

EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO EN LAS DECISIONES DE LAS JUNTAS DE ACREEDORES DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Juan Espinoza Espinoza*

¿Es posible afirmar que, en el marco de un procedimiento concursal, la mayoría posee legítimo interés para adoptar acuerdos que satisfagan sus propias expectativas? ¿Cuáles son los límites a la toma de decisiones de tal mayoría? ¿Podría alegarse que determinados acuerdos constituyen un ejercicio abusivo de derecho? De ser así, ¿bajo qué supuestos podría realizarse dicha alegación?

Las preguntas anteriormente expuestas son solo algunas de las interrogantes que resuelve el autor, a través del presente artículo, el mismo que partiendo de un interesante caso, y demostrando un profundo conocimiento de la materia, ofrece al lector un análisis claro referido al ejercicio abusivo de derecho en el marco de las juntas de acreedores en materia concursal.

* Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima. Miembro de la Comisión de Procedimientos Concursales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

"Those are mi principles, if you dont't like them, I have others".
Groucho Marx-

Acreeedores aprobó, con el voto favorable del 81,993% y el desfavorable del 16,271% de los mismos, el acuerdo global de refinanciación de una sociedad anónima (Austral). El mismo contenía un cronograma de pagos en el cual se clasificaba a los acreedores en los siguientes grupos:

I. EL CASO

En un concurso preventivo, la Junta General de

| Grupo de Acreedores | Tipo de Crédito | Acreeencia sujeta a capitalización (cantidades en miles de dólares) | Porcentaje del monto total que sería capitalizado | Capitalización aproximada (cantidades en miles de dólares) |
|---------------------|---|---|---|--|
| Grupo A | Créditos derivados de operaciones de arrendamiento financiero | US\$ 56 397,00 | 15% | US\$ 8 460,00 |
| Grupo B | Créditos laborales y tributarios | No sujeto a capitalización | | |
| Grupo C | Créditos de proveedores comerciales y acreeencias menores | No sujeto a capitalización | | |
| Grupo D | Créditos de acreeedores con garantías específicas, distintos de los acreeedores comerciales | US\$ 78 376,00 | 25% | US\$ 19 594,00 |
| Grupo E | Acreeedores sin garantías específicas, distintos de los comerciales | US\$ 76 530,00 | 40% | US\$ 30 612,00 |
| Grupo F | Acreeedores contingentes | No sujeto a capitalización | | |

El problema radica en que tres acreedores (que formaban parte de la minoría), no obstante tenían créditos respaldados, dos con una medida cautelar (Standard Chartered y The Nassau Branch of BankBoston N.A.) y otro con una *warrant* (BankBoston N.A.), en vez de ser clasificados dentro del Grupo D, se encontraban dentro del Grupo E (vale decir, como acreedores no garantizados), con el correspondiente tratamiento diferenciado (gozarían de una menor tasa de interés nominal anual, de una posibilidad de recuperación de las acreeencias un año y medio después, por citar un par de ejemplos) a pesar de que contaban con afectaciones específicas sobre el patrimonio de la deudora. Los acreedores minoritarios impugnaron administrativamente esta decisión argumentando el ejercicio abusivo de la Junta de Acreeedores. Los acreedores mayoritarios sostenían, por su parte, que el Grupo D se constituyó con los acreedores que contaban con garantías otorgadas voluntariamente por la empresa y el Grupo E por acreedores que no contaban con garantías reales constituidas por la sociedad deudora, sino con medidas cautelares interpuestas en perjuicio de la misma y contra su voluntad.

