

Paolo **del Águila** Ruiz de Somocurcio(*)

Lo bueno, lo malo y lo feo: **a propósito del inicio del procedimiento concursal ordinario a solicitud de acreedores**

«EN EL PRESENTE ARTÍCULO, NOS OCUPAREMOS DE TRES INSTITUCIONES DEL SISTEMA CONCURSAL QUE SE HALLAN VINCULADAS AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO A SOLICITUD DE ACREEDORES: LA PRIMERA ES LA PRUEBA DE SOLVENCIA; LA SEGUNDA, LA LEGITIMIDAD DEL ACREEDOR GARANTIZADO PARA PRETENDER LA APERTURA DEL CONCURSO ORDINARIO DE SU DEUDOR; Y LA TERCERA, LA PREEMINENCIA DE LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA FRENTE AL PROCEDIMIENTO CONCURSAL».

1. Introducción

La Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC) establece cuatro situaciones reveladoras de insolvencia o presupuestos para ingresar al procedimiento concursal ordinario. Tales presupuestos son: a) La cesación de pagos: supuesto que no es sinónimo de incumplimiento de pagos, sino que implica la incapacidad del patrimonio del deudor para afrontar, temporal o permanentemente, sus obligaciones. En este presupuesto de concurso, previsto en el literal a) del artículo 24.1. y el artículo 26.1. de la LGSC se exige que las obligaciones adeudadas -o el crédito que reclaman los acreedores, dependiendo de la «orilla» en la que nos encontremos- reúnan ciertas características particulares, dependiendo del agente solicitante del concurso.

Así, de tratarse de un pedido de acreedor o acreedores por el supuesto de cesación de pagos, la norma concursal exige que los créditos que den lugar a la apertura del procedimiento concursal ordinario sean exigibles y se encuentren vencidos por más de treinta días hábiles⁽¹⁾, y

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato al Magíster en Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual por la PUCP. Profesor de Derecho Concursal y Arbitraje Comercial en la PUCP, de Derecho de la Competencia en la Universidad de Lima y de Derecho Empresarial en el MBA de la Escuela de Postgrado de la Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**.

(1) En realidad el artículo 26 de la LGSC referido al inicio del procedimiento a solicitud de acreedores no señala si los 30 días en cuestión son hábiles o calendario. Sin embargo, por aplicación del artículo 137.2. se entiende que son hábiles por cuanto dicha disposición a la letra dice «siempre que no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que son hábiles». Cabe advertir que en las anteriores leyes concursales, dicho plazo siempre se computaba bajo días calendario.

Lo bueno, lo malo y lo feo: a propósito del inicio del procedimiento concursal ordinario a solicitud de acreedores



que su cuantía supere las cincuenta Unidades Impositivas Tributarias (UIT)⁽²⁾. Cabe advertir que esto último -el monto mínimo de los créditos objeto de emplazamiento al deudor- es un requisito de admisibilidad, por lo que de nada sirve al deudor su pago parcial a efectos de reducirlos por debajo de las 50 UIT con el afán de evitar la declaración de concurso⁽³⁾.

De otro lado, si el supuesto de cesación de pagos para acceder al procedimiento concursal ordinario es invocado por el propio deudor, se requiere que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren impagas y vencidas por un periodo mayor de treinta días calendario.

«SI BIEN ES CIERTO QUE PARA ALGUNOS CASOS LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA «PUEDE RESULTAR MÁS EFICAZ Y MENOS ONEROSA QUE EL USO DEL CONCURSO», NO ES MENOS CIERTO QUE PROHIBIR EL USO DEL SISTEMA CONCURSAL ATENDIENDO A LO PRIMERO, PUEDE SER ALTAMENTE GRAVOSO Y RIESGOSO PARA LA MASA DE ACREEDORES, MÁXIME CUANDO LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL -DERIVADA DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO- TIENE DIFERENCIAS SUSTANTIVAS RESPECTO DE LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA»

b) La reducción o insuficiencia patrimonial: regulado en el literal b) del artículo 24.1. de la LGSC, este concepto tiene incidencia en la situación contable de la empresa. En el caso peruano, el sujeto legitimado para solicitar la apertura del concurso por este

- (2) No hay una razón particular para establecer el monto de cincuenta (50) UIT como suma exigible y vencida a favor del acreedor para legitimarlo en su pedido de concurso ordinario. Desde el año 1992, con la Ley de Reestructuración Empresarial, se ha tratado de igual forma. Puede entenderse que dicho monto, equivalente a S/. 3,450.00, representa una suma suficientemente importante para impulsar un procedimiento concursal. De otro modo, de no haber un monto mínimo, cualquier pago de soles pendiente y diminuto podría encajar en el presupuesto concursal. No obstante lo arbitrario que siempre supone establecer un monto -al igual que un plazo, como el de 30 días- es necesario para ordenar y encausar mejor el uso de la «maquinaria concursal».
- (3) Al respecto, puede consultarse la Resolución 0372-2000/TDC-INDECOPI emitida por la Sala de Defensa de la Competencia con fecha 1 de setiembre de 2000, recaída en el Expediente 225-1999/CRP-ODI-CCPL.

