGSC, a casi un año y medio de vigencia⁽²⁾.

(1) Aunque el Artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal contiene un grave error conceptual referido al “objetivo tripartito” del sistema concursal, consideramos que una interpretación sistemática de sus normas nos aclara el panorama sobre su verdadero fin.

Al respecto, puede verse un trabajo anterior del autor: DEL ÁGUILA, Paolo. *Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del Sistema Concursal*. En: *Revista Foro Jurídico*. Número 2. Lima, 2003.

(2) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Legislativo No. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, las resoluciones de las Comisiones, Oficinas o del Tribunal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria. En ese sentido, se marca un derrotero para su aplicación en casos similares.

2. La formación del concurso.

2.1. Las etapas del procedimiento concursal⁽³⁾.

Sin entrar en mayor abundamiento respecto a este tema, dado que no es objeto central del presente trabajo, podemos señalar que el procedimiento concursal peruano tiene dos etapas claramente delimitadas:

a) La fase o etapa pre-concursal. Importa el nacimiento del proceso, a través de la solicitud de apertura de concurso respectiva (por las causales de prevención de crisis, insuficiencia patrimonial o cesación de pagos, observadas por el propio deudor o sus acreedores, según corresponda)⁽⁴⁾ o a través de un mandato legal (el apercibimiento acaecido en mérito del artículo 703 del Código Procesal Civil)⁽⁵⁾. Esta fase involucra, a lo más, a tres actores: un sujeto pasivo (aquel deudor cuyo patrimonio está actual o potencialmente comprometido), un sujeto activo (el acreedor, solo si estamos ante un procedimiento concursal ordinario bajo el presupuesto de cesación de pagos) y la autoridad concursal; a quienes se les asigna una serie de atribuciones y responsabilidades durante este período.

En esta fase es de destacar el papel relevante que desempeña la autoridad concursal, por cuanto es ella la que determinará la apertura o no del concurso, en función del examen que realice de los créditos invocados (si el presupuesto es la cesación de pagos) o de los estados financieros del deudor (si el presupuesto es la insuficiencia patrimonial), además de verificar los requisitos de admisibilidad y procedibilidad exigidos por la ley concursal (por ejemplo, si nos hallamos ante una solicitud de apertura de un procedimiento concursal preventivo).

Declarada la apertura del concurso, y una vez consentida o firme la resolución correspondiente, se procederá con la difusión de esta situación en el

Diario Oficial El Peruano, lo cual está contemplado en el artículo 32 de la LGSC⁽⁶⁾.

Este momento es clave para el devenir del procedimiento concursal, básicamente por las siguientes tres razones: (i) informa al mercado acerca de la situación patrimonial de uno de sus agentes, lo que indirectamente va a suponer determinadas pautas de conducta de los actores económicos relacionados con el concursado a la hora de celebrar sus contratos; (ii) marca la separación entre el universo de créditos concursales del universo de créditos post-concursales, tema que vamos a analizar más adelante y que nos lleva al fuero de atracción; y, (iii) impulsa a los acreedores para someter ante la autoridad concursal sus solicitudes de reconocimiento de créditos, con el objeto de integrarse al concurso.

Estos efectos trascendentes que trae la difusión del concurso son los que han merecido que a ese momento del proceso, en términos coloquiales, se le denomine “punto de quiebre” o “fecha de corte”. Por si lo anterior fuera poco, la fecha de difusión del concurso va a significar también la “línea divisoria” entre la etapa preconcursal y la etapa concursal, propiamente dicha.

b) La fase o etapa concursal. A partir de la difusión del concurso se cierra la etapa o fase preconcursal y nace la segunda y última fase del procedimiento concursal: la etapa concursal, propiamente dicha. A esta etapa, adicionalmente de los sujetos de la fase pre-concursal, se integrarán nuevos partícipes del concurso: los acreedores concursales, en tanto se verifique y reconozca los créditos que invoquen, así como los administradores y liquidadores, quienes tendrán la responsabilidad de guiar la reestructuración o liquidación del deudor, según el caso.

Es así que la etapa concursal empieza a desplegar sus efectos con la formación del concurso,

(3) Sobre este particular, puede consultarse la Resolución No. 0127-2000/TDC-INDECOPI de fecha 24 de marzo de 2000 emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, recaída en el Expediente No. 121-1999-CRP. Si bien se refiere a un caso tramitado bajo la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial, mantiene vigencia para nuestra ley actual.

(4) Ver artículos 24, 26 y 103 de la LGSC.

(5) Ver artículo 30 y Segunda Disposición Modificatoria de la LGSC.

(6) Artículo 32. Difusión del procedimiento.

32.1. Consentida o firme la resolución que dispone la difusión del procedimiento, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi dispondrá la publicación semanal en el Diario Oficial El Peruano de un listado de los deudores que, en la semana precedente, hayan quedado sometidos a los procedimientos concursales.

32.2. En la publicación se requerirá a los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos, se les informará sobre el plazo para el apersonamiento al procedimiento y se pondrá a su disposición en las oficinas de la Secretaría Técnica la relación de obligaciones declaradas por el deudor.

abarca luego un estadio crucial con la toma de acuerdos por medio de la junta de acreedores y culmina con el pago total de los créditos concursales dentro del proceso reorganizativo (sea reestructuración o procedimiento preventivo) o con el auto de apertura de la quiebra, finalizado el proceso liquidatorio.

Definitivamente, es la etapa más extensa del procedimiento concursal, la que importa una mayor negociación entre los acreedores y el deudor, la que nos trae también, en algunos casos, el desapoderamiento del concursado a favor de su junta de acreedores y el largo proceso de formación y ejecución de acuerdos.

2.2. El apersonamiento en la LGSC: un caso de “incentivos perversos”.

La LGSC promueve la participación activa y decidida de los acreedores del deudor. A diferencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial (en adelante, LRP) que no fomentaba un apersonamiento compulsivo, permitiendo al acreedor decidir el momento en que se presentaba al Indecopi para su reconocimiento, sin mayores consecuencias para sí, la LGSC, en cambio, sí supone una modificación de esta situación.

Conviene señalar que dicha modificación no está referida a la prohibición del reconocimiento de créditos tardíos, figura presente en ambas leyes, sino a las consecuencias del reconocimiento efectuado de las solicitudes presentadas fuera del plazo previsto en el aviso de difusión del proceso.

Respecto del acreedor tardío podemos decir que su falta de diligencia para apersonarse a tiempo al concurso va a traerle las siguientes consecuencias:

a) La pérdida de sus derechos políticos. Conforme al artículo 34.3 de la LGSC, “(c)arecerán de derecho a voz y voto en las Juntas quienes obtengan el reconocimiento tardío de sus créditos”. Esta disposición, entonces, penaliza drásticamente al acreedor tardío quien, producto de su inacción inicial, podrá ser reconocido a futuro, pero nunca va a gozar de la capacidad de opinión ni decisión en el seno de la Junta.

Consideramos que la justificación de esta norma está en la necesidad de mantener inamovible la composición de las juntas de acreedores, a efectos de evitar la continua variación de los acuerdos adoptados, en función a la entrada de acreedores tardíos, lo que trae consigo inseguridad y poca celeridad en el trámite del proceso.

Justamente, una de las principales críticas que recibió la LRP se relacionaba con la volatilidad de los acuerdos de las juntas. Lo acordado un día, podía ser deshecho al día siguiente, con la inclusión de acreedores tardíos de opiniones diferentes, o podía también entramparse, en tanto existiera un porcentaje de participación en junta equivalente entre los acreedores ordinarios y aquéllos tardíos que traían la postura disidente. Peor aún, acuerdos tomados y en etapa de ejecución podían verse trancos frente a esta clase de situaciones creadas por la propia LRP.

Como es visto, con la LGSC tales estados ya no son factibles de presentarse, por cuanto la junta se mantiene invariable con aquellos acreedores que solicitaron su reconocimiento de créditos oportunamente y fueron reconocidos, siendo que cualquier variación de los acuerdos adoptados solamente va a poder realizarse en tanto se derive de la voluntad y decisión de esos mismos acreedores.

b) La restricción de sus derechos económicos. El acreedor que no sigue el trámite administrativo para su reconocimiento, simplemente está impedido de cobrar, así exista voluntad del deudor concursado con ese fin o esté “reconocido” por la masa de acreedores vía la incorporación de su crédito en el instrumento concursal. Tal restricción se levantará una vez que obtenga la resolución administrativa de reconocimiento de créditos.