II. LAS DECISIONES

Antes de analizar las decisiones, es forzoso remitirnos a un caso que señaló un precedente que debe ser

tomado en cuenta a efectos de determinar si nos encontramos frente a un ejercicio abusivo de derecho en materia concursal. Con fecha 12 de agosto de 1996, Eurobanco presentó a la entonces Comisión de Salida del Mercado del INDECOPI una solicitud para que se declare la insolvencia del Grupo Pantel por mantener frente a éste créditos exigibles y vencidos por más de treinta días calendario superiores a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Mediante Resoluciones 001 y 002-96-CSA-INDECOPI/EXP-058 del 6 y 13 de septiembre de 1996, respectivamente, se concedió al deudor el plazo de diez días hábiles, computados a partir de la fecha de notificación de la última de las resoluciones mencionadas, para que acredite su capacidad de pago de las obligaciones invocadas en cualquiera de las formas previstas en el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, aprobado por Decreto Supremo 044-93-EF. Transcurrido el plazo otorgado, sin que el emplazado se hubiera apersonado al procedimiento, el 9 de octubre de 1996, la Comisión emitió la Resolución 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, por la cual se declaró la insolvencia del Grupo Pantel, convocándose a sus acreedores para que, reunidos en junta, decidan el destino del deudor. El 9 de octubre de 1996, el Grupo Pantel se apersonó al procedimiento deduciendo la nulidad de las resoluciones 001 y 002-96-CSA-

INDECOPI/EXP-058 por considerar que Eurobanco estaría haciendo ejercicio abusivo del derecho. Como sustento de su pretensión, manifestó que, en un procedimiento concursal, Eurobanco no lograría una cancelación privilegiada de sus créditos, por lo que su verdadera intención sería utilizar este procedimiento para lograr el pago inmediato de los mismos bajo la amenaza de dañar la “imagen” (sic) del Grupo Pantel mediante la declaración de su insolvencia y la publicación de la convocatoria a su Junta de Acreedores. Por ello, las resoluciones emitidas habrían amparado una pretensión que la ley rechaza, incurriendo en la causal de nulidad tipificada en el inciso b del artículo 43 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo 002-94-JUS, entre otros aspectos.

Por los mismos fundamentos expuestos anteriormente, el 15 de octubre de 1996, el Grupo Pantel apeló la Resolución 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-058 y solicitó la suspensión de su ejecución, porque podría causar un “daño irreparable a su imagen”. Por Resolución 004-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, emitida el 23 de octubre de 1996, la Comisión calificó el recurso presentado por el Grupo Pantel contra las Resoluciones 001 y 002-CSA-INDECOPI/EXP-58 como uno de apelación, declarándolo improcedente por haber sido interpuesto contra resoluciones que no ponen fin al procedimiento. En la misma fecha, mediante Resolución 005-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, la Comisión concedió al Grupo Pantel la apelación interpuesta contra la Resolución 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, disponiendo elevar los actuados a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. En atención al pedido formulado por el Grupo Pantel, la Sala dispuso la suspensión de la ejecución de la Resolución que ordenaba la inmediata publicación de los avisos de convocatoria a la Junta de Acreedores en tanto se emita pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

La Sala, mediante Resolución 104-96-TDC, de fecha 23 de diciembre de 1996, confirmó en todos sus extremos la Resolución 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-58, que declaró la insolvencia del Grupo Pantel. En dicha Resolución se establecen las siguientes notas características del abuso del derecho:

“Para que un acto se encuentre dentro del supuesto de abuso de derecho es necesario que: (i) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento; (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio; (iii) que, al causar tal perjuicio, el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica; (iv) que se desvirtúe

manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe”.

Esta Resolución, al enfocar la finalidad económica y social de la ley, parte del análisis de la nueva naturaleza de la declaración de insolvencia, afirmando que:

“El proceso de declaración de insolvencia no debe ser entendido como una sanción a la empresa insolvente, sino como la apertura de un marco que permite llegar a acuerdos entre los acreedores, en medio de situaciones en crisis, tratando de sustituir una caótica carrera por cobrar por un ordenado sistema de búsqueda de consenso y establecimiento de prioridades en el cobro. Esto es concordante con la visión de la nueva legislación concursal, que sustituyó a la Ley Procesal de Quiebras, en la que se concibe al estado de insolvencia, antes que como una condena a la situación de la empresa, como una segunda oportunidad que permite encontrar mecanismos de solución a los estados de crisis”.

