

De Bracamonte Melgar, Gonzalo

Cambiando de Rumbo Las causales de liquidación en la Ley General del Sistema Concursal En: Ius et Veritas, N° 25

(...)

(...) el sistema concursal ha dejado de ser, fundamentalmente, un instrumento para reducir costos de transacción y se ha convertido en un sistema de eliminación de deudores ineficientes

Contrariamente a lo que pregonaba el Título Preliminar de la LGSC, en el sentido de que uno de los fines del sistema concursal sería la permanencia de la unidad productiva, aunque señala también que las decisiones más relevantes en el procedimiento se adoptarían en el seno de una negociación entre acreedores y deudor, lo cierto es que la LGSC se aparta de la lógica del sistema, desfavoreciendo los procedimientos conservativos y entrometiéndose en lo que debería continuar siendo materia de decisión privada, estableciendo, de esta manera, mecanismos que determinan imperativamente la opción liquidatoria sin un análisis de las condiciones reales de la empresa.

5 Las causales de liquidación en la LGSC.

Como mencionamos, el esquema de la LRP mantenía congruencia con la lógica que inspiraba el sistema: los acreedores deciden y, en su defecto, actúa la autoridad concursal declarando la disolución y liquidación de la insolvente. Así, el primer camino que conducía a la liquidación era la decisión de la Junta de Acreedores. Si la Junta no se instalaba, o instalada no decidía el destino en un determinado plazo, la Comisión iniciaba el procedimiento de disolución y liquidación. Igualmente, si la Junta hubiera acordado la continuación de las actividades del insolvente, pero dentro de un determinado plazo no aprobaba el Plan de Reestructuración al que debía quedar sometido el deudor, la Comisión debía iniciar el procedimiento liquidatorio.

Como puede observarse, al menos en cuanto a las causales que conducían a la disolución y liquidación dentro del marco normativo de la LRP, se respetaba la lógica que fundaba nuestro sistema: los acreedores eran quienes tenían la primera opción de decidir el destino de su deudor, independientemente de su situación patrimonial, y quedaba en sus manos acordar las prórrogas que considerasen necesarias, dentro de los límites impuestos por la Ley, para adoptar tales decisiones.

La intervención de la autoridad concursal era subsidiaria y encontraba sustento en que "(e)l tratamiento que la Ley de Reestructuración Patrimonial otorga a los acreedores los compromete con la responsabilidad de adoptar las decisiones que

(15) EZCURRA, Huáscar. *La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un instrumento de reducción de costos de transacción*. En: *Gaceta Jurídica. Separata especial*. Lima, 1998, pp. 27-36.

(16) Resolución No. 0463-1999/TDC-INDECOPI, del 29 de diciembre de 1999.

(17) Resolución No. 104-96-TDC-INDECOPI, del 23 de diciembre de 1996.

correspondan de manera eficiente. Por ello, en caso de que dicha carga no haya sido satisfecha en los plazos otorgados por la legislación sobre la materia, se contempla la necesaria intervención de la autoridad concursal para garantizar una decisión sobre el destino del patrimonio que, en caso contrario, podría quedar inmovilizado en el tiempo, con el consiguiente perjuicio económico para los propios acreedores y el sistema". De esta manera, "(...) sólo cuando existen elevados costos de transacción que no hacen posible que los acreedores tomen una decisión sobre el destino de la empresa, la Ley de Reestructuración Patrimonial procura que la situación de indefinición en lo que se refiere a la toma de una decisión sobre el destino del deudor, no se prolongue excesivamente, considerando que los retrasos en que pudiera incurrirse reducen las posibilidades de lograr el mejor índice de cobro de sus créditos"⁽¹⁸⁾.

Para verificar si en efecto la LGSC pretende la permanencia de la unidad productiva y respeta el ámbito de negociación privada entre los acreedores, analizaremos cuáles son los supuestos que pueden llevar a la liquidación a un deudor concursado. Así, tenemos que, bajo la nueva norma concursal, procede la disolución y liquidación en los siguientes casos:

a) Con la resolución que disponga la apertura del procedimiento concursal ordinario a pedido de deudor, si es que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, superan su capital social;

b) Con la apertura del procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedor, de comprobar la Comisión el supuesto anterior, disponiendo, de oficio, el inicio de un procedimiento de disolución y liquidación;

c) En aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil (modificado por la segunda disposición modificatoria de la LGSC);

d) Si luego de convocada la Junta de Acreedores ésta no se instalase;

e) Si instalada la Junta de Acreedores, dentro de los 45 días hábiles posteriores, ésta no decidiese el destino del deudor.