Confirmando lo que acabamos de señalar, el artículo 69.3 de la LGSC relativo al pago de créditos durante la reestructuración patrimonial dispone que: “(l)os créditos originados antes de la publicación a que se refiere el artículo 32, **pero que no hubieren sido reconocidos** por la autoridad concursal, **serán pagados luego del vencimiento del plazo para el pago de los créditos reconocidos**”. En ese orden de ideas, el artículo 88.1 de la LGSC relativo al pago de créditos durante la liquidación dice: “(e)l Liquidador, bajo responsabilidad, **está obligado a pagar en primer término los créditos reconocidos por la Comisión** conforme al orden de preferencia establecido en el artículo 42 hasta donde alcanzare el patrimonio del deudor” (el resaltado es agregado).

Obsérvese que en ninguna de estas disposiciones se prohíbe el pago de créditos correspondientes a los acreedores del deudor no reconocidos, es más, de haber excedente en caja, tanto el administrador como el liquidador deberían proceder con su pago. Lo que ocurre es una

subordinación del cobro de tales créditos, los que deberán esperar el pago preferente de los acreedores reconocidos para después pasar a su cancelación.

Pensamos que la sanción prescrita en la LGSC para el acreedor tardío implica realmente un “incentivo perverso” que fomenta el apersonamiento oportuno al concurso, incentivo que, a nuestro juicio, está plenamente justificado con la finalidad de dotar de seguridad a los acuerdos de Junta, así como de celeridad a la ejecución de tales acuerdos.

2.3. Objeto de la verificación de créditos⁽⁷⁾.

El Indecopi tiene un papel preponderante en tres momentos del procedimiento concursal: (i) cuando analiza y admite a trámite la solicitud presentada, declarando la apertura del concurso; (ii) cuando verifica la existencia, origen, legitimidad y cuantía de las solicitudes presentadas a efectos del reconocimiento de créditos; y, (iii) cuando cautela la legalidad del proceso y la conducta de los actores involucrados, a través de las acciones de impugnación, nulidad de acuerdos y la aplicación del procedimiento sancionador.

Con relación a este trabajo, nos interesa detenernos un poco en la segunda de sus funciones: la verificación de créditos. ¿Por qué es importante que esta función sea cumplida a cabalidad? Para responder ello, nos permitimos delinear los tres objetivos básicos en toda actuación de verificación de créditos:

a) Identificar el pasivo real del deudor.

Podemos afirmar que cuanto más se parezca el monto reconocido a aquél que corresponde al pasivo del deudor, más cerca nos hallaremos de tomar decisiones eficientes. En efecto, una de las primeras informaciones relevantes que persiguen los acreedores se relaciona con el pasivo real del deudor. Siendo que, en algunas ocasiones, lo señalado en libros contables presenta dudas o, como es común en empresas que llegan en estado crítico al Indecopi, éstos no se hallan o están incompletos, el mecanismo de estimación de la situación financiera de la empresa se va a traducir con el cúmulo de créditos

debidamente verificados y reconocidos por el Indecopi.

b) Determinar a los acreedores del concurso.

Aunque suene una verdad de perogrullo, no hay concurso sin acreedores⁽⁸⁾. Pese a existir un hecho revelador del estado de insolvencia, sus efectos nunca van a desplegarse en tanto no concurren al menos dos acreedores al proceso y éstos resulten reconocidos. Como señala Maffía, la concurrencia de los acreedores se convierte en un modo de acceso necesario a la masa; por ello es imprescindible saber si existen acreedores, y de ser afirmativo, quiénes son, cuánto se les debe, por qué razón, cuál es su orden de prelación, entre otras circunstancias⁽⁹⁾.

c) **Establecer la composición de la junta de acreedores.** A través del reconocimiento de créditos se va a conocer con exactitud el monto que corresponde a cada acreedor. Dicho monto va a formar parte del universo de créditos reconocidos, y de allí la autoridad concursal le va a asignar un porcentaje con el que va a participar en la junta de acreedores.

Si quisiéramos traspasar lo expresado en términos societarios, podríamos decir que el acreedor (accionista) posee un crédito (acción) que le brinda el derecho de participar en la Junta de Acreedores (Junta de Accionistas), de acuerdo al porcentaje que representa su crédito (participación accionaria) dentro del universo de créditos reconocidos del concursado (acciones suscritas y pagadas de la sociedad).

Del mismo modo que el accionista mayoritario va a contar con un peso relativo mayor a la hora de tomar acuerdos respecto de la sociedad, el acreedor mayoritario también va a tener una posibilidad mayor, porcentualmente hablando, para imponer sus criterios en las decisiones que adopte la junta de acreedores. La lógica de esta disposición es la misma: el accionista mayoritario gana este derecho en virtud de la mayor cantidad de capital invertido que tiene en la empresa en comparación al resto de accionistas; el acreedor mayoritario también lo gana, en mérito de la mayor cantidad de crédito suyo

(7) En algunas ocasiones se habla de verificación y reconocimiento de créditos como si se tratase de sinónimos. Estimo que no es así, dado que la verificación es toda la actividad que, en uso de sus facultades, despliega la autoridad concursal para indagar, cotejar y acreditar la existencia, origen, legitimidad y cuantía de los créditos invocados en las solicitudes de reconocimiento de créditos; en tanto el reconocimiento, es la declaración que emite esa autoridad, luego del proceso de verificación, la que se plasma en la respectiva resolución de reconocimiento de créditos, acto administrativo que otorga formalidad a todo lo anterior.

(8) Su negación es la inexistencia de concurso, regulada en el artículo 36 de la LGSC.

(9) MAFFÍA, Oswaldo. *Verificación de créditos*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

incorporado en el pasivo del deudor en comparación al resto de acreedores reconocidos.

3. Créditos concursales vs. créditos post-concursales.

3.1. Efectos de la apertura del concurso.

La apertura del concurso tiene efectos gravitantes en las relaciones jurídicas del concursado, afectando su patrimonio, pero consigo al patrimonio de sus acreedores y al de algunos terceros vinculados a él.

La doctrina y legislación concursal nos muestran tres efectos básicos: (i) el primero implica una intervención legal a las relaciones jurídico obligatorias del deudor, lo que se conoce como suspensión de pagos o suspensión de exigibilidad de obligaciones del deudor; (ii) el segundo está referido al interés de mantener intangible el patrimonio del deudor para evitar su degradación en tanto se forma el concurso, lo que es conocido como la protección legal del patrimonio del deudor; y (iii) el tercero, supone una vigilancia de las transacciones u operaciones que realiza el concursado durante un período determinado de tiempo, lo que hoy conocemos como acción de ineficacia de actos del deudor o periodo de sospecha.

Para efectos del presente trabajo, analizaremos los alcances de los dos primeros efectos apuntados.

3.1.1. Suspensión de exigibilidad de obligaciones⁽¹⁰⁾.

El primer efecto del concurso es la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor devengadas hasta la “fecha de corte”, esto es, la fecha de difusión del procedimiento. Como dijimos líneas arriba, este efecto implica una intervención legal en las relaciones jurídicas del deudor con el objeto de fortalecer su patrimonio y hacer efectivas las decisiones que la junta de acreedores que se instale tome respecto del mismo. Las consecuencias son: (i) la suspensión de cualquier pago adeudado por el concursado, lo que en modo alguno implica eximirle de tal deber; (ii) el no devengo de intereses moratorios, por cuanto se halla suspendida la exigibilidad de la obligación; y, (iii) no se aplica la capitalización de créditos, por la misma razón anterior.

La suspensión de pagos aludida no es perpetua, sino que tiene efectos hasta que sea aprobado el instrumento concursal correspondiente. En efecto, como quiera que la suspensión es necesaria para fortalecer el patrimonio de la empresa concursada y evitar con ello las exigencias inmediatas de pago que podrían lesionar decisiones eficientes de la Junta, una vez que se ha logrado este propósito (a través de la aprobación de un instrumento concursal que contemple el tratamiento integral de todas las obligaciones sujetas al concurso) se torna innecesario continuar con dicha medida, sobretodo si se tiene en consideración que los acuerdos establecidos en cualquiera de los instrumentos concursales relativos a la exigibilidad de obligaciones serán oponibles a todos los acreedores comprendidos en el concurso y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento.

De otro lado, cabe advertir que este efecto se circunscribe al patrimonio del concursado, por lo que la suspensión no puede extenderse al patrimonio de terceros. En ese sentido, los acreedores pueden dirigir el cumplimiento de obligaciones contra la empresa principal (de tratarse del concurso de una sucursal) o contra aquellas personas que constituyeron garantías reales o personales a su favor para respaldar las obligaciones del concursado. En este último caso, se respeta el régimen de garantías constituido y se premia el comportamiento diligente de ciertos acreedores que se cubrieron mejor ante el riesgo que implica el incumplimiento de obligaciones y posible concurso de su deudor.