Se llega a la conclusión de que Eurobanco está realizando el ejercicio regular de un derecho, enunciando que:

“El daño que Grupo Pantel alega que puede sufrir como consecuencia de la declaración de insolvencia no se deriva del actuar de Eurobanco; sino, precisamente, de la situación de hecho en la que se encuentra Grupo Pantel, el cual habría devenido en insolvente de acuerdo a Ley, al no encontrarse en capacidad de cumplir con sus obligaciones en los plazos y formas previstas.

La afirmación de que el crédito de Eurobanco no es privilegiado no es un argumento válido para concluir la supuesta intención de dañar, porque el estado de insolvencia no significa necesariamente la disolución y liquidación de la misma y porque es razonable que, atendiendo a la situación de Grupo Pantel, el acreedor considere que por la vía judicial su cobro puede ser suspendido si posteriormente otra empresa inicia el procedimiento concursal. De asumirse el argumento de Grupo Pantel, podríamos llegar al sin sentido de afirmar que los acreedores no privilegiados que eligen la vía concursal siempre tienen intención de dañar la imagen de las empresas”.

Como ya lo había mencionado en otra sede, “salvo el error en el que se incurre al confundir imagen (semblanza física que solo corresponde a la persona natural y al concebido) con reputación (juicio de valor que el grupo u otra persona hace de un sujeto, que corresponde tanto a la persona natural como a la

jurídica y a los demás sujetos de derecho), comparto los criterios de esta Resolución que establece no una definición dogmática del abuso del derecho sino una serie de supuestos que lo caracterizan”¹.

Volviendo al caso que motiva este comentario, la Comisión de Reestructuración Patrimonial de la Oficina Descentralizada del INDECOPI en la Cámara de Comercio de Lima, mediante Resolución 2557-2000/CRP-ODI-CÁMARA, de fecha 10 de agosto de 2000, amparó este pedido. En efecto, siguiendo el precedente, analizó los criterios contenidos en la Resolución 104-96-TRI-SDC/INDECOPI. Respecto al **primer requisito**, el derecho de los acreedores a aprobar el acuerdo global, estaba formalmente reconocido en el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial. Ahora lo tenemos en el artículo 53 de la Ley General del Sistema Concursal, 27809, de fecha 5 de agosto de 2002. A propósito del **segundo requisito**, vale decir, que dicho ejercicio cause un perjuicio a un interés, ello queda evidenciado en la disminución de categoría de los deudores de la minoría al quedar clasificados en un grupo con menos oportunidades y ventajas. Al verificar el **tercer requisito**, es decir, que el interés vulnerado no esté regulado por una norma específica, se entiende que la única forma de tutela que se tiene es aquella de naturaleza genérica en materia administrativa contenida en los artículos 39 y 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial. En la actualidad, esta forma de tutela genérica la encontramos en el artículo 118 inciso 1 de la Ley General del Sistema Concursal, cuando establece lo siguiente:

“El deudor o los acreedores que en conjunto representen créditos de cuando menos el 10% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión, podrán impugnar ante la misma, los acuerdos adoptados por la Junta dentro de los diez (10) días siguientes del acuerdo, sea por el incumplimiento de las formalidades legales, por inobservancia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, o porque el acuerdo constituye el ejercicio abusivo de un derecho. Asimismo, cualquier cuestionamiento sobre la convocatoria y reunión de la Junta de Acreedores deberá efectuarse mediante el procedimiento previsto para la impugnación de acuerdos”.

Nótese que, en buena cuenta, este requisito pone énfasis en una nota característica del ejercicio abusivo de derecho, que no es más que la de su función

residual. Es decir, si ya se cuenta en el ordenamiento jurídico con una medida específica para solucionar un conflicto, no cabría invocar este principio jurídico. A propósito del **cuarto requisito**, referido a que se desvirtúen los fines económicos y sociales por los que se reconoció el derecho, en contravención del principio de la buena fe, se señala que:

“(…) la normatividad concursal es un mecanismo tendente a reducir los costos de transacción en las situaciones de crisis de empresas, a fin de lograr que los acreedores adopten la decisión que consideren más adecuada respecto del destino de su deudora, ya sea su reestructuración en caso éstos la consideren una empresa viable o su salida ordenada del mercado de considerarla que es inviable, buscando proteger el derecho de los acreedores a recuperar sus créditos en la medida que la viabilidad y/o patrimonio de la empresa lo permitan”.