Paolo **del Águila** Ruiz de Somocurcio

hecho es únicamente el deudor siempre que presente pérdidas acumuladas, deducidas sus reservas, superiores al tercio de su capital social pagado. A tales efectos, se requerirá el examen detallado de sus estados financieros.

Si bien el deudor podrá ingresar al procedimiento concursal ordinario demostrando que se halla por encima de la «línea contable» anterior, hacemos notar que, conforme el artículo 24.2. de la LGSC, se somete al deudor que usa este presupuesto concursal a una disolución y liquidación directa si su «línea contable», esto es, sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, superan el total del capital social pagado de la empresa. Lo mismo pasa, si el deudor usa el mecanismo de cesación de pagos, pero contablemente ha perdido el íntegro de su capital social⁽⁴⁾.

c) El caso del «defecto o fracaso del concurso preventivo»: este supuesto, regulado por el artículo 109 de la LGSC, ocurre cuando no se aprueba el acuerdo global de refinanciación formulado por el deudor en el marco de un procedimiento concursal preventivo, y se acredita, en la misma junta donde se desaprobó el citado instrumento concursal, el consentimiento de más del 50% de los acreedores reconocidos a fin de ingresar al proceso ordinario⁽⁵⁾. Además, es necesario que el deudor, a la hora de solicitar su acogimiento al procedimiento concursal preventivo, haya señalado su intención de que se le suspenda la exigibilidad de todas sus obligaciones; en caso contrario, este supuesto no operaría.

d) La inexistencia de bienes: es el supuesto referido a la aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil. Se deriva del proceso ejecutivo, cuando el deudor no señala uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura sea, al menos, igual al monto materia de ejecución. En tal caso, el juez aplicará el apercibimiento

respectivo disponiendo la disolución y liquidación del deudor, de forma inmediata y directa.

Luego, cursará los partes correspondientes al Indecopi para que la Comisión de Procedimientos Concursales proceda con la difusión del concurso en ese estado, continuando con el trámite del procedimiento concursal. Cabe resaltar que lo señalado está regulado en el artículo 30 y en la Segunda Disposición Modificatoria de la LGSC.

En el presente artículo, nos ocuparemos de tres instituciones del sistema concursal que se hallan vinculadas al inicio del procedimiento concursal ordinario a solicitud de acreedores: la primera es la prueba de solvencia; la segunda, la legitimidad del acreedor garantizado para pretender la apertura del concurso ordinario de su deudor; y la tercera, la preeminencia de la liquidación societaria frente al procedimiento concursal.

2. Lo bueno: la eliminación de la prueba de solvencia

La prueba de solvencia es una institución que se regula por primera vez en 1996 con la promulgación de la Ley de Reestructuración Patrimonial, siendo posteriormente modificada, en junio de 1999, a través de la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración

(4) Esta disposición de la ley concursal nos parece harto discutible, pero excede los términos del presente artículo, por lo que será tratada en un trabajo posterior.

(5) Si bien la LGSC refiere al 50% de los acreedores reconocidos, creemos que la referencia real es al 50% de créditos reconocidos. Ello, por cuanto todo el sistema de mayorías para la adopción de acuerdos en el sistema concursal peruano, funciona sobre la base del universo de créditos reconocidos por el Indecopi, sin importar el número de acreedores titulares de dichos créditos. Por esa razón, la indicación al «50% de acreedores reconocidos» es un error que merece una rectificación normativa.

(6) «Artículo 11. Acreditación de la capacidad de pago

Patrimonial, Ley 27146⁽⁶⁾. Básicamente, la prueba de solvencia operaba cuando, una vez emplazado el deudor para acreditar capacidad de pago ante su acreedor, formulaba una propuesta de pago que era rechazada por este último.

Ante esta situación, el deudor evitaba su declaratoria de insolvencia presentando ante la comisión competente bienes susceptibles de embargo o ejecución, libres de carga, debidamente tasados y por un valor igual o superior al monto objeto del emplazamiento. De hecho, esto significaba un examen documentario y un análisis profundo por parte de la autoridad concursal a efectos de determinar el estado «solvente» del deudor y con ello denegar la declaración de insolvencia promovida por sus acreedores. Entonces, la prueba de solvencia se constituyó como el último mecanismo de defensa otorgado por la legislación concursal al deudor para evitar su insolvencia cuando el acreedor rechazaba la oferta de pago formulada por aquel, una vez que la comisión comprobaba su estado de cesación de pagos.