f) Si es que, aprobada la continuación de actividades de la empresa, dentro de los 60 días hábiles siguientes no se aprueba el Plan de Reestructuración;

g) Cuando la Junta de Acreedores apruebe la disolución y liquidación, de conformidad con las facultades genéricas que le otorga el artículo 51 de la LGSC; y

h) Por solicitud de cualquier acreedor ante el incumplimiento de los términos o condiciones del Plan de Reestructuración.

6 Liquidando sin permiso: las causales de liquidación sin consulta ni consentimiento de los acreedores.

Una de las principales novedades que trae la reforma son las causales por las que el concursado puede quedar sometido a un procedimiento de liquidación sin necesidad de que para ello la Junta de Acreedores haya siquiera sesionado. El legislador ha considerado que en determinados supuestos es innecesario convocar a los acreedores para que tengan la posibilidad de evaluar la reestructuración de su deudor como la mejor manera de satisfacer sus créditos, pues esta etapa en determinados supuestos constituye una pérdida de tiempo que debe ser eliminada en aras de la celeridad del procedimiento. De esta manera, el deudor cuyas "(...) pérdidas acumuladas deducidas sus reservas superen su capital social pagado" pasa de frente a liquidarse para descongestionar el sistema. Igual suerte para aquél que, en un proceso de ejecución, no señaló bienes suficientes para satisfacer los créditos de su acreedor.

Así, en los casos que presentada una solicitud de sometimiento al procedimiento concursal ordinario, ya sea a pedido del acreedor o del propio deudor, o remitido un proceso de ejecución en aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil (que son, salvo la prevista en el artículo 109 de la LGSC⁽¹⁹⁾, las únicas vías de acceder a este procedimiento), será la autoridad concursal, en primer lugar, la que evaluará si el deudor debe ir a la liquidación, o si, por defecto, los acreedores tienen la posibilidad de decidir su destino.

La alternativa adoptada por el legislador encontraría sustento en que de esta manera se reducirían los costos de transacción: sin embargo, no se reducen los costos de transacción propiamente dichos, se eliminan las transacciones que los generan. Los acreedores ya no tendrán que incurrir en los costos que implica reunirse

(18) Resolución No. 0431-2000/TDC-INDECOPI, del 04 de octubre de 2000.

(19) Esta vía de acceder al procedimiento concursal ordinario deriva de la desaprobación de la propuesta de un "Acuerdo Global de Refinanciación" en el marco de un Concurso Preventivo, en el cual el deudor haya solicitado protección patrimonial, siempre y cuando medie acuerdo de acreedores que representen más del 50 por ciento de los créditos reconocidos en dicho procedimiento.

para negociar el destino de su deudor, porque la ley ya decidió por ellos.

Una norma de tal naturaleza podría ser eficiente si es que reflejara la decisión a la que habrían llegado por su propia cuenta los acreedores si no existieran costos de transacción: sin embargo, ninguna de las causales de liquidación directa toma en cuenta los aspectos que habrían considerado los acreedores para adoptar tal decisión y, como veremos más adelante, tampoco habría sido éste su objetivo.

Finalmente, podamos estar de acuerdo o discrepar con la opción adoptada por el legislador, es cierto que, según las estadísticas del Indecopi, la amplia mayoría de las decisiones respecto al destino del deudor ha sido la liquidación⁽²⁰⁾. Es cierto además que muchos sistemas concursales tienen una fuerte intervención del Estado y puede que la alternativa adoptada en este sentido tenga efectos positivos, pero lo que no podemos hacer en ningún caso, por un tema de congruencia normativa, es consagrar principios para luego convertirlos en excepciones.

6.1 La insuficiencia patrimonial como causal de liquidación directa.

Dentro de esta corriente de decidir por los acreedores, para abaratarles los costos de transacción del procedimiento, la LGSC ha establecido que cuando se postule un procedimiento concursal ordinario, ya sea a instancia de un acreedor o del propio deudor, la Comisión, al emitir la resolución que dé inicio al concurso, debe pronunciarse respecto de si procede someter al deudor a un procedimiento de liquidación.