En principio, debe tenerse en consideración el legítimo interés que poseen las mayorías en su calidad de tales, de adoptar acuerdos que satisfagan sus expectativas, los que en muchos casos pueden afectar a los intereses de las minorías, quienes sin embargo, tienen una natural postergación precisamente por su menor participación en la Junta de Acreedores.

No obstante ello, a fin de verificar la existencia de abuso del derecho en el presente caso, se deberá analizar si el perjuicio sufrido por los recurrentes es o no un perjuicio válido y natural en decisiones adoptadas en sede concursal y si la conducta que lo genera afecta la finalidad económica y social por la que se reconoce el derecho de las mayorías a aprobar un acuerdo global.

En ese sentido, cabe señalar que el Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial ha previsto limitaciones expresas a los acuerdos que pueda adoptar la Junta de Acreedores por considerar que de adoptarse decisiones contrarias a dichos límites se desvirtuarían los fines del mecanismo concursal. Dichas limitaciones están referidas a los requisitos que necesariamente deberá incorporar el Plan, a los acuerdos de capitalización y condonación, a la información que deberán poseer los acreedores previamente a la adopción de un acuerdo, entre otras.

Sin embargo, la norma no ha previsto limitaciones en el tratamiento que se le deba dar a la deuda concursal al momento de incorporarla al Plan de Reestructuración con relación al plazo en que ésta deberá ser necesariamente pagada. Es decir, la norma no limita la

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial”. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005. p. 130.

posibilidad de que ciertos acreedores, por determinadas consideraciones, reciban un tratamiento diferenciado frente a otros acreedores y puedan obtener un recupero de sus créditos con anterioridad o ser beneficiados con tasas de interés mayores, por ejemplo.

Dicha falta de limitación tiene como finalidad permitir la negociación entre el insolvente y sus acreedores en ejercicio de su autonomía privada, con la finalidad de que se generen mutuos incentivos destinados a adoptar decisiones más eficientes que beneficien a los acreedores –principales perjudicados por la crisis de su deudor–, al propio deudor y al mercado en general.

Uno de dichos incentivos puede estar referido, por ejemplo, a promover el otorgamiento de créditos al deudor concursado obteniendo como contrapartida un pronto recupero de las obligaciones concursales y el pago de intereses con una tasa mayor a la de otros acreedores que no proporcionen crédito a la insolvente. Sostener lo contrario, es decir, que no se pueda dar un tratamiento diferenciado a los acreedores en atención a determinados parámetros objetivos como el señalado, desincentivaría –por ejemplo en este caso– el otorgamiento de líneas de crédito a deudores insolventes.

En el presente caso, deberá determinarse si la diferenciación efectuada en el acuerdo global aprobado ha sido realizada con base en algún criterio objetivo que la amerite, a fin de verificar que no se trata de un acuerdo discriminatorio que afecte los fines económicos y sociales del proceso concursal.

Tal como se ha señalado anteriormente, el Acuerdo Global establece que para la conformación del Grupo D se ha considerado la existencia de afectaciones específicas del patrimonio de Austral al pago de los créditos incorporados en dicho grupo, tomando en cuenta el tratamiento que les otorga la Ley a los acreedores que las posean en un escenario de disolución y liquidación. Por otro lado, en el Grupo E se han comprendido –entre otros créditos– a aquellos que no están respaldados por garantías reales constituidas sobre bienes del patrimonio de Austral, incorporándose a los acreedores que tienen a su favor afectaciones del patrimonio de Austral distintas de las garantías reales.