Frente a esto último, esto es, de acreditarse la solvencia, los acreedores ya conocían y tenían a su disposición -al menos en teoría- los bienes del deudor suficientes con los cuales, vía ejecución, podían hacerse cobro de los créditos invocados.

Sin embargo, la experiencia demostró que esta institución presentaba problemas muy gruesos, como los que pasamos a señalar:

a) Se convirtió en la «tabla de salvación» de gran cantidad de empresas que no tenían liquidez para cancelar sus

obligaciones y, lo peor, carecían de una propuesta de pago seria para satisfacer a sus acreedores. Siendo esto así, aprovechaban la prueba de solvencia para dilatar lo inevitable: la declaración de insolvencia y consiguiente apertura del concurso.

b) Esta fase larga y costosa para el acreedor terminó afectando la efectividad del sistema, por cuanto el deudor sabía que, en caso de ser emplazado, tenía un mecanismo «idóneo» para postergar por buen tiempo el pago de sus obligaciones y, de esa forma, trasladar el costo de la crisis a su acreedor.

c) La inexactitud de la norma en cuestión llevó a formular diversas interpretaciones al interior del propio Indecopi, lo que generó inseguridades en los acreedores, así como una demora, la mayoría de veces innecesaria, en esta etapa de la fase preconcursal del procedimiento. En efecto, en los casos presentados surgieron interrogantes sobre ¿quién debía detentar la propiedad de los bienes ofrecidos? ¿El emplazado podía ser garantizado con bienes de un tercero? ¿Cómo debía practicarse la tasación de los bienes y a qué fecha debía estar actualizada? ¿Qué peso probatorio podía asignarse a una valorización

Tratándose de una solicitud de declaración de insolvencia presentada por acreedores, el emplazado podrá acreditar su capacidad de pago mediante alguna de las siguientes modalidades:

1. Cancelando el total de los créditos vencidos e insolutos por más de treinta (30) días que el o los solicitantes hubiesen acreditado ante la comisión;

2. Ofreciendo cancelar la totalidad de los créditos vencidos e insolutos por más de treinta (30) días que se hubiesen acreditado ante la comisión, en cuyo caso podrá otorgar garantías, a satisfacción de los acreedores.

Si los acreedores manifestaran disconformidad respecto de la alternativa prevista en el numeral 2) del presente artículo, la Comisión concederá un plazo de diez días hábiles al emplazado a fin de que acredite solvencia.

Para tal fin, deberá presentar una relación de aquellos bienes susceptibles de embargo o ejecución, acreditando el valor contable o de tasación de los mismos y las cargas que pudieran afectarlos. La valorización que se presente deberá ser actualizada y reflejar razonablemente el valor actual del bien. La comisión considerará acreditada la solvencia del deudor, si de la valorización presentada se desprende que el valor de los bienes susceptibles de embargo o ejecución, es suficiente para garantizar el recupero del íntegro del crédito invocado en el proceso».

Paolo **del Águila** Ruiz de Somocurcio

contable? ¿Qué sucedía con las garantías preconstituidas sobre el mismo bien? Entre otras. Entonces, en vez de tener una solución rápida a la crisis de la empresa se pasaba a un escenario de tasaciones de bienes, pericias y pruebas que no concordaban con el objetivo central del Sistema Concursal: la protección del crédito.

d) En vista de lo anterior, la «factura» la terminaba pagando el acreedor, quien, además de ver truncada la recuperación real de su crédito, debía enfrentar posteriormente un proceso extra ante Indecopi para ver si a través de la acción ejecutiva podía recuperar algo de lo adeudado por medio de la realización de los bienes del deudor. ¿Quién lo pagaba? ¿Quién tenía que incurrir en mayores costos? Sin duda, el acreedor, ¿Servía pues el Sistema Concursal a su objetivo? Creemos que no. Lo que se generaba era un incentivo perverso al sobreendeudamiento ya que los deudores sabían que la «factura» siempre podía ser pagada por los acreedores. De esta manera, aquellos acreedores que ya habían gastado tiempo, dinero y energías en el procedimiento concursal, debían involucrarse en un proceso de cobro que inicialmente no buscaron ni desearon.

e) De igual forma, los acreedores no se encontraban en capacidad de predecir cuándo y de qué forma podían tutelar adecuadamente su crédito (el proceso era largo, engorroso, y de pronto, hasta salía de la esfera de Indecopi). En consecuencia, el crédito se encarecía, y las otras empresas (las que sí pagan y sí son viables) tenían menos opciones para asumir proyectos que con un crédito barato hubieran resultado atractivos. Además, en caso saliera el proyecto, la carga financiera (por lo largo e impredecible del procedimiento concursal) se hacía más pesada para tales empresas.

f) Finalmente, apuntamos que esta duración mayor del proceso debido a la prueba de solvencia generó costos administrativos muy altos (para los acreedores y el Estado). Por tanto, se terminaba pagando más por el proceso, dada la demostración de solvencia que debía tratarse, que por la recuperación del crédito real.