Así, el deudor, al momento de solicitar su sometimiento a concurso, ya sea por la causal de cesación de pagos (cuando más del tercio de sus obligaciones se encuentran vencidas o impagas por más de 30 días) o de insuficiencia patrimonial (pérdidas acumuladas deducidas las reservas mayores al tercio del capital social pagado), debe plantear la alternativa que considera deben adoptar sus acreedores respecto a su destino. Sin embargo, si bajo cualquiera de los supuestos indicados, la insuficiencia patrimonial

implicara que las pérdidas acumuladas deducidas las reservas exceden el capital social pagado, el deudor sólo podrá proponer su liquidación⁽²¹⁾.

Por otro lado, cuando el procedimiento es promovido por algún acreedor y el deudor es sometido a concurso, al momento de emitir la resolución correspondiente, la Comisión debe pronunciarse respecto a su disolución y liquidación de cumplirse con el mismo supuesto de insuficiencia patrimonial⁽²²⁾.

El acucioso lector habrá notado que el supuesto analizado por la autoridad concursal es aplicable exclusivamente a personas jurídicas, pues son las únicas que tienen capital social. En el supuesto de las personas naturales que realicen actividad empresarial, y que por lo tanto pueden acogerse o ser sometidas al procedimiento concursal ordinario, no importa el monto de sus obligaciones. Al menos en esta etapa se salvaron de la liquidación:

Las disposiciones antes citadas hacen que surja la interrogante de cómo es que hará la autoridad concursal para evaluar la insuficiencia patrimonial del deudor en aquellos casos en los que éste no se apersona al procedimiento o en el que no cumpla con presentar su información contable⁽²³⁾. Esto seguramente generará un problema en la aplicación de la norma, pues ésta establece que se tiene que declarar la disolución y liquidación en la resolución que declara la situación de concurso. Si no lo hace en este acto, no podrá hacerlo posteriormente, pues si la autoridad concursal se reserva este pronunciamiento, generaría inseguridad en el procedimiento.

Una alternativa sería declarar en disolución y liquidación al deudor por no haber presentado su información contable; sin embargo, el único efecto que originaría tal incumplimiento sería la imposición de una multa⁽²⁴⁾, por lo que esta salida también es inviable.

Descartamos de plano, por su naturaleza, cualquier interpretación analógica o extensiva de la norma⁽²⁵⁾. En consecuencia, la autoridad concursal, salvo modificación legislativa, en supuestos como el analizado, tendrá que declarar la situación de concurso sin disponer la disolución y liquidación del deudor o

(20) Por ejemplo, el Boletín estadístico del Indecopi a agosto del presente año, refleja que de enero de 2001 a agosto de 2002, de 429 decisiones adoptadas respecto al destino del deudor sometido al procedimiento derivado de su declaración de insolvencia, en el 77 por ciento de los casos la Junta optó por la liquidación, mientras que sólo en un 23 por ciento se optó por la reestructuración.

(21) LGSC artículo 24.

(22) LGSC artículo 28.

(23) Supuesto en el cual no se le dará por apersonado, conforme lo establece el artículo 27.1 de la LGSC.

(24) LGSC artículo 31.

(25) Debido a que esta es una norma que restringe derechos, de conformidad con lo establecido el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, su interpretación debe ser restringida, no siendo posible su aplicación por analogía. En consecuencia, sólo se puede disponer la liquidación directa cuando se constate que las pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, sean superiores al capital social.

suspender el trámite del procedimiento hasta que cuente con la información que le permita pronunciarse sobre la situación patrimonial del deudor.

6.1.1 ¿Es un buen método disponer la liquidación directa de un deudor en función a que las pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, sean superiores a su capital social?

Si bien genera controversia que ahora sea el Estado quien determine en primer lugar si el deudor debe ser liquidado, genera aun más controversia el criterio establecido por el legislador para llegar a tal consecuencia. Y es que determinar si una empresa tiene pérdidas acumuladas, deducidas sus reservas, que superen su capital social, nos remite a un tema netamente contable.

Del resultado de esta operación dependerá ahora el futuro de las empresas sometidas a concurso. Ya no será en atención a factores más complejos que impliquen un análisis de su condición actual en el mercado, su capacidad productiva o su viabilidad.