Como se puede apreciar, el criterio utilizado para conformar el Grupo E, es decir, la existencia de afectaciones específicas sobre el patrimonio de Austral y el tratamiento que se le otorga a dichos créditos en el caso de la disolución y liquidación de una empresa, le son también aplicables –al igual que a los créditos que cuentan con garantías reales– a aquellos acreedores que cuentan con medidas cautelares

trabadas a su favor, ya que dichas cargas son también afectaciones específicas sobre el patrimonio de Austral. Si bien jurídicamente la naturaleza de una garantía real es distinta de la de una medida cautelar, la norma concursal equipara ambas y les otorga el mismo tratamiento en el caso de una disolución y liquidación.

En ese sentido, la diferenciación efectuada en el Acuerdo Global no se basa en criterio objetivo alguno, ya que de acuerdo al análisis efectuado, no habría razón para no considerar en el Grupo D a aquellos acreedores que han obtenido medidas cautelares a favor de sus créditos, por lo que la exclusión de dichos acreedores del referido grupo configura un acuerdo discriminatorio que por su naturaleza de tal, desvirtúa la finalidad económico social del proceso concursal, al violar el principio de la *par conditio creditorum* que rige el proceso concursal, por el cual todos los acreedores concurren en igualdad de condiciones al proceso.

La igualdad de condiciones se encuentra circunscrita a las características de los créditos, sin embargo, es claro que créditos que poseen características similares no pueden tener un tratamiento diferenciado entre ellos, ya que se configuraría un acto discriminatorio al establecer diferenciaciones sin atenderse a razón objetiva alguna.

De otro lado, lo señalado por Austral en el sentido que los acreedores incluidos en el Grupo E que cuentan con medidas cautelares interpuestas en perjuicio de la empresa y contra su voluntad, no contaban con dichas medidas en agosto de 1999, mes en que empezaron las negociaciones de los términos de la refinanciación de las obligaciones, y que fueron ordenadas luego de que dichos acreedores se apartaran unilateralmente de las negociaciones, carece de fundamento ya que, además de que ello resultaba un riesgo natural de la negociación previa a la solicitud de acogimiento al proceso de concurso preventivo, en esta instancia se verifica la situación de los créditos a la fecha de publicación del acogimiento al proceso, fecha en la cual dichos acreedores sí contaban con medidas cautelares a su favor y representaban afectaciones sobre el patrimonio de Austral, que si bien se efectuaron en contra de la voluntad de la empresa, otorgan derechos similares a las garantías reales voluntarias. Es el caso del Banco Standard Chartered y de The Nassau Branch of BankBoston, acreedores que cuentan con medidas cautelares que han sido excluidos del Grupo D.

Con relación a la exclusión de BankBoston N.A., Sucursal del Perú, del Grupo D, se constata que dicho banco no cuenta con medida cautelar alguna, sino más bien con una garantía consistente en un *warrant*.

En ese sentido, el hecho de haber excluido al Banco Standard Chartered, a The Nassau Branch of

BankBoston y a BankBoston N.A., Sucursal del Perú, del Grupo D de acreedores y haberlos incluido en el Grupo E sin razón objetiva que pueda justificarlo, afecta la finalidad económico y social del proceso concursal, contraviniéndose así efectivamente el principio de la *pars conditio creditoris*". (El subrayado es mío.)

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, mediante Resolución 0469-2000/TDC-INDECOPI, de fecha 06 de noviembre de 2000, confirmó esta decisión:

"(...) en el extremo que consideró que la clasificación como acreedores no garantizados a los Bancos Standard Chartered y The Nassau Branch of BankBoston N.A en el Acuerdo Global de Refinanciación de Austral Group S.A.A., a pesar de que contaban con afectaciones específicas sobre el patrimonio de la deudora, constituía un abuso de derecho por parte de la Junta de Acreedores. Ello en tanto, si bien existen diferencias en su naturaleza económica, la ley ha asimilado a ambas medidas, otorgándoles el mismo orden de preferencia, no existiendo, en ese sentido, margen legal para justificar la diferenciación alegada por la insolvente y el Banco Wiese Sudameris S.A.A. Adicionalmente, no se ha presentado elementos de juicio que acrediten una diferencia entre las garantías reales y las medidas cautelares que respaldaban los créditos de dichos acreedores que justifiquen la distinción efectuada en el Acuerdo".