En suma, la prueba de solvencia establecida en la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial, soportó un sinnúmero de interrogantes para su interpretación y aplicación, además de plazos prolongados y elevadas exigencias, que

colisionaron con una salida eficiente para los acreedores afectados por la insolvencia del deudor. Por todas las razones expuestas, consideramos que fue absolutamente pertinente y provechoso desterrar esta institución de nuestro Sistema Concursal, como en efecto ocurrió a través de la promulgación de la LGSC.

Podría pensarse que el retiro de la prueba de solvencia conllevaría un incremento de pedidos de apertura de procedimientos concursales ordinarios promovido por acreedores frente a empresas en dificultades, lo que implicaría no una imposibilidad material de pago, sino una suerte de extorsión de esos acreedores frente a sus deudores. Bajo esa idea se consolidarían «incentivos negativos» para alcanzar celeridad en el procedimiento concursal.

Consideramos que ese razonamiento es erróneo. Al respecto, conviene destacar que, si bien la LGSC eliminó la prueba de solvencia por las razones aludidas, no restó mecanismos de defensa para que el deudor pueda enfrentar una solicitud de concurso: allí tenemos la oposición al crédito invocado por el acreedor, el pago del mismo o la propuesta de pago que puede formular el deudor sobre bases financieras sólidas de su negocio. El deudor, por tanto, sí cuenta con mecanismos para defenderse, claros y efectivos, pero sobretodo reales, para acreditar que no es insolvente.

La supresión de la prueba de solvencia, así como la simplificación de procesos y reducción de etapas en la LGSC sigue un derrotero en la búsqueda de eficiencia y eficacia en el uso de procedimientos concursales, lo cual se condice con la «cultura de pago» que se quiere instituir en toda instancia de las operaciones comerciales para alcanzar un mercado más creíble y seguro.

3. Lo malo: la sanción al acreedor garantizado

De la misma forma que destacamos la eliminación de la prueba de solvencia dentro del esquema concursal peruano, no podemos menos que lamentar el trato otorgado a los acreedores garantizados que buscan proteger su crédito a través del inicio de un procedimiento concursal ordinario. Nos referimos a la regulación prevista en el artículo 26.2. de la LGSC. Dicho dispositivo a la letra señala lo siguiente:

«Artículo 26. Inicio del procedimiento a solicitud de acreedores (...)

26.2. No procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario por obligaciones impagas que se encuentren garantizadas con bienes del deudor o de terceros, salvo que el proceso de ejecución de dichas garantías resulte infructuoso.»

Como hemos expresado anteriormente, la cesación de pagos es un hecho revelador de insolvencia o concurso por cuanto implica una incapacidad patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones, por lo que, ante este problema, se dota a los acreedores de la vía concursal para alcanzar una tutela adecuada de sus créditos.

Con el objeto de no masificar innecesariamente el ingreso de cualquier deudor al Indecopi, la normativa concursal ha precisado tres características que debe detentar el crédito del acreedor solicitante, a saber: (i) exigibilidad inmediata; (ii) cuantía mínima representada por las 50 UIT; y, (iii) vencimiento mínimo, representado por los 30 días hábiles.

Si bien poner esta clase de «barreras» tiene un grado de subjetivismo por parte del legislador (perfectamente alguien podría señalar por qué no se puso una cuantía de 100 UIT o 20 UIT en vez de 50 UIT; o por qué no se exigió un vencimiento de por lo menos 60 ó 90 días hábiles), son «vallas», como hemos dicho, necesarias para evitar situaciones extremas de uso descontrolado del Sistema Concursal ante el menor incumplimiento de obligaciones; pero también son «vallas» generales, esto es, aplicables a todo acreedor, sin distinción por la clase o tipo de crédito que detenta.

Sin embargo, este criterio es quebrado con la disposición contenida en el citado artículo 26.2. de la LGSC. En efecto,

el artículo en cuestión es sumamente claro al restarle legitimidad para obrar a aquellos acreedores que tuvieron el cuidado de guarecer su crédito a través de garantías.

En otras palabras, se resta al acreedor diligente una opción importante de protección del crédito por la razón - entendemos que debe ser esa, dado que no existe Exposición de Motivos de la LGSC- que cuenta con otra vía para accionar y recuperar su crédito, en concreto, el camino de la ejecución de garantías.