3.1.2. Marco de protección legal del patrimonio⁽¹¹⁾.

El otro efecto que pasamos a analizar es el referido a la intangibilidad del patrimonio del deudor. De hecho, de no existir tal protección, tendríamos de seguro una o más ejecuciones del mismo por parte de cualquier acreedor que busca maximizar, con legítimo derecho, la recuperación de su crédito. Ello incentivaría acciones ejecutivas individuales una vez descubierta la situación de crisis del deudor, con lo que el desincentivo para la adopción de acuerdos colectivos sería manifiesto.

La intangibilidad del patrimonio trae consigo su fortalecimiento efectivo y elimina la incertidumbre de los acreedores acerca de la bondad

(10) Regulado en el artículo 17 de la LGSC.

(11) Regulado en el artículo 18 de la LGSC.

de la opción colectiva como mecanismo para enfrentar la crisis del deudor. Lo anterior evita la degradación o detrimento del patrimonio. Por esa razón se impone a los jueces, árbitros y demás autoridades competentes sendas obligaciones en lo atinente a medidas cautelares ordenadas o trabadas contra bienes del concursado, declarándose que en ningún caso el patrimonio del deudor sometido a concurso podrá ser objeto de ejecución forzada, exceptuándose de ello las ejecuciones por obligaciones corrientes, conforme veremos más adelante⁽¹²⁾.

Una situación especial reviste el tratamiento que otorga nuestra legislación concursal a los bienes en peligro de deterioro o pérdida pertenecientes al deudor, con la finalidad de no depreciar o perjudicar definitivamente su valor por cuanto ello afecta directamente a la masa de acreedores. En tales casos sí se justifica la ejecución, siempre que el producto resultante de las ventas se ponga a disposición del administrador o liquidador para que proceda con el pago respectivo.

Finalmente, este efecto nos trae la suspensión de todo procedimiento seguido contra el concursado, en su etapa de ejecución, justamente con la finalidad de evitar el menoscabo de su patrimonio, favoreciendo a un acreedor respecto del resto de acreedores del concurso. Cabe advertir en este punto, que lo anotado no implica la suspensión de tales procedimientos en sus etapas anteriores, es decir, aquellas referidas a la determinación de los derechos de crédito del acreedor, en vista que en esa instancia no se pone en ejecución bien alguno del deudor, sino que sirve para determinar fehacientemente el crédito⁽¹³⁾.

3.2. El tratamiento diferenciado por la “concurabilidad”.



El concurso no es la vía que deben recorrer todos los acreedores del deudor. Si bien a la mayoría de acreedores del deudor se les va a aplicar los efectos antes referidos, vamos a tener, bajo ciertas hipótesis, algunos otros quienes se verán exceptuados de tal aplicación y, por tanto, tendrán caminos distintos a la hora de buscar la protección de su crédito. El tratamiento diferenciado entre estos acreedores lo determinará la “concurabilidad” de sus créditos.

3.2.1. Los créditos concursales⁽¹⁴⁾.

Conocidos también como créditos estructurales. Son aquéllos que forman parte de los procedimientos concursales por cuanto se originaron hasta la fecha de la publicación señalada en el artículo 32 de la LGSC, esto es, la “fecha de

(12) Además del caso de la ejecución del patrimonio del deudor por obligaciones corrientes, tenemos el supuesto de ejecución del warrant y de la prenda global y flotante permitido por la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, lo que conlleva una grave distorsión del efecto en cuestión. Sin embargo, dada la complejidad de este tema y a que su reflexión no es parte del presente artículo, nos reservamos su análisis para una futura oportunidad.

(13) Sobre este particular, puede consultarse el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución No. 268-97-TDC de fecha 5 de noviembre de 1997, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, y recaída en el Expediente No. 060-96-CSA-17.

(14) **Artículo 15. Créditos comprendidos en el concurso.**

Quedarán sujetas a los procedimientos concursales:

15.1. Las obligaciones del deudor originadas hasta la fecha de la publicación establecida en el artículo 32, con la excepción prevista en el artículo 16.3. (...).

corte” o de difusión del proceso. Conviene precisar que lo que interesa para determinar la “concurabilidad” del crédito es el devengo del mismo. En ese sentido, es indistinto para fijar su incorporación al concurso, que a la “fecha de corte” dicho crédito se halle o no vencido.

De esta manera, la denominada “fecha de corte” es de suma importancia para: (i) determinar qué acreedores deben apersonarse con el objeto de examinar su futura incorporación a la junta de acreedores; y, (ii) establecer sobre qué créditos tiene competencia la autoridad concursal para emitir pronunciamiento en la fase de verificación y reconocimiento de créditos.

Respecto de los créditos concursales se aplican los efectos de la apertura del concurso estudiados en el punto anterior. En efecto, dado que la crisis actual o potencial del deudor lo ha llevado a un procedimiento concursal, el hecho de su reorganización o salida ordenada del mercado será plasmado en el instrumento que disponga el refinanciamiento del pasivo (Acuerdo Global de Refinanciación), la reestructuración integral de la firma (Plan de Reestructuración) o la realización de activos o venta en marcha de la empresa para el pago de los acreedores (Convenio de Liquidación).

Siendo esto así, la inexigibilidad de las obligaciones y la inejecutabilidad del patrimonio son elementos necesarios para celebrar tales instrumentos. Caso contrario, de tornarse exigibles las obligaciones correspondientes a los acreedores concursales, carecería de todo objeto el establecimiento de nuevos términos y condiciones posteriores para éstas en los instrumentos referidos. Asimismo, de ser ejecutable el patrimonio del deudor a manos de los acreedores concursales, el procedimiento carecería de todo incentivo para aprobar cualquier instrumento concursal por cuanto las juntas de acreedores no tendrían a su disposición (al menos en la magnitud primigenia) la materia prima para llevar a cabo los procesos reorganizativos o liquidatorios de forma eficiente. En otras palabras, se quitaría todo estímulo para apostar por las soluciones colectivas a la crisis patrimonial.

Finalmente, cabe anotar que el hecho que concurren y se respeten tales efectos sobre los créditos concursales, resguarda el interés de los acreedores concursales, toda vez que establece un marco de actuación sólido para la protección de sus créditos y, además, dota de seguridad a las transacciones efectuadas por éstos, dado que evita la violación, por vías extra concursales, de su derecho de cobro eficaz.

3.2.2. Créditos post-concursales⁽¹⁵⁾.

Conocidos también como créditos corrientes, estos créditos se devengan con posterioridad a la “fecha de corte” o fecha de difusión del proceso, prevista en el artículo 32 de la LGSC. El rasgo distintivo de los créditos post-concursales es que a ellos no se les aplica las disposiciones contenidas en los artículos 17 y 18 de la LGSC relativas a la suspensión de exigibilidad de obligaciones y marco de protección legal del patrimonio del deudor, efectos fundamentales acaecidos con la apertura del concurso, conforme estudiamos en el numeral anterior.

En ese sentido, los créditos post-concursales deben ser asumidos y pagados según lo acordado entre deudor y acreedor en los contratos o instrumentos originales, en vista que su tratamiento no está sujeto, preliminarmente, a los acuerdos que pudiese adoptar la junta de acreedores. Además, se restringe la facultad de reconocimiento del Indecopi respecto de este tipo de créditos, motivo por el cual ante la presentación de pedidos de dicha naturaleza éstos deben ser declarados improcedentes, indubitadamente.

Así, los créditos post-concursales gozan de total exigibilidad y ejecutabilidad. En virtud de ello, el acreedor post-concursal puede exigir, cuando corresponda según lo pactado, el cumplimiento de la obligación y, de no ocurrir esto último, puede iniciar las acciones legales pertinentes para su cobro, llegando incluso hasta la ejecución del patrimonio concursal. Frente a esta realidad, el deudor no puede anteponer su estado concursado para suspender sus

(15) Artículo 16. Créditos generados con posterioridad al inicio del concurso.

16.1. Las obligaciones originadas con posterioridad a la fecha mencionada en el primer párrafo del artículo 15, serán pagadas a su vencimiento, no siendo aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 17 y 18, con la excepción prevista en el tercer párrafo del presente artículo. Las solicitudes de reconocimiento de estos créditos serán declaradas improcedentes.

16.2. Las obligaciones referidas en el párrafo precedente podrán ser ejecutadas a su vencimiento, respetando el rango de las garantías otorgadas.