En atención a ello, la Junta de Acreedores debió reunirse nuevamente a efectos de adecuar el acuerdo adoptado a lo dispuesto en estas resoluciones.

III. EL COMENTARIO

Una autorizada doctrina argentina² ha clasificado los criterios para caracterizar el ejercicio abusivo de los derechos de la siguiente forma:

a. Criterios subjetivos:

- i. El abuso de derecho se identifica con la intención de perjudicar (Josserand, en un primer momento; Markovitch y Charmont).

- ii. El abuso de derecho consiste en el ejercicio del derecho con culpa del titular (Colin, Capitant inicialmente, Demogue, Sourdat, Lalou, los Mazeaud y Salvat).
- iii. El abuso consiste en el ejercicio del derecho sin interés o utilidad (Bonnetcase, Ripert, Lafaille y Aguiar).

b. Criterios objetivos:

- i. El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin económico y social del derecho (Saleilles, Díaz y Salas).
 - ii. El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin de su institución (Porcherot y Josserand).
 - iii. El abuso se define por un ejercicio contrario a la moral y buenas costumbres (Savatier, R. Goldschmidt y Borda).
- c. Criterio mixto: que conjuga las distintas ideas para definir el abuso (Capitant).

En mi opinión, el abuso de derecho es un principio general del derecho que, como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos, uno fisiológico y el otro patológico. En el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo³ y ahí sí cabría su estudio dentro de la teoría general del derecho⁴. En cambio, en el momento patológico, el abuso del derecho se asimila, bien a los principios de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva)⁵.

En atención a ello, comparto plenamente la opinión que sostiene que la función de este principio no debe agotarse solamente en la de ser una fuente de obligaciones (como inducirían las tesis subjetivistas señaladas)⁶. Las notas características adicionales que ha asimilado la Resolución 104-96-TRI-SDC/INDECOPI son correctas y se dirigen hacia una concepción de carácter objetivo del mismo. Es por ello que, aunque se considere al abuso de derecho como un factor de atribución, éste debe ser de naturaleza objetiva⁷, vale decir, que se tipifique independientemente de la

² LLAMBIAS, Jorge. "Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo II, Personas Jurídicas, Bienes, Hechos y Actos Jurídicos". Duodécima edición, actualizada por RAFFO BENEGAS, Patricio. Buenos Aires: Perrot. 1986. p. 180.

³ RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. "Derecho Civil. Parte General". Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1980. p. 472.

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Abuso de derecho". Buenos Aires: Astrea. 1992. p.163.

⁵ GAMBARO. "Nota a sentencia del Tribunal de Torino". 13 de junio de 1983. En: "Responsabilità civile e previdenza". Giuffrè. 1983. p. 824 y "Abuso del diritto, II) Diritto comparato e straniero". En: "Enciclopedia Giuridica". Roma: Istituto della Enciclopedia Giuridica fondata da Giovanni Treccani. 1988. p. 2.

⁶ LLAMBIAS, Jorge. Op. Cit. pp. 181-182.

⁷ Permitaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Tercera edición corregida. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. p. 129.

intención de dañar y si lo asimilamos solo a un *standard* de conducta, no se entendería por qué deba configurarse independientemente de la culpa. Creo que la ocasión de este comentario es propicia para insistir en qué supuestos no nos encontramos frente a un abuso de derecho:

i) No existe identidad conceptual entre el principio de abuso de derecho (que es de carácter jurídico) y el abuso de posición de dominio, que es una figura de naturaleza preminentemente económica (que tiene, obviamente, consecuencias jurídicas).

El abuso de derecho es una limitación intrínseca del derecho subjetivo que se configura con el conflicto entre éste y un legítimo interés. Para entender lo que es el abuso de posición de dominio, debemos describir de qué es lo que se abusa, esto es, la posición de dominio, la cual es definida en el artículo 4, del Decreto Legislativo 701, de fecha 5 de noviembre de 1991, de la siguiente manera:

“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución”.