Sobre el particular, queremos apuntar las siguientes observaciones:

a) El artículo 26.2. de la LGSC discrimina injustificadamente al acreedor garantizado, esto es, le quita una posibilidad real de protección del crédito, a través del mecanismo concursal por medio del cual tendría la opción de gestionar, junto con otros acreedores, el negocio del deudor, administrar la masa patrimonial y establecer las condiciones del pago de créditos vía el Plan de Reestructuración o el Convenio de Liquidación, según corresponda.

b) De otro lado, se conmina al acreedor garantizado a seguir un proceso de ejecución para, de resultar este último infructuoso, acudir al Indecopi. De esta manera, el acreedor garantizado, luego de litigar, en promedio, de 18 a 24 meses en el Poder Judicial por una solución que en nuestra administración estatal de justicia la mayoría de veces es lenta, poco técnica e impredecible, recién pueda acudir al mecanismo concursal, seguramente cuando sus «energías» están muy mermadas.

c) Debe tenerse en cuenta también, que mientras el acreedor garantizado cumple con la «exigencia» legal de acudir a la vía

Paolo **del Águila** Ruiz de Somocurcio

judicial, otros acreedores sí van a poder tomar acciones concursales frente al patrimonio del deudor. Incluso, este último podría burlar la acción ejecutiva del acreedor garantizado, sin frenos para su actuación durante ese periodo de crisis, dados principalmente por el periodo de sospecha y la consiguiente ineficacia de actos del deudor.

d) El mensaje contenido en el artículo bajo comentario apunta a lesionar seriamente el acceso al crédito, por cuanto en la mayoría de transacciones o financiamientos importantes, los acreedores estipulan cláusulas de garantías reales y/o personales, sea con bienes del propio deudor o de terceros, con el objeto de salvaguardar su inversión. En este estado de cosas, se quita incentivos al préstamo, toda vez que ante el incumplimiento del deudor obligan al acreedor garantizado a recurrir al Poder Judicial, aunque esa no sea su estrategia. Con esto se reducen las posibilidades de las empresas de contar con capital de trabajo necesario para su actividad productiva.

e) Asimismo, se encarece el costo del crédito por cuanto los acreedores tendrán que buscar mecanismo alternativos para proteger su crédito, como puede ser la constitución de cartas fianzas, fideicomisos, avales, tasas de interés elevadas u otros, lo que se traslada, en términos de costos, a los deudores que sí cumplen sus obligaciones y al consumidor final.

f) La propia glosa del artículo en cuestión es confusa cuando nos habla del proceso de ejecución «infructuoso». ¿A qué se refiere con esto? ¿A que el valor del bien -bajo valor contable o de mercado- es insuficiente para pagar todo el crédito comprometido? ¿Que la venta sea diminuta y, por tanto, inoperante el proceso ejecutivo? ¿Que concurren otros acreedores sobre el mismo bien con rangos mayores al acreedor que desee luego iniciar el concurso? En realidad, esta disposición puede dar lugar a infinidad de interrogantes, pero la moraleja es penosa: «mientras más responsable y diligentemente te comportes como acreedor, más te castigó».

Por las razones expuestas, urge una revisión del artículo 26.2. para identificar todos los problemas abordados y determinar que lo más conveniente es su derogatoria inmediata. En caso contrario, seguiremos dando un mensaje preocupante a los actores económicos donde el sistema de garantías, no solo vale muy poco en nuestro país, sino que grava a quien recurre

a él y otorga facilidades incomprensibles a quienes asumieron compromisos que luego incumplieron.

4. Lo feo: la preeminencia de la liquidación societaria sobre el procedimiento concursal

No estamos, a nuestro entender, ante una supresión pertinente -como fue la eliminación de la prueba de solvencia- ni ante un requisito injustificado -como es el juicio previo e infructuoso para legitimar al acreedor garantizado a iniciar un pedido de concurso-, sino ante una situación especial que supone la subordinación de los presupuestos concursales a la existencia de un proceso liquidatorio regido por la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS).

Sobre el particular, el artículo 26.3. de la LGSC dispone lo siguiente:

«Artículo 26. Inicio del procedimiento a solicitud de acreedores
(...)

26.3. No procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario respecto de deudores que se encuentren tramitando su disolución y liquidación, al amparo de las disposiciones de la Ley General de Sociedades».

Este artículo llama la atención por la prohibición especial que contiene y por ser abiertamente contradictorio con la regulación que, sobre la declaración de insolvencia a solicitud de acreedores (símil del procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores), tuvo la norma derogada.