16.3. En los procedimientos de disolución y liquidación serán susceptibles de reconocimiento los créditos generados con posterioridad a la fecha en que se efectúa la publicación establecida en el artículo 32.

pagos o proteger su patrimonio del crédito post-concursal, por cuanto los efectos de tal estado no son oponibles a los acreedores post-concursales. Por ese motivo, dichos créditos no pueden ser comprendidos en instrumentos concursales reorganizativos (Plan de Reestructuración y Acuerdo Global de Refinanciación)⁽¹⁶⁾.

4. El fuero de atracción⁽¹⁷⁾.

4.1. Antecedentes en la LRP.

Partamos de una premisa muy concreta: en la derogada LRP no existía fuero de atracción, esto es, la vocación comprensiva de todas las obligaciones del deudor, independientemente de la fecha de su nacimiento, a efectos de su tratamiento uniforme bajo las leyes del concurso. Por el contrario, su artículo 38⁽¹⁸⁾ estableció una “fecha de corte” única e inamovible, ajena al destino de la empresa dispuesto por la junta y, en tal sentido, indiferente a la “concursalidad” o no de los créditos del deudor⁽¹⁹⁾.

Por eso, los créditos concursales estaban afectados por las consecuencias de la declaración de insolvencia: suspensión de pagos y protección patrimonial, mientras que los créditos post-concursales, sea que la empresa se halle en reestructuración o liquidación, gozaban de plena exigibilidad y ejecutabilidad. El carácter superprivilegiado de estos últimos se muestra en la siguiente glosa extraída de la Exposición de Motivos de la LRP:

“Respecto de los créditos comprendidos en los procedimientos se introducen precisiones de tal manera que quede claro que estos son, en todos los casos, los devengados hasta la fecha en que se

declara la insolvencia del deudor. Bajo este mecanismo, contemplado en los artículos 38 y 55, se entiende que los créditos devengados a partir del día siguiente de dicha fecha deben ser considerados como créditos frente al proceso y, por lo tanto serán pagados en forma preferente, con anterioridad a los créditos incorporados en el procedimiento (artículos 38 y 55)”.

La idea, estimamos, fue generar incentivos para la inversión y financiamiento de empresas en reestructuración, lo cual tiene una justificación económica innegable, conforme pasaremos a analizar más adelante. Sin embargo, ese fin de reducir el riesgo del acreedor post-concursal decidido a apostar por la conservación de la empresa en crisis, no se observa nada claro ante un supuesto de liquidación.

En efecto, la inexistencia del fuero de atracción en la LRP trajo una consecuencia muy grave en los procesos liquidatorios, cual es la convivencia de dos masas de créditos con reglas disímiles respecto a su pago. Para la primera (crédito concursal) contábamos con reglas muy claras y transparentes relativas a los órdenes de preferencia y mecanismos a disposición del liquidador para el pago de tales créditos; en cambio, en la segunda masa (créditos post-concursales) lo claro es que no había nada claro, solamente un juego desordenado y apurado del acreedor post-concursal de querer cobrar lo más pronto posible, ejecutando el patrimonio del insolvente que encuentre en su camino, con el ánimo de evitar su disminución vía el pago del crédito concursal. Además, encontramos actuaciones inciertas del liquidador del concurso, elegido por la junta de acreedores, de no saber qué hacer ante la

(16) Advertencia al lector: nótese que solamente nos hemos referido a los instrumentos concursales reorganizativos, no al liquidatorio (Convenio de Liquidación) justamente porque ello va a traer la aplicación del fuero de atracción, instituto que veremos a continuación.

(17) Diferenciamos aquí el fuero de atracción de créditos, del fuero de atracción de procesos. El primero, que empezamos a analizar, es la vocación comprensiva de todas las obligaciones del deudor, independientemente de la fecha de su nacimiento, a efectos de su tratamiento uniforme bajo las leyes del concurso; en tanto el segundo, implica la derivación al juez concursal, para su conocimiento y resolución, de todos los procesos de contenido patrimonial en los que el deudor tiene la posición de demandado. Dadas las características peculiares de nuestro procedimiento administrativo concursal (no tramitado ante jueces) el fuero de atracción solamente incide respecto de los créditos que abarca, mas no en los procesos.

(18) **Ley de Reestructuración Patrimonial, artículo 38.** Quedarán sujetos a los procedimientos de reestructuración patrimonial, disolución y liquidación, y concurso de acreedores, los pasivos del deudor insolvente por conceptos de capital, intereses y gastos devengados hasta la declaración de insolvencia.

Las deudas contraídas de actos posteriores a las fechas mencionadas 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.

(19) Inicialmente la “fecha de corte” fue la fecha de declaración de insolvencia del deudor. Sin embargo, la Ley No. 27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, la cambia a la fecha de publicación de la insolvencia en el diario oficial.

exigencia de cobro de los acreedores post-concursales.

De esa manera, en el transcurso de los procedimientos concursales tramitados bajo la derogada LRP concurren situaciones inequitativas. El caso típico, y por cierto recurrente en los procesos liquidatorios, era el siguiente: un acreedor post-concursal quirografario o tributario exigía, al amparo del artículo 38 de la LRP, que el liquidador cumpla con cancelar su crédito vencido e impago; en caso contrario, procedía con la ejecución del patrimonio concursal, pese a la existencia de acreedores concursales aún impagos, incluso laborales y garantizados. Este crédito post-concursal se originaba en tanto la LRP no prohibía la continuación de actividades económicas del deudor y, normalmente, se “justificaba” bajo la necesidad de “no descuidar el giro del negocio con el objeto de encontrar a futuro un mayor valor de venta y recuperación de créditos”.

El requerimiento de pago, totalmente legítimo del acreedor post-concursal, llevaba consigo dos problemas: (i) una erosión latente de la efectividad de los acuerdos liquidatorios, por cuanto el patrimonio concursal estaba expuesto en todo momento a las acciones ejecutivas de acreedores a los que no podía oponérseles los acuerdos de la Junta ni los efectos del concurso; y, (ii) la manipulación que podía darse ante situaciones como la descrita en el párrafo precedente, donde el insolvente podía aumentar considerablemente sus pasivos con créditos post-concursales, para inducir la ejecución patrimonial a favor de acreedores extra concurso, afines a él o con intereses concurrentes. Lo anterior dejaba una sensación generalizada de impotencia, toda vez que la junta de acreedores se encontraba sometida a la decisión tomada por el insolvente, en cuanto a la asunción de crédito post-concursal, así como a las acciones de cobro contra el patrimonio del deudor por parte de los acreedores post-concursales.

Entonces, ante una empresa que se dirigía a su extinción, a través de reglas concursales, con una Junta que ordenaba esa salida y una autoridad administrativa competente para resolver cualquier

impase dentro del proceso, nos topábamos con una masa post-concursal que chocaba frontalmente con todo lo anterior. Si a eso le sumamos, como señalamos líneas arriba, que en la LRP no se prohibía al deudor en liquidación continuar con el giro del negocio (lo que indirectamente suponía darle “carta blanca” para incrementar el crédito post-concursal) las consecuencias de esa regulación fueron nefastas, como la experiencia lo demostró. ¿Acaso era posible lograr una liquidación efectiva y ordenada sin la existencia del fuero de atracción?

4.2. Tratamiento en la LGSC.

La respuesta a la pregunta precedente es no. Justamente, ante las deficiencias apuntadas en el numeral anterior, la LGSC establece lo siguiente: como regla general los dos procedimientos concursales (ordinario y preventivo) van a contar inicialmente con dos masas de créditos: una concursal y la otra post-concursal. La primera está gravada con los efectos del concurso ya explicados; en tanto que la segunda no.

Para la masa concursal la imposibilidad de exigir y ejecutar dura hasta que la Junta aprueba el instrumento concursal respectivo, donde se reorientan las relaciones jurídico obligatorias del concursado con sus acreedores concursales, incorporándose los nuevos términos y condiciones de éstas, a través del Plan de Reestructuración o Acuerdo Global de Refinanciación, según el caso. Resulta claro, entonces, siguiendo la línea del artículo 17.2 de la LGSC, que tales efectos durarán hasta la celebración de los instrumentos aludidos, momento en el cual las nuevas obligaciones recuperarán su carácter de exigibles y ejecutables por parte de cualquier acreedor, en los términos del acuerdo y de la LGSC.