En efecto, este supuesto de liquidación directa no toma en cuenta la viabilidad de la empresa, y no podría hacerlo tampoco, ya que la viabilidad no se remite únicamente a su valor patrimonial actual. Este concepto debe entenderse fundamentalmente en relación al Plan de Reestructuración al que sus acreedores acuerden someterla⁽²⁶⁾.

Así, queda claro que una empresa que ha venido operando en el mercado y que, ya sea por factores internos o externos, ha terminado sometida a concurso, bajo sus condiciones actuales no sería viable. Su viabilidad dependerá de las nuevas condiciones a las que sus acreedores acuerden someterla y de los cambios

estructurales que se realicen en ella. Es decir, si los acreedores consideran que, bajo nuevos parámetros, la empresa podrá realizar una actividad productiva que, cubriendo sus costos operativos, genere un margen de ganancia que les permita satisfacer mejor sus créditos, la empresa será viable⁽²⁷⁾ y por ello reestructurable.

6.2 La aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil como causal de liquidación directa.

La segunda causal de liquidación directa que contempla el sistema es la que se efectúa en aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil, modificado por la segunda disposición modificatoria de la LGSC⁽²⁸⁾. Según la norma en cuestión, si en un proceso de ejecución el ejecutado no cumple con señalar uno o más bienes libres de gravámenes o parcialmente gravados, cuyo valor (o el saldo del mismo) al menos iguale el monto de la obligación materia de ejecución, será el juez (y ya no la Comisión) quien declare su disolución y liquidación.

La opción que habría adoptado el legislador se sustentaría en los problemas detectados en este tipo de procedimientos, a saber: (i) los altos costos administrativos, (ii) la escasa información sobre el deudor, originada por su escaso interés en proporcionar información y el escaso manejo coactivo de la autoridad concursal y (iii) la falta de incentivos para adoptar decisiones colectivas, derivada de los dos puntos anteriores y en la cual la inacción de los acreedores genera costos al sistema al tener que asumir el Estado la conducción de estos procedimientos⁽²⁹⁾.

De esta manera, atendiendo a que "(e)l móvil principal del acreedor que decide tramitar el proceso de insolvencia derivado del artículo 703 del CPC es

(26) En este sentido nos dice Bisbal: "(...) en la viabilidad se pone de manifiesto la relación existente entre el valor de la empresa reorganizada y el de la empresa en liquidación". BISBAL, Joaquín. Op. cit.: p. 302. De esta manera, si la norma no toma en cuenta el valor de la empresa reorganizada (tampoco puede hacerlo porque esa es función de los acreedores), mal puede acercarse siquiera al concepto de viabilidad.

(27) Recordemos que la viabilidad es "definida" por los acreedores.

(28) LGSC Segunda Disposición Modificatoria:

"Segunda.- Modificación del Código Procesal Civil

Sustitúyase el Artículo 703 del Código Procesal Civil por el texto siguiente:

Si al expedirse la sentencia en primera instancia el ejecutado desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del juez de declararse su disolución y liquidación.

Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el Juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal".

(29) El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un procedimiento de ejecución de sentencia derivada de un procedimiento de conocimiento, abreviado o sumarisimo. DEL ÁGULA, Paolo. *Aumentando los costos del sistema concursal: La insolvencia en aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil*. En: *ADVOCATUS. Nueva época*, No. 05, Diciembre de 2000, pp. 317-330.

culminar las formas necesarias impuestas por la legislación vigente para obtener el certificado de incobrabilidad respectivo, luego de la declaración judicial de quiebra⁽³⁰⁾ y a que los problemas detectados hacían el procedimiento largo y gravoso para los acreedores, el legislador dispone la liquidación directa.

Sin embargo, la liquidación directa no soluciona el problema, pues si éste radica en la falta de información con que cuentan los acreedores para adoptar alguna decisión respecto al destino de su deudor, el problema persiste aunque derivemos el procedimiento a una liquidación irreversible. Si los acreedores no cuentan con información acerca del patrimonio de su deudor, ¿qué convenio de liquidación suscribirán?, ¿qué bienes realizará el liquidador?

La falta de información dificulta, a la vez, la salida del mercado del deudor y es lo que a la larga hace el procedimiento ineficiente y oneroso para los acreedores. Finalmente, ellos igual tendrán que apersonarse al procedimiento, pagar las tasas administrativas para el reconocimiento de sus créditos, contratar a un liquidador (que no sabrá qué liquidar) y todo para obtener un certificado de incobrabilidad⁽³¹⁾.