Hasta allí, la posición de dominio no está sancionada por ley. Sin embargo, sí el abuso de la misma. Así lo determina el primer párrafo del artículo 5 del texto que comento:

“Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener

beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio”⁸.

Con acierto, se observa que “el “actuar de manera indebida” debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir el derivado de una competencia leal y libre”⁹. Evidentemente, entre el abuso de derecho y el abuso de posición de dominio existen, como notas comunes, (aunque peque por decir lo evidente), el abuso y que, si se ocasionan daños por éste, surge la obligación a la reparación; pero debido a las diferencias ya anotadas, el órgano competente para conocer el abuso de la posición de dominio (por mandato de la ley, artículo 16 del Decreto Legislativo 25878) es la Comisión de Libre Competencia y, en segunda instancia administrativa, la Sala de la Defensa de la Competencia del INDECOPI y, recién podrá hacerse un cuestionamiento a nivel del Poder Judicial, agotada la vía administrativa.

Si analizamos de una manera detenida los supuestos específicos de abuso de posición de dominio (discriminación al contratar, discriminación de precios, métodos coercitivos, principalmente), nos damos cuenta que los mismos no encajan dentro de lo que conceptualmente se conoce como abuso de derecho. Son supuestos de colisión de derechos.

ii) Tampoco constituyen una forma de abuso de derecho las cláusulas vejatorias.

El abuso de derecho no es más que el conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés que se produce por el ejercicio irregular de un derecho o por la omisión irregular de su ejercicio (conforme lo podemos interpretar sistemáticamente de los artículos II del Título Preliminar y 1971 inciso 1 del Código Civil)¹⁰. Las cláusulas vejatorias (o abusivas) son aquellas predisuestas previamente por una de las partes, que generan una asimetría (en contraste con el principio de buena fe) en la economía de las obligaciones a las

⁸ En este artículo se agrega que: “Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) La aplicación en la venta local de materias primas, cuyos precios de venta se rigen en base a cotizaciones internacionales, de sistemas de fijación de precio, condiciones de venta, de entrega o de financiamiento que impliquen la obtención de mayores valores de venta en el mercado local que los valores de venta ex planta netos obtenibles en la exportación de esas mismas materias primas;
- e) El aprovechamiento de los términos concedidos por los Convenios de estabilidad tributaria suscritos con anterioridad a la vigencia del presente Decreto Legislativo, en forma tal que impidan a otras empresas productoras de bienes similares las posibilidades de competencia equitativa, tanto en el mercado nacional, como en el internacional.
- f) Otros casos de efecto equivalente”.

⁹ BULLARD GONZALES, Alfredo. “Legislación antimonopólica y el mito del Muro de Berlín”. En: THEMIS-Revista de Derecho 30. Lima. 1994. p. 403.

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Ejercicio abusivo del derecho”. En: “Código Civil Comentado”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. pp. 24-31.

que se encuentran vinculadas contractualmente las partes, en desmedro de la parte que las acepta¹¹.

En el caso concreto, se sabe que si una persona jurídica se encuentra en un procedimiento reestructuración, los poderes de actuación de sus órganos se suspenden y pasan a los acreedores, los cuales, mediante las juntas, deciden el destino de la concursada (artículo 63 inciso 1 de la Ley General del Sistema Concursal). En el caso del procedimiento concursal preventivo, los órganos mantienen el ejercicio de sus funciones; pero la intervención de los acreedores se da justamente a efectos de decidir el acuerdo global de refinanciación, dentro del cual se encuentra el cronograma de pagos. Evidentemente, al igual que en las juntas de accionistas, en las juntas de acreedores existen conflictos de intereses entre los mayoritarios y los minoritarios. La regla será siempre que prevalecerán los acuerdos de mayoría. Sin embargo, la minoría no se encuentra desprotegida. El ya mencionado artículo 118 inciso 1 de la Ley General del Sistema Concursal faculta tanto al deudor como a los acreedores que representen al menos el 10% de los créditos reconocidos para que impugnen dichos acuerdos debido al incumplimiento de las formalidades legales, inobservancia de las normas o el ejercicio abusivo de derecho. Ahora, no obstante el reconocimiento formal, resulta sumamente difícil para los acreedores minoritarios (y para el deudor) demostrar el abuso. Prueba de ello está en que son raros los casos en los cuales se ha amparado dicha pretensión.