Sobre esta materia, el artículo 4 de la Ley de Reestructuración Patrimonial estableció que «Uno o varios acreedores impagos (...)

podrán solicitar la declaración de la insolvencia de una persona natural o jurídica ante la Comisión, aun cuando esta se encuentre en proceso de disolución y liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades».

Resulta claro a todas luces que la legislación concursal anterior no subordinó el inicio de un procedimiento de insolvencia a la existencia de un proceso liquidatorio seguido bajo la LGS; por el contrario, se permitió que acreedores insatisfechos en su crédito puedan promover pedidos de insolvencia frente a deudores que estaban tramitando sendos procesos de liquidación societaria. En ese sentido, la liquidación societaria se subordinó al procedimiento concursal, del cual podía derivarse una disolución y liquidación bajo las normas de la Ley de Reestructuración Patrimonial.

La disposición aludida fue coherente con el principio de aplicación preferente recogido en la ley anterior⁽⁷⁾, en vista que la situación particular de la insolvencia de una persona, tornaba necesario el uso de normas de carácter excepcional y transitorio recogidas en la Ley de Reestructuración Patrimonial, por encima de las leyes del ordenamiento común.

Esta lógica cambia ciento ochenta grados con la LGSC. En efecto, el artículo bajo comentario establece lo contrario, esto es, señala que no podrá usarse el mecanismo concursal cuando el deudor se encuentre tramitando un proceso de disolución y liquidación al amparo de la LGS. Así, los acreedores ven conculcados automáticamente sus derechos al ejercicio de las acciones concursales por el solo hecho que su deudor esté comprendido en una liquidación societaria.

Al justificar esta norma, la Exposición de Motivos del Proyecto de LGSC elaborado por el Indecopi indica «(...) No debe olvidarse que, en ciertas ocasiones, la liquidación a través de la Ley General de Sociedades puede resultar más eficaz y menos onerosa que el uso del concurso (sobre todo partiendo del número de acreedores y activos que pudiera tener la empresa deudora) por lo que no debe limitarse esta opción sino, por el contrario, apoyarla cuando su uso sea más eficiente».

La afirmación anterior es una verdad a medias, porque si bien es cierto que para algunos casos la liquidación societaria «puede resultar más eficaz y menos onerosa que el uso del concurso», no es menos cierto que prohibir el uso del Sistema Concursal atendiendo a lo primero, puede ser altamente gravoso y riesgoso para la masa de acreedores, máxime cuando la liquidación concursal -derivada de la apertura del procedimiento concursal ordinario- tiene diferencias sustantivas respecto de la liquidación societaria⁽⁸⁾. Para mayor ilustración, pasaremos a mencionar algunas diferencias relevantes:

a) Objeto de la liquidación: las disposiciones de la LGS conciben el proceso liquidatorio como uno dirigido a la venta de activos, para

(7) «Artículo 2. Ámbito de aplicación y aplicación preferente (...)

Tratándose de deudores declarados en estado de insolvencia, o de sus bienes, las normas contenidas en la presente Ley se aplicarán preferentemente a cualquier otra que contenga disposiciones distintas (...)

«Octava Disposición Complementaria. Aplicación preferente

En atención a los criterios contenidos en el artículo 2 de la presente Ley, cuando se trate de empresas y patrimonios sometidos a los procedimientos aquí regulados, las disposiciones contenidas en este cuerpo legal serán de aplicación preferente a las normas del Código Civil, del Código Procesal Civil, del Código Tributario, de la Ley General de Sociedades, de la Ley de Títulos Valores, del Código de Comercio y de todas las demás normas que, en situaciones normales, rigen y regulan la actividad de los agentes del mercado».

(8) Sobre el particular, puede consultarse un trabajo anterior del autor, donde se efectúa un estudio profuso del tema. DEL ÁGUILA, Paolo. *Un fin, dos caminos: Encuentros y desencuentros entre la liquidación societaria y la liquidación concursal*. En: *Estudios de Derecho Societario. Libro Homenaje al Dr. Enrique Elías Laroza*. Trujillo: Normas Legales, 2005.

Paolo **del Águila** Ruiz de Somocurcio

el pago de pasivos y distribución del remanente, si lo hubiere. Esta visión estática se contrapone con la visión dinámica promovida por la LGSC, a través de la cual, sin soslayar el resultado ulterior de la liquidación -como es la extinción de la sociedad-, se conciben mecanismos liquidatorios que conservan la unidad productiva y permiten al liquidador continuar con el objeto social de la firma para alcanzar una maximización del valor de la empresa en liquidación. El caso particular de la liquidación en marcha es un ejemplo de ello⁽⁹⁾.

b) Situación de la junta general: bajo la liquidación societaria la junta general continúa como órgano principal de la sociedad en liquidación, con las atribuciones y facultades decisorias que ello trae. En la liquidación concursal este papel se traslada a la junta de acreedores, la que asume facultades de supervisión y fiscalización acerca de la correcta marcha del proceso.