Desde nuestro punto de vista, la solución al problema, más que en una reforma normativa, hubiera requerido la implementación de mecanismos que aseguren que la autoridad concursal pueda ejercer oportunamente las facultades que le otorga el Decreto Legislativo No. 807, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, y desincentive la conducta poco cooperativa del deudor (que ahora, tomando en cuenta cuál será su destino, probablemente sea menos cooperativa aun) en este tipo de procedimientos. Recordemos que la norma concursal busca reducir los costos de transacción.

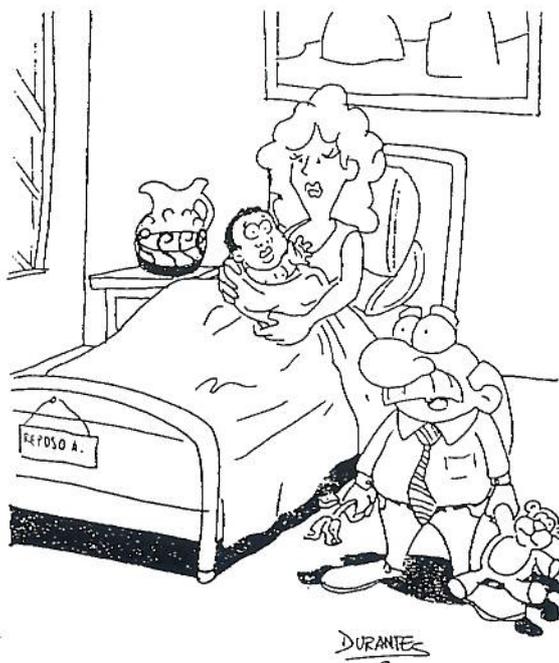
6.3 Revirtiendo la liquidación directa.

Como la alternativa de liquidar directamente al deudor ha sido considerada por el legislador como la solución más eficiente a la crisis en los supuestos antes señalados, el artículo 50 de la LGSC establece que en estos casos "(1) la Junta no podrá acordar la modificación del destino del deudor o de su patrimonio, salvo que efectúe las acciones necesarias para dejar el estado de

insuficiencia patrimonial o de cesación de pagos previstos en la Ley como causales de liquidación directa. La Junta deberá demostrar a la Comisión la reversión de tal situación".

Dos precisiones habría que hacer antes de analizar la norma antes citada. La primera es que la ley sólo prevé como causal de liquidación directa el supuesto de pérdidas superiores al capital social, que es un supuesto de insuficiencia patrimonial. La cesación de pagos no produce la liquidación directa, por lo que no hay cesación de pagos que subsanar para cambiar el destino. La segunda precisión es que, a pesar que el artículo en cuestión hace referencia a ella, la disolución y liquidación en aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil tampoco implica, en estricto, un supuesto de insuficiencia patrimonial, por lo que en los casos en los que llegue a declararse la disolución y liquidación al amparo de esta disposición no cabría marcha atrás⁽³²⁾.

Como mencionamos líneas arriba, la liquidación directa sería eficiente si es que reflejara lo que por su



(30) Ibid.: p. 325.

(31) Según el artículo 90 de la LGSC, los acreedores pueden optar por suscribirse del procedimiento antes de que su deudor sea declarado en quiebra una vez declarada su disolución y liquidación, y recabar de la autoridad concursal el correspondiente certificado de incobrabilidad.

(32) Estamos seguros que la vaguedad e imprecisión de la norma y los intereses puestos en juego dará lugar a las más vanadas interpretaciones en lo que a sus alcances se refiere. En lo que a nosotros respecta, sólo nos queda esperar que la interpretación que finalmente adopte la autoridad concursal haga prevalecer el derecho que tienen los acreedores a decidir el destino de su deudor.

cuenta hubiera decidido la Junta. Ahora bien, según esta premisa, sería lógico que, si reunida la Junta, ésta considerase mejor para sus intereses cambiar el destino del deudor, la norma no le exigiera más que cumplir con los requisitos formales para adoptar dicho acuerdo. Sin embargo, el artículo bajo comentario establece que la Junta no podrá cambiar el destino del deudor si es que no cumple con ejecutar las acciones que reviertan su situación patrimonial. En consecuencia, no nos encontramos frente a una norma que pretenda aliviar los costos del procedimiento a los acreedores, sino ante una verdadera presunción *iuris et de iure* que ha adoptado el legislador: una empresa con pérdidas, deducidas las reservas, que supere su capital social es inviable y por ello debe salir del mercado (no es tan cierto entonces que la viabilidad es "definida" por los acreedores)⁽³³⁾.