Hasta aquí tenemos definida la regla general. Sin embargo, el acuerdo liquidatorio cambia diametralmente esta situación, hecho que no se contemplaba en la LRP. En efecto, el artículo 74.6 de la LGSC establece que con el acuerdo de disolución y liquidación “se genera un fuero de atracción concursal de todos los créditos”⁽²⁰⁾. Ello obliga que aquellos acreedores, inicialmente post-

(20) **Artículo 74. Acuerdo de disolución y liquidación.**

74.6. Conforme lo establecido en el artículo 16.3, con el acuerdo de disolución y liquidación se genera un fuero de atracción concursal de todos los créditos, debiendo incluso, los titulares de créditos generados con posterioridad a la fecha establecida en el artículo 32, presentar sus solicitudes de reconocimiento de créditos, para efectos de su participación en Junta y su cancelación en el procedimiento, de ser el caso. Corresponde a la Comisión emitir las resoluciones de reconocimiento posteriores a la fecha de difusión del concurso considerando para tal efecto la fecha de la reunión que acuerda la disolución y liquidación.

concursoales, pierdan esa condición y se vean obligados a solicitar el reconocimiento de sus créditos.

Pongamos un caso sencillo: (i) el 1 de febrero de 2004 se declara la situación de concurso ordinario de la empresa “X”; (ii) el 20 de febrero de 2004 se difunde el proceso vía el diario oficial; (iii) el 20 de marzo de 2004 el deudor, aún no desapoderado por la junta de acreedores, realiza una operación comercial asumiendo frente a “A” una obligación por S/. 1´000,000.00; (iv) el 30 de mayo de 2004 la junta de acreedores se instala y acuerda la liquidación de la empresa, además de elegir a su liquidador; (v) el 15 de junio de 2004, la empresa asume una nueva obligación frente al acreedor “B” por S/. 500,000.00; y, (vi) el 1 de julio de 2004 se aprueba el Convenio de Liquidación.

La “concuralidad” de los créditos y el fuero de atracción, ambas instituciones reguladas en la LGSC, nos va a traer las siguientes conclusiones para nuestro caso:

a) El 20 de febrero de 2004 es nuestra “fecha de corte”, fundamental porque hasta ese día los créditos nacidos son concursales, en tanto los originados a partir del día siguiente serán post-concursales; y también importante porque a partir de ese momento comienzan a aplicarse los efectos del concurso, conforme a los artículos 17 y 18 de la LGSC.

b) El crédito de “A” devengado el 20 de marzo de 2004 es post-concursal, por tanto exigible y ejecutable a su vencimiento. No existe, pues, fuero de atracción.

c) El 30 de mayo de 2004 la situación varía 180 grados. Con el acuerdo liquidatorio se constituye el fuero de atracción y, como efecto inmediato, desaparece la línea divisoria relativa a la “concuralidad” de los créditos del deudor, por lo que los acreedores de la masa post-concursal se integran al proceso.

d) A partir del 30 de mayo de 2004 los nuevos créditos generados durante la vigencia del proceso liquidatorio, también se integrarán a éste.

e) Para los alcances de nuestro ejemplo: primero, el acreedor “A” deja de ser, a partir del 30 de mayo de 2004, un acreedor post-concursal y debe proceder a solicitar su reconocimiento; segundo, el acreedor “B”, en mérito del fuero de atracción nacido en esa fecha, también es parte del proceso y deberá solicitar su respectivo reconocimiento.

f) El 1 de julio de 2004, el liquidador asume la representación legal del deudor, fecha en la cual cesa propiamente toda actividad relacionada a su giro, salvo si se tratase de una liquidación en marcha⁽²¹⁾.

Lo anterior, aparentemente claro, no lo fue tanto para algunas Comisiones del Indecopi, motivado por una doble lectura o interpretación de la parte final del artículo 74.6 que a la letra señala que “(...) corresponde a la Comisión emitir las resoluciones de reconocimiento posteriores a la fecha de difusión del concurso **considerando para tal efecto la fecha de la reunión que acuerda la disolución y liquidación**” (el resultado es agregado).

En ese sentido, surgieron dos interpretaciones de la parte final del artículo 74.6, directamente vinculadas a los alcances del fuero de atracción y el carácter concursal o no de los créditos del proceso: para la primera, el reconocimiento de créditos debe proceder hasta la fecha en que la junta de acreedores adopte el acuerdo de disolución y liquidación, siendo ésta una nueva “fecha de corte”; mientras que conforme a la segunda interpretación, el Indecopi tiene competencia para pronunciarse respecto de todos los créditos en tanto no concluya el proceso de liquidación, no existiendo así una “fecha de corte” con ese objeto.

Justamente esta polaridad de criterios dio lugar a la emisión, por parte de la Sala Concursal del Tribunal del Indecopi, de la Resolución No. 0089-2004/SCO-INDECOPI de fecha 17 de febrero de 2004, recaída en el Expediente No. 197-1999-04-02/CRP-ODI-CCPL, que contiene el primer precedente de observancia obligatoria emitido por una autoridad concursal respecto de la LGSC. Sin perjuicio de coincidir, en líneas generales, con los argumentos vertidos por la Sala Concursal, a

(21) **Artículo 74. Acuerdo de disolución y liquidación.**

74.1. Si la Junta decidiera la disolución y liquidación de una persona jurídica, ésta no podrá continuar desarrollando la actividad propia del giro del negocio a partir de la suscripción del Convenio de Liquidación, bajo apercibimiento de aplicársele una multa hasta de cien UIT.

74.2. Sin embargo, la Junta podrá acordar la continuación de actividades solo en el caso que opte por la liquidación en marcha del negocio, por estimar un mayor valor de realización bajo esa modalidad. Dicha liquidación deberá efectuarse en un plazo máximo de seis meses.

continuación buscaremos plantear algunas reflexiones de mayor alcance en el aspecto legal y económico que justifican una interpretación y aplicación irrestricta del fuero de atracción.

4.3. Interpretando el fuero de atracción de la LGSC.

4.3.1. Un acercamiento legal.

Como acertadamente señala el doctor Marcial Rubio, la teoría de la interpretación jurídica es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma⁽²²⁾.

Siguiendo al citado autor, con tal objeto, se usan criterios y métodos de interpretación diversos, estos últimos “son procedimientos metodológicos en base a los cuales podemos obtener conclusiones positivas frente al qué quiere decir la norma jurídica (...)”⁽²³⁾.

Pasaremos a analizar el sustento de ambas lecturas, usando a tal efecto los distintos métodos de interpretación recogidos por la doctrina⁽²⁴⁾.

4.3.1.1. El método de interpretación literal.

Siguiendo nuevamente al doctor Rubio, “el método literal trabaja con la gramática y el diccionario”, buscando desentrañar lo que la norma dice a través de las reglas lingüísticas⁽²⁵⁾.

En el caso que nos ocupa, siguiendo la letra del texto final del artículo 74.6 de la LGSC, la

Comisión solamente podría reconocer créditos teniendo en cuenta la fecha del acuerdo de liquidación, es decir, tales créditos, para ser pasibles de reconocimiento, aparentemente debieron haberse devengado hasta ese momento; no después, por lo que de darse esta última situación, no podrían ser reconocidos. Entonces, lo único que debe tener en cuenta la Comisión para ver si reconoce o no un crédito es la fecha del acuerdo liquidatorio.

Sin embargo, el método literal está ligado a otros métodos de interpretación, siendo en muchos casos insuficiente por sí solo para otorgar una respuesta interpretativa adecuada. Por eso, su utilización es discutible, e incluso, obsoleta⁽²⁶⁾. La primera interpretación del artículo 74.6 se sustentaba en este método; sin embargo, lo anotado nos releva de mayor explicación, por lo que corresponde descartar esa lectura, salvo que se halle respaldada por otros métodos interpretativos. Veamos qué nos dicen.

4.3.1.2. El método de interpretación histórico.

Este método apunta a determinar cuál fue la intención del legislador. Por eso usa todo tipo de antecedente jurídico: fundamentos de los autores del proyecto de ley, exposición de motivos, comparación con la norma precedente que modificó o derogó, entre otros.

Si bien la LGSC no cuenta con una Exposición de Motivos, sí encontramos un documento completo que hace sus veces, elaborado por el Indecopi con motivo de la presentación de su proyecto de LGSC al Congreso de la República⁽²⁷⁾.

(22) RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

(23) *Ibid.*; p. 263.

(24) De hecho, esto no es ajeno al quehacer de las autoridades administrativas del Indecopi. A manera de ejemplo, podemos referir la Resolución No. 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997, relativa a prácticas restrictivas de la libre competencia en la modalidad de acuerdos colusorios para la concertación de precios (el famoso “caso del pollo”). En esta resolución el Tribunal usa los métodos histórico, lógico, literal y sistemático para arribar a una interpretación del artículo 3 del Decreto Legislativo No. 701, asunto de suma importancia para determinar si los casos de concertación de precios deben ser analizados bajo la llamada “regla de la razón” o de la “regla *per se*”.