Las resoluciones que son materia de este comentario y sancionan el hecho manifiesto que, abusando del poder de decisión de la mayoría, se incluyó desventajosamente a tres acreedores en un grupo que correspondía a aquellos que no contaban con garantías (no obstante las tenían), motivan las siguientes reflexiones:

- a. Se hace mención al “legítimo interés que poseen las mayorías para adoptar acuerdos que satisfagan sus expectativas”. En el proceso de votación debemos distinguir los siguientes momentos:
 - i) Cada accionista o acreedor (según sea el caso) detenta el derecho (situación jurídica de ventaja activa) a votar y el interés material que la mayoría sea coincidente con el mismo. Aquí no cabe la distinción entre mayoritario y minoritario.
 - ii) El hecho de encontrarse en una situación cuantitativamente superior (al detentar más

acciones o acreencias reconocidas) no genera impunidad respecto a la toma de decisiones que contravengan normas imperativas ni de que se configure un ejercicio abusivo del derecho.

- iii) Si dentro del acuerdo se configura un ejercicio regular de derecho no obstante se lesionen los legítimos intereses de la minoría, nos encontraremos frente al supuesto de un daño jurídicamente permitido (artículo 1971 inciso 1 Código Civil).
- b. ¿Cuál es el parámetro para determinar si el acuerdo de la mayoría constituye o no un ejercicio regular de un derecho? En la resolución de primera instancia se advierte, con razón, que el tratamiento diferenciado entre los acreedores no constituye *a priori* un ejercicio irregular de un derecho. El parámetro será determinar si nos encontramos frente a justificados criterios de diferenciación objetiva.
- c. El hecho de diferenciar los tipos de garantías, con la única finalidad de lesionar las situaciones jurídicas de dos acreedores minoritarios (los que contaban con medidas cautelares) revela que se está vulnerando el principio de la *par conditio creditorum*.

Es importante distinguir dos conceptos que suelen confundirse: igualdad y paridad de tratamiento. En efecto, “mientras la paridad de tratamiento se justifica siempre en base a la lógica de la justicia retributiva y de la *par conditio*, la igualdad constitucional tiende a realizar la paritaria dignidad social, removiendo los obstáculos que limitan la libertad de los ciudadanos para realizar la justicia social y distributiva”¹². El principio de la *par conditio creditorum* es una manifestación del principio de paridad de tratamiento, basado en el criterio simétrico del *do ut des*. En otras experiencias jurídicas, como la italiana, la doctrina es sumamente crítica con el uso indiferenciado y absoluto de este principio, llegando a sostener que su aplicación debe ser residual, mientras que la jurisprudencia admite una serie de excepciones¹³.

La reflexión final es la de constatar que, dado el carácter dinámico de este principio, resulta sumamente limitado plantear el estudio del abuso de derecho en abstracto. En efecto, dadas las particularidades de cada derecho del cual se podría abusar, este principio se va enriqueciendo y resulta ser una exigencia analizarlo dentro de lo que los *common lawyers* llaman *law in action*.

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. En: LEÓN HILARIO, Leyser (compilador). “Estudios sobre el Contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)”. Lima: ARA. 2003. p. 584.

¹² PERLINGIERI, Pietro. “Il diritto civile nella legalità costituzionale”. Napoli: ESI. 1991. p. 178.

¹³ ALPA, Guido. “I principi generali”. En: IUDICA, Giovanni y Paolo ZATTI. “Trattato di Diritto Privato”. Milano: Giuffrè. 1993. p. 407.