c) Designación y requisitos del liquidador: el liquidador es nombrado por la junta general y, en cuanto a los requisitos, la LGS no exige mayores calificaciones para asumir el cargo de liquidador, incluso puede tenerse a un director, apoderado o gerente de la empresa desempeñándose como liquidador de esta. La LGSC es muy rigurosa en este aspecto, prescribiendo varios requisitos que apuntan a calificaciones especiales del liquidador en lo económico, profesional y ético, estando además su designación bajo la competencia de la junta de acreedores.

d) Representación y funciones del liquidador: bajo la regulación societaria el liquidador representa a la sociedad en liquidación y sus funciones, sin perjuicio de aquellas reseñadas en la LGS, son determinadas por la junta general. En la liquidación concursal, el liquidador representa los intereses generales de los acreedores y sus funciones son señaladas por las juntas de acreedores por medio del Convenio de Liquidación.

e) Fin de las funciones del liquidador: en la LGS, el término de las funciones del liquidador no se vincula con cargas o acciones que este debe llevar a cabo para apartarse

adecuadamente del cargo. La LGSC, en cambio, establece una serie de actividades que el liquidador está obligado a hacer para que su apartamiento del cargo surta efectos.

f) Convenio de Liquidación: la regulación societaria no prevé la celebración de un Convenio de Liquidación; en tanto la normativa concursal, sí. El Convenio de Liquidación es el instrumento que contiene las condiciones y términos que regirán el proceso de liquidación, siendo oponible al deudor, acreedores y terceros, lo que garantiza su cumplimiento y, además, genera efectos importantes en el patrimonio, administración y representación de la sociedad en liquidación.

g) Intangibilidad: la LGS no decreta la intangibilidad del patrimonio de la sociedad, por lo que los bienes que lo comprenden están a merced de la exigencia y ejecución de los acreedores. Esto desincentiva cualquier acción ordenada de pago de deudas. La LGSC, por el contrario, suspende la exigibilidad de las obligaciones del deudor y protege su patrimonio, hasta que la junta de acreedores se instale y tome acuerdos.

h) Uso y disposición de bienes: la LGS no establece plazos ni condiciones para la venta y adjudicación de activos de la sociedad, por lo que hay una permisividad elevada a favor de la junta general y del propio liquidador para colocar tales activos conforme a su criterio, sin posibilidad de fiscalización. La LGSC sí contiene disposiciones claras sobre ese particular.

i) Determinación de créditos: puede ser incierta y manipulable en la LGS, por cuanto esta

(9) Al respecto, puede observarse el artículo 74.2. de la LGSC que permite la liquidación en marcha cuando las juntas de acreedores estimen un mayor valor de realización del negocio bajo esa modalidad.

actividad estará ligada a la información que el liquidador reciba o encuentre, principalmente, en los libros contables de la empresa. En la LGSC esto lo hace el Indecopi por la vía del reconocimiento de créditos; de este modo, reduce el riesgo de inexactitudes en la determinación de las acreencias o, peor aun, la participación de personas con créditos simulados o fraudulentos.

j) Pago de acreedores y prelaciones: la liquidación societaria solamente prevé el pago de los acreedores antes que a los socios, sin embargo no regula aspectos sustantivos como los órdenes de preferencia entre acreedores, el pago de créditos garantizados, la situación del acreedor laboral, entre otros, lo que torna a este proceso elevadamente impreciso e inseguro. La liquidación concursal sí diseña toda una estructura de pagos y prelaciones a nivel del acreedor reconocido y no reconocido, dotando de transparencia a las «reglas de juego» del proceso.

Tenemos, por consiguiente, dos regímenes disímiles en cuanto a la liquidación de una empresa: (i) el concursal: dinámico, reglado, supervisor y transparente; y, (ii) el societario: estático, poco reglamentado, sin mayores controles y, hasta cierto punto, ambiguo u oscuro en cuanto al pago de los créditos.

La LGSC se decanta por la liquidación societaria. La verdad, no se comprende, más aun cuando acabamos de anotar el tremendo valor agregado que tiene la liquidación concursal sobre la societaria. El hecho que, en algunos casos, el uso de la liquidación societaria sea mejor (piénsese, por ejemplo, en las liquidaciones de las llamadas «empresas de papel»), no justifica, a nuestro modo de ver, la norma en cuestión.

Además, el postulado del artículo 26.3. es contradictorio con el principio de aplicación preferente recogido en el artículo 2.3. y en la Segunda Disposición Complementaria y Final de la norma concursal, sobre todo cuando señala que la LGSC primará sobre todas las normas que «(...) en situaciones normales rigen y regulan la actividad de los agentes del

mercado». Evidentemente, el emplazado por una potencial declaración de concurso, no está pasando, la mayoría de las veces, una «situación normal».