(25) RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*; p. 264.

(26) *Ibid.*

(27) Por especial encargo de la entonces denominada Comisión de Reestructuración Patrimonial del Indecopi, tuvimos la fortuna de integrar, junto a otros funcionarios del Indecopi, la Comisión Revisora y Reformadora de la LRP. Culminado el primer proyecto legal en el mes de agosto de 2001, éste fue revisado por la citada Comisión y el Directorio del Indecopi. Luego de ello, durante los primeros meses del año 2002 se trabajó con diversas empresas y personas de la sociedad civil y con sectores y entidades del Estado en el perfeccionamiento de este proyecto, el mismo que es presentado finalmente al Congreso de la República a fines del mes de mayo de 2002. Junto con el Proyecto de Ley se presentó su Exposición de Motivos (documento elaborado por la Comisión Revisora antes aludida, de más de ciento veinte páginas, que realizaba un diagnóstico del Sistema Concursal peruano en sus diez años de vigencia y efectuaba un análisis detallado de cada una de las disposiciones contenidas en el citado Proyecto). El proyecto de Indecopi, sin temor a equivocarnos, fue aprobado por el Congreso en un noventa por ciento, en el mes de julio de 2002. Sin embargo, por razones que desconocemos, no se evaluó ni aprobó su Exposición de Motivos.

En este documento encontramos las siguientes citas que son muy relevantes para nuestra interpretación. Así, con relación al artículo 16.3 referido a los créditos generados con posterioridad al inicio del concurso señala lo siguiente:

“Situación diametralmente distinta a la regulación anterior se presenta en los casos de disolución y liquidación, como se observa en el tercer párrafo del artículo en cuestión. Aquí se configura un fuero de atracción de créditos, es decir, participan del concurso todos los créditos que mantenga el deudor concursado sin importar la fecha de asunción de los mismos.

En otras palabras, no se presenta diferencia alguna entre créditos concursales y post-concursales; todo lo contrario, cualquier crédito generado frente al deudor va a formar parte de la masa concursal y, por ende, será susceptible de ser reconocido por la autoridad concursal a efectos de que participe en la Junta de Acreedores” (el resaltado es agregado).

Asimismo, cuando se refiere explícitamente a la regulación contenida en el artículo 74.6 dice:

“De otro lado, la presente norma establece, a diferencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial, que la adopción del acuerdo de disolución y liquidación implica el nacimiento de un fuero de atracción de todos los créditos.

Cabe precisar que el Liquidador está obligado y facultado a pagar en primer término los créditos debidamente reconocidos por la Comisión, conforme al orden de preferencia establecido hasta donde alcanzare el patrimonio del deudor, bajo responsabilidad. **A diferencia del procedimiento de reestructuración patrimonial, se encuentran comprendidos en el procedimiento todos los créditos del deudor, es decir que no existe distinción entre créditos concursales y post concursales”** (El resaltado es agregado).

A estos antecedentes, contundentes desde nuestro punto de vista, que están recogidos en la Exposición de Motivos del Indecopi, podemos sumarle también la comparación con la norma precedente, que es la que deroga. En ella (nos referimos a la LRP) no existía fuero de atracción, sino una división permanente entre la masa de créditos concursales y la masa de créditos post-concursales, independientemente del proceso

reorganizativo o liquidatorio que pudiera estar siguiendo el deudor, conforme lo hemos analizado en el numeral 1 de esta sección. En comparación o contraste, el artículo 74.6 de la LGSC dispone una solución opuesta, esto es, sí se configura un fuero de atracción con el acuerdo de liquidación y ello permite el reconocimiento de todo crédito frente al deudor, sin distinción alguna en cuanto a la fecha de su nacimiento.

4.3.1.3. *El método de la ratio legis.*

La ratio legis no es la intención del legislador, sino la razón de ser de la norma. Si bien puede tener algún grado de subjetivismo, es “un método importante, reconocido y en verdadero ejercicio en nuestro medio jurídico”⁽²⁸⁾.

Explorando estrictamente la norma bajo interpretación, consideramos que su razón de ser está orientada a eliminar la división y diferencia de trato entre los créditos concursales y post-concursales. Busca, entonces, hacer un procedimiento de liquidación integrado y uniforme para todos los acreedores, prescribiendo a tales efectos, que aquellos acreedores no considerados inicialmente en el concurso (es decir, aquéllos cuyos créditos se generaron con posterioridad a la “fecha de corte” establecida en el artículo 32 de la LGSC) se integren al mismo.

4.3.1.4. *El método sistemático por comparación con otras normas.*

Este método “consiste en extender a la norma bajo interpretación los principios o conceptos que fluyen claramente del contenido de otras normas y que, en la interpretada, no son ostensibles”⁽²⁹⁾.

El problema u “oscuridad” implícita que trae la parte final del artículo 74.6 de la LGSC, lo hemos dicho, se centra en lo siguiente: ¿el fuero de atracción, y con ello la posibilidad de reconocimiento de la Comisión, comprende a todos los créditos del deudor o solamente atrae a aquéllos devengados hasta la fecha del acuerdo de disolución y liquidación?

Veamos qué nos dicen algunas disposiciones de la LGSC sobre el particular:

“Artículo 16. Créditos generados con posterioridad al inicio del concurso.

(28) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit.; p. 267.

(29) Ibid.; p. 269.

16.3 En los procedimientos de disolución y liquidación serán susceptibles de reconocimiento los créditos generados con posterioridad a la fecha en que se efectúa la publicación establecida en el artículo 32.

Artículo 69. Pago de créditos durante la reestructuración patrimonial.

69.3 Los créditos originados antes de la publicación a que se refiere el artículo 32º, pero que no hubieren sido reconocidos por la autoridad concursal, serán pagados luego del vencimiento del plazo para el pago de los créditos reconocidos.

Artículo 74. Acuerdo de disolución y liquidación.

74.5 Se encuentran comprendidos en el procedimiento de disolución y liquidación, los créditos por concepto de capital, intereses y gastos generados durante la vigencia de dicho procedimiento; con la excepción de los honorarios del liquidador y los gastos necesarios efectuados por éste para el desarrollo adecuado del proceso liquidatorio.

(...)

74.7 La competencia de la Comisión para el reconocimiento de créditos así como cualquier otro asunto vinculado a la disolución y liquidación del deudor se extiende hasta la fecha de declaración judicial de quiebra.

Artículo 82. Efectos de la celebración del Convenio de Liquidación.

a) Produce un estado indivisible entre el deudor y sus acreedores, que comprende todos los bienes y obligaciones de aquél, aún cuando dichas obligaciones no sean de plazo vencido(...)

Artículo 91. Transición de la Liquidación a la Reestructuración.

91.3 En caso la Junta de un deudor en disolución y liquidación cambie la decisión sobre el destino del mismo, los créditos generados con posterioridad a la fecha de publicación señalada en el artículo 32, y que al adoptarse el acuerdo de disolución y liquidación se incorporaron al mismo, serán excluidos del concurso, rigiéndose el pago de tales créditos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16”.

Los artículos citados no son todos, pero sí los más representativos para aplicar el método sistemático por comparación de normas. Nótese cómo se trata la “concurzalidad” de los créditos en casos de reestructuración y cómo también se regula el fuero de atracción en supuestos de liquidación,

en los que expresamente se señala la naturaleza comprensiva de todos las acreencias al proceso, así como la competencia de la Comisión, hasta antes de la declaratoria de quiebra, para verificar y reconocer créditos generados luego de la “fecha de corte”. Más explícito es aún el artículo 91.3 cuando señala que los créditos generados con posterioridad al artículo 32 se incorporaron al proceso de liquidación. Finalmente, obsérvese cómo la *ratio legis* de todos estos dispositivos es equivalente entre ellos y coincidente con la correspondiente al artículo 74.6.

Por todas las razones expuestas, no tenemos ninguna duda de cuál es la interpretación correcta del artículo 74.6, referido al fuero de atracción.