Así, tenemos que la Junta podrá optar por la reestructuración de su deudor cuando haya logrado que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superen su capital. La Junta no puede plantear un mecanismo para tratar de revertir tal situación en un futuro. Lo tiene que haber ejecutado, pues la norma es clara al imponerle que "(...) deberá demostrar a la Comisión la reversión de tal situación."

Sin embargo, a pesar de que la LGSC "pretende" mantener la unidad productiva en el mercado y que la liquidación sea una salida que se adopte en defecto de la reestructuración, no establece ningún tipo de mecanismo que facilite que los acreedores puedan revertir la liquidación directa de su deudor. Por el contrario, dispuesta la liquidación a partir de ese momento, la Junta sólo tiene un plazo de 30 días para aprobar el Convenio de Liquidación⁽³⁴⁾ antes de que intervenga de oficio la autoridad concursal. ¿Qué negociación podrán realizar los acreedores en dicho plazo para revertir la situación patrimonial de su deudor?

En cuanto a las maneras de revertir la liquidación, atendiendo a que la norma nos remite exclusivamente a la causal de las pérdidas superiores al capital social, podemos concluir que los mecanismos para revertir tal estado no son otros que: (i) aumentar el capital social de la empresa para que éste supere sus pasivos o (ii) reducir los pasivos a un monto inferior que el capital social. Lo cual se podría conseguir, por ejemplo, si los

acreedores acordaran capitalizar parte de sus créditos o condonarlos. Sin embargo, exigir el cumplimiento de tales acciones a los acreedores como requisito indispensable para variar el destino del deudor, con el breve plazo con el que cuentan para adoptar tal decisión y fuera de los alcances de un Plan de Reestructuración (que no puede ser adoptado en tanto no se cambie el destino) que les permita al menos tener una expectativa de que sus créditos serán satisfechos por esta vía, constituye más que un desincentivo para elegir a la reestructuración como alternativa.

7 La inacción de la Junta como causal de liquidación.

Si el deudor logra sortear los supuestos que prevé su liquidación directa, corresponderá a la Junta decidir su destino, pero para ello este órgano tendrá que actuar rápido, pues la norma establece plazos cortos y perentorios.

Así, declarado el concurso del deudor, luego de un expeditivo procedimiento de reconocimiento de créditos, se convoca a Junta de Acreedores. Si la Junta no se instala, la Comisión debe declarar la disolución y liquidación del deudor⁽³⁵⁾ salvo que, por razones atendibles y a pedido de parte, se solicite una nueva convocatoria⁽³⁶⁾.

Instalada la Junta, ésta tiene un plazo perentorio de 45 días para decidir el destino del deudor. Si transcurrido dicho plazo la Junta no se pronuncia, interviene de oficio la autoridad concursal declarando la disolución y liquidación⁽³⁷⁾.

Si la Junta llegase a decidir la continuación de las actividades de su deudor, entonces tendrá un plazo de 60 días para aprobar el correspondiente Plan de Reestructuración. Si transcurrido este plazo la Junta no aprueba el mencionado documento, interviene de oficio la autoridad concursal declarando la disolución y liquidación del deudor⁽³⁸⁾. A diferencia de la LRP, no se prevé un plazo adicional para que el administrador designado por la Junta adecúe su propuesta a las observaciones que pudieran formularse ni se contempla la posibilidad de que la Junta nombre a un nuevo administrador para la elaboración de otra propuesta.

(33) De igual manera, si por ejemplo la disolución y liquidación se hubiera iniciado por acuerdo de la Junta y ésta luego quisiera revertirla, de conformidad con el artículo 91.2 de la LGSC.

(34) LGSC artículo 50.7.

(35) LGSC artículo 96.1.

(36) LGSC artículo 50.2.

(37) LGSC artículo 58.

(38) LGSC artículo 65.

Cabe destacar que la norma ha cuidado que en estos supuestos, la disolución y liquidación declarada por la Comisión no pueda ser revertida por acuerdo de la Junta⁽³⁹⁾.

8 La liquidación por acuerdo de la Junta de Acreedores.

La liquidación es una alternativa que también puede derivar de la voluntad de