El artículo 26.3 de la LGSC deja un sinsabor al impedir a los acreedores el uso legítimo de mejores instrumentos para la protección de su crédito. Pareciera, incluso, que esta norma pudiera ser fuente de manipulación por parte de deudores inescrupulosos que, a través del ingreso rápido al régimen de liquidación societario, intenten escapar de las reglas claras y predecibles de la normativa concursal, de la aplicación del periodo de sospecha⁽¹⁰⁾, de la decisión y supervisión de sus acreedores en junta, así como de una salida ordenada del mercado.

El sinsabor anterior se vuelve más desagradable todavía, cuando el deudor que sigue una liquidación societaria, tiene frente a sí una masa de acreedores de orígenes distintos, con intereses contrapuestos, y también un cúmulo de bienes y derechos considerables, cuya realización exige pericia, orden y supervisión. En tales casos, tomando en cuenta las características apuntadas líneas arriba, la liquidación concursal resulta más conveniente.

La prohibición legal otorga una preeminencia injustificada a los procesos de liquidación regidos por la LGS y discrimina, sin criterio objetivo alguno, a los acreedores que desean tutelar adecuadamente sus créditos por la vía de la legislación concursal, más predecible y segura -sobre todo si se opta por la vertiente liquidatoria del deudor- que la legislación societaria. Por lo tanto,

(10) El periodo de sospecha, regulado en el artículo 19 de la LGSC, sanciona con ineficacia ciertos actos del deudor celebrados durante un periodo determinado de tiempo -previo y posterior a su ingreso al concurso-, que no se vinculen con su objeto social y que degraden su patrimonio. Se trata de una institución que sanciona el fraude a los acreedores, haciendo inoponibles a ellos tales actos o negocios jurídicos, protegiendo de ese modo sus derechos y la intangibilidad de la masa concursal.

Paolo **del Águila** Ruiz de Somocurcio

consideramos que el artículo 26.3. de la LGSC debería ser derogado, dejando de esa manera en plena libertad a los acreedores para decidir si aceptan el modelo de liquidación establecido por el deudor bajo los términos de la LGS, o prefieren tener una participación directa con las acciones de las juntas de acreedores previstas en el esquema concursal.

5. Conclusiones

a) La LGSC establece con claridad cuatro presupuestos para ingresar a un procedimiento concursal ordinario, uno de ellos está referido a la cesación de pagos por acción de acreedores, en el que se precisan requisitos de admisibilidad como son la exigibilidad, vencimiento y cuantía de los créditos invocados por los acreedores para iniciar el procedimiento.

b) La prueba de solvencia, vista como último mecanismo de defensa del deudor para evitar su declaratoria de insolvencia, fue acertadamente eliminada en la LGSC por cuanto, en la práctica, esta institución no representó una posibilidad seria del deudor para enfrentar su estado de crisis ni menos un mecanismo idóneo para el acreedor tendiente a la protección efectiva de sus

créditos. Todo lo contrario, fue un mecanismo dilatorio, confuso y costoso que influía mucho en el mal desarrollo de la fase preconcursal del procedimiento y ocasionaba inseguridad y descrédito respecto de la eficiencia del sistema concursal. Por ello, su eliminación definitiva por la LGSC es plausible.

c) La carga impuesta a los acreedores garantizados para iniciar un procedimiento concursal ordinario, conforme a lo previsto en el artículo 26.2. de la LGSC, es gravosa. No solo hay una incidencia directa en el acceso y costo del crédito, así como una exigencia discriminatoria a esta clase de acreedores; sino también un mensaje negativo acerca de cómo el sistema de garantías, en vez de brindar seguridad y ventaja a los acreedores diligentes, los perjudica, quita derechos y vuelve más complicada la recuperación de sus créditos, poniendo en ventaja al deudor de manera indebida. Consideramos que dicha disposición debiera ser derogada lo más pronto posible.

d) La prohibición a los acreedores de promover el procedimiento concursal ordinario, en los casos que el deudor siga una liquidación regida por la LGS, es contradictorio con el principio de aplicación preferente propio de toda normativa concursal. Con ello, otorga una preeminencia injustificada a los procesos de liquidación seguidos bajo la LGS y discrimina, sin criterio objetivo alguno, a los acreedores que desean tutelar adecuadamente sus créditos por la vía de la legislación concursal, más predecible y segura -sobre todo si se opta por la vertiente liquidatoria del deudor- que la legislación societaria. Igualmente, consideramos que el artículo 26.3. de la LGSC tendría que ser derogado.