4.3.2. Un acercamiento económico: reduciendo el riesgo a la inversión.

4.3.2.1. *El caso de la reestructuración.*

La división efectuada por la LGSC entre créditos concursales o estructurales y créditos post-concursales o corrientes, implica, qué duda cabe, un tratamiento diferenciado y, hasta cierto punto, preferente respecto de los últimos créditos sobre los primeros. Consideramos que este privilegio se sustenta, bajo la premisa que nos encontramos en un proceso reorganizativo, en la necesidad de fomentar que empresas en crisis puedan acceder a nuevos financiamientos con la finalidad de contar con capital de trabajo suficiente que les permita seguir invirtiendo en bienes de capital para ensanchar así sus fronteras de producción, lo que finalmente redundará en un proceso reorganizativo con mayores probabilidades de éxito. Piénsese en lo complicado, por no decir inviable, que resultaría una reestructuración en la cual el nuevo financiamiento, así como las adquisiciones de bienes y servicios estratégicos que deba efectuar la empresa para seguir sobreviviendo, tuviesen que seguir la suerte del crédito estructural y “ponerse en la cola de espera” con el resto de acreedores.

Preguntas como: ¿existen incentivos para invertir? ¿Podrán obtenerse nuevas líneas de financiamiento? ¿Se mantendrá la proveeduría de bienes y servicios estratégicos? ¿Se calmará el clima laboral? Entre otras, van a tener como respuesta un contundente no. En otras palabras, de no existir un trato diferenciado entre créditos concursales y post-concursales, las empresas ingresarían al Indecopi firmando de antemano su “partida de defunción”.

Es importante anotar aquí que la apertura del concurso, así como el estado latente del denominado periodo de sospecha, no supone el cese de las actividades del concursado. Todo lo contrario, si su propuesta a los acreedores va a orientarse a una reestructuración integral o a una refinanciación de pasivos vía un procedimiento preventivo, su actividad económica debe mantenerse, o incluso optimizarse, pues de ello depende el real atractivo de tal propuesta.

Por las consideraciones expuestas, podemos afirmar que la LGSC otorga al crédito post-concursal un superprivilegio imprescindible orientado a incentivar la inversión en empresas en crisis, dando al inversionista la señal clara que si presta y apuesta por la reestructuración o refinanciamiento, cualquier incumplimiento en el pago de su crédito será tratado fuera del concurso. Esto promueve cinco situaciones muy importantes e íntimamente ligadas que reducen ostensiblemente el riesgo a invertir en empresas en reestructuración: (i) respeto absoluto a las reglas de juego pactadas; (ii) preferencia del acreedor post-concursal en la recuperación del crédito vencido e impago, de darse el caso; (iii) disminución del riesgo al financiamiento de empresas en marcha; (iv) mayores facilidades de acceso al crédito (menor onerosidad) para esta clase de empresas; y, (v) aumento de las probabilidades de continuar con empresas en marcha en el mercado, en función de su eficiencia.

De esta forma, la finalidad de la normativa concursal es “limpiar” de obstáculos el camino para la permanencia de empresas viables y generar incentivos deseables para invertir en reestructuración, cuando ello nos conduzca a un estado de eficiencia⁽³⁰⁾.

4.3.2.2. El caso de la disolución y liquidación.

Situación diametralmente distinta a la regulación anterior se presenta en los casos de disolución y liquidación. Bajo este supuesto se configura un fuero de atracción de créditos, es decir,

participan del concurso todos los créditos que mantenga el deudor concursado sin importar la fecha de asunción o nacimiento de los mismos.

Sobre la base de las consideraciones expuestas en el numeral precedente, concluimos que no se presenta diferencia alguna entre créditos concursales y post-concursales en un proceso liquidatorio. Por el contrario, cualquier crédito generado frente al deudor va a formar parte de la masa concursal y, por tanto, será susceptible de ser reconocido por el Indecopi con el objeto de integrar el concurso y participar en la junta de acreedores.

Vimos anteriormente como la deficiente regulación de la LRP llevó consigo una serie de situaciones inequitativas, lo que puso en riesgo la efectividad de un procedimiento liquidatorio diseñado para constituirse en un instrumento capaz de facilitar, de manera ordenada y a bajos costos, la salida del mercado de la empresa deudora.

Efectivamente, cuando la junta de acreedores acordaba la disolución y liquidación de la empresa deudora, el liquidador designado debía atender el pago de los créditos estructurales así como de los créditos corrientes respectivos. Sin embargo, la existencia de un orden de preferencia expreso para el pago de los primeros versus la carencia de una regulación adecuada para el pago de los segundos durante el procedimiento de liquidación, generaba que ante reglas disímiles, éste se desarrollara de una manera desordenada y sin una debida transparencia que pudiera garantizar la mejor protección del crédito a todos los acreedores.

En vista que la empresa que sigue estos procedimientos no va a continuar con su actividad productiva (como sí ocurre en los casos de reestructuración patrimonial o del procedimiento preventivo) y que los créditos generados con posterioridad se deben limitar a los gastos estrictos para llevar a cabo una adecuada liquidación, es que se establece la figura del fuero de atracción de créditos, incorporándolos en una sola masa pasible de tratamiento y efectos dentro del concurso.

(30) Cabe advertir, no obstante, que esta inversión en reestructuración, debe estar aparejada con el concepto de eficiencia. Sin esto, los muy buenos incentivos negociales para llevar adelante una reestructuración servirían de poco. Un ejemplo claro lo vemos con la regulación del artículo 67.3 de la LGSC, que permite la liberación de los terceros garantes del deudor, cuando el acreedor beneficiario de las garantías vote a favor de la aprobación del Plan de Reestructuración. Así, extiende los beneficios o efectos del concurso otorgados a un patrimonio insolvente a otro que no lo es; y además, debilita el sistema de garantías reales porque penaliza al acreedor diligente con la liberación de los garantes que cubrían la obligación del deudor principal. Bajo ese esquema -salvo que se pacte en contrario- existen muy bajos incentivos para aprobar un Plan, por más serio y estructurado que sea. Nada más inadecuado y contraproducente para todas las partes del concurso. Esta excepción, pues, debería eliminarse y dejar solamente la regla general según la cual la aprobación del Plan no libera a los garantes.

Por las consideraciones expuestas, podemos afirmar que la LGSC otorga al crédito post-concursal un superprivilegio imprescindible orientado la inversión en empresas en crisis, dando al inversionista la señal clara que si presta y apuesta por la reestructuración o refinanciamiento, cualquier incumplimiento en el pago de sus créditos será tratado fuera del concurso.

Al respecto hay dos disposiciones de la LGSC que son totalmente consecuentes con esa idea: la primera, contenida en el artículo 74.1, prohíbe la continuación de la actividad económica del deudor⁽³¹⁾. Ello es importante porque supone no generar nuevos pasivos corrientes a la estructura financiera de la empresa, salvo los correspondientes a honorarios y gastos propios de la liquidación. Y con relación a esto último, tenemos la segunda disposición, contenida en los numerales 2 y 3 del artículo 76, cuyo objeto es evitar que, por vía indirecta, con la asunción de honorarios y gastos no controlados ni aprobados por la junta, se erosione nuevamente la protección del crédito de los acreedores⁽³²⁾.

En efecto, bajo la derogada LRP no existía, al menos formalmente, mayores límites a la regulación de gastos de la liquidación. Ello, sumado a que la empresa seguía realizando actividad económica durante su proceso liquidatorio, producía una situación en cascada donde el crédito post-concursal, en apariencia generado por gastos, terminaba “comiendo” la masa concursal, dada su condición superprivilegiada para su pago, reduciendo al mínimo la opción de cobro de los acreedores concursales de todo orden de prelación.

Creemos, por tanto, que interpretar el artículo 74.6 como un simple movimiento de la “fecha de corte”, pasando del día de difusión del concurso al día del acuerdo de liquidación, es abiertamente equivocado. Sostener eso, supondría crear un crédito “post-concursal”, esto es, nuevo crédito corriente ya no generado en la primera de las fechas nombradas, sino a partir de la segunda. Del mismo modo, se repetiría el defecto regulatorio de la LRP solo que tomando en cuenta otro periodo de tiempo.

En ese orden de ideas, compartimos lo señalado por la Sala Concursal del Tribunal del Indecopi en la Resolución No. 0089-2004/SCO-INDECOPI cuando dice que:

“La referencia a la fecha de adopción del acuerdo de disolución y liquidación, debe ser entendida como una fecha que faculta a los acreedores a solicitar el reconocimiento de los créditos devengados, incluso con posterioridad a la adopción del citado acuerdo y, simultáneamente, que habilita a la autoridad concursal para pronunciarse sobre tales solicitudes. **No es que la fecha de adopción del acuerdo de liquidación genere una nueva distinción entre créditos concursales y créditos post concurso, sino que es desde ese momento que los acreedores pueden invocar los créditos y la autoridad resolver las solicitudes.** De otro modo, no tendría sentido el dispositivo legal que otorga competencia a la autoridad concursal para reconocer los créditos que invoquen los acreedores, incluso, hasta la fecha de declaración judicial de quiebra” (el resaltado es agregado).

De otro lado, para no restarle efectividad al proceso liquidatorio y tampoco restringir los derechos económicos de los acreedores del concurso, resulta fundamental que las Juntas adopten acuerdos con información y seguridad por cuanto la LGSC guía una proceso de liquidación casi “sin vuelta atrás”. Además, la toma de este acuerdo debe ser rápido y oportuno, con el objeto de evitar que el periodo que media entre la difusión del concurso y el citado acuerdo sea muy extenso,

(31) **Artículo 74. Acuerdo de disolución y liquidación.**

74.1. Si la Junta decidiera la disolución y liquidación de una persona jurídica, ésta no podrá continuar desarrollando la actividad propia del giro del negocio a partir de la suscripción del Convenio de Liquidación, bajo apercibimiento de aplicársele una multa hasta de cien UIT.

(32) **Artículo 76. Contenido del Convenio.**

El Convenio de Liquidación contendrá, necesariamente, bajo sanción de nulidad:

76.2. La proyección de gastos estimada por el Liquidador a efectos de ser aprobada por la Junta.

76.3. Los honorarios del Liquidador precisándose los conceptos que los integran, así como su forma y oportunidad de pago.

y con esto, el cobro de pasivo corriente a través de la ejecución de patrimonio concursal termine dejando sin sentido el proceso de liquidación.

4.3.2.3. *El caso especial de la disolución y liquidación en marcha.*

En algunas ocasiones el haber, concursal que pueden obtener los acreedores resulta mayor cuando la empresa en liquidación continúa en funcionamiento, que cuando empiezan a vender sus activos por partes. Lo anotado implica una excepción a la regla general de cesación inmediata de actividades, justamente con la idea de alcanzar un mayor valor de negocio y vender a la empresa como un todo. De hecho, la práctica no muestra que el valor de venta de los activos de empresas en liquidación es menor al valor normal de mercado, dado que las condiciones y circunstancias que rodean a ese tipo de transacción no resultan siendo las más óptimas.

Una manera que los acreedores tienen de elevar sus ganancias por venta de empresas en partes es asignar un porcentaje de participación al liquidador del valor de venta alcanzado. De esa manera, el liquidador tendrá mayores estímulos para realizar la transacción más ventajosa para los acreedores, en términos dinerarios, porque eso es también ventajoso para él. Sin embargo, el factor tiempo y depreciación propia de los bienes puede jugar en contra de esta acción.

La liquidación en marcha⁽³³⁾, entonces, se constituye en una opción interesante por cuanto, por un lado, se mantiene nivelado el valor de la empresa a través de su funcionamiento u operatividad; y por otro lado, dependiendo mucho de la posición de la empresa y la demanda del mercado, pueden captarse más agentes interesados en invertir en la compra de un negocio que trae consigo una renta segura, de continuarse en el giro. En conclusión, los acreedores terminan maximizando el valor de la empresa, llevando a cabo una asignación más eficiente de recursos y, por ello, protegiendo idóneamente su crédito con una mayor recuperación y retorno de inversión.

Sin perjuicio de esto, ¿qué pasa con el fuero de atracción? Siendo que la empresa sigue operativa, ¿se genera crédito post-concursal?

Para dar respuesta a estas interrogantes me permito citar nuevamente la Resolución No. 0089-2004/SCO-INDECOPI: “(...) puede advertirse que en la liquidación en marcha el liquidador necesariamente tendrá que incurrir en costos y gastos para continuar con el giro del negocio, los mismos que deberán ser proyectados por el liquidador durante el plazo máximo de duración del procedimiento e incluidos en el presupuesto de gastos a ser aprobado por la junta de acreedores.

En ese sentido, a fin de que la liquidación en marcha cumpla la finalidad establecida por ley, esta Sala considera que debe interpretarse que, conforme a lo establecido en el artículo 74.5 de la LGSC, el fuero de atracción no comprende las deudas que genere la implementación de la liquidación en marcha, en tanto constituyan gastos necesarios en que debe incurrir el liquidador para llevar a cabo dicha modalidad liquidatoria dentro del plazo de ley”.

Por lo tanto, podemos colegir que el fuero de atracción sí se mantiene en la liquidación en marcha, acabando definitivamente con la división entre crédito concursal y post-concursal a partir del acuerdo de liquidación. En vista de ello, los pasivos que se generen durante los seis meses que, conforme a la LGSC, debe durar esta modalidad liquidatoria, son considerados gastos del proceso, en tanto sean necesarios para continuar con el giro del negocio en liquidación.

Sostener lo contrario, significaría “concurralizar” nuevamente el proceso, lo cual, hemos visto, no resiste ningún análisis interpretativo; y peor aún, no generaría ningún estímulo en los acreedores para liquidar en marcha una empresa, dado que el riesgo de pérdida con ese acuerdo o inversión sería mayor. En efecto, de “abrir la puerta” por seis meses para el ingreso de acreedores post-concursales, éstos serían los únicos beneficiados, en tanto los acreedores concursales que tomaron tal decisión, reducirían su posibilidad de cobro por el pago preferente de los primeros. En suma, la liquidación en marcha no tendría ningún sentido económico, y en vez de revalorizar a la empresa, la terminaría devaluando mucho más, con el consiguiente perjuicio crediticio para todos los integrantes del concurso.

(33) **Artículo 74. Acuerdo de disolución y liquidación.**

74.2 Sin embargo, la Junta podrá acordar la continuación de actividades solo en el caso que opte por la liquidación en marcha del negocio, por estimar un mayor valor de realización bajo esa modalidad. Dicha liquidación deberá efectuarse en un plazo máximo de seis meses.

5. Conclusión.

La LGSC regula por primera vez, con la claridad requerida, la institución del fuero de atracción de créditos en la legislación concursal. Este fuero, que solamente opera cuando existe de por medio un acuerdo de disolución y liquidación del deudor, implica la vocación comprensiva de todas sus obligaciones, independientemente de la fecha de nacimiento, a efectos de su tratamiento uniforme bajo las leyes del concurso.

De otro lado, en los procesos reorganizativos (reestructuración patrimonial o procedimiento preventivo) no opera el fuero de atracción, sino el trato diferenciado en función a la “concuralidad” de los créditos. Ello se justifica en la necesidad de fomentar que las empresas en crisis puedan acceder a nuevos financiamientos con la finalidad de contar con capital de trabajo suficiente que les permita seguir invirtiendo en bienes de capital para ensanchar así sus fronteras de producción, lo que finalmente redundará en un proceso reorganizativo con mayores probabilidades de éxito.

Con la constitución del fuero de atracción cesa la división entre los créditos concursales y los créditos post-concursales, dos masas que interactuaban hasta antes de ese momento en el procedimiento concursal. A la primera, se le aplicaban los efectos de la apertura del concurso, esto es, la suspensión de pagos y la protección patrimonial, mientras no se apruebe el instrumento concursal correspondiente; en tanto la segunda se hallaba exonerada de tales consecuencias.

Pese a lo señalado, surgieron dos interpretaciones respecto de la parte final del artículo 74.6 de la LGSC, directamente vinculadas a los alcances del fuero de atracción y el carácter concursal o no de los créditos del proceso: para la primera, el reconocimiento de créditos debía proceder hasta la fecha en que la junta de acreedores adopte el acuerdo de disolución y liquidación, siendo ésta una nueva “fecha de corte”; mientras que conforme a la segunda interpretación, el Indecopi tenía competencia para pronunciarse sobre todos los créditos en tanto no concluya el proceso de liquidación, no existiendo así una “fecha de corte” con ese objeto.

El análisis legal y económico de esta disposición, nos lleva a descartar la primera interpretación y quedarnos con la segunda, la que es consecuente con la idea presente en la LGSC de ordenar y facilitar la salida del mercado de los agentes económicos a través de reglas iguales para todos los acreedores, evitando con esto el desorden en el cobro de acreencias y demás situaciones inequitativas que se presentaron en la práctica con la derogada LRP.

En ese sentido, el Indecopi tiene la competencia para verificar y reconocer, a partir de la fecha del acuerdo liquidatorio, se trate de una liquidación por partes o de una liquidación en marcha, cualquier obligación del deudor, exceptuando los honorarios y gastos de la liquidación. Tales créditos reconocidos se integran al concurso ya formado y participan en la junta de acreedores, con los derechos políticos y económicos que corresponden a cualquier acreedor. P^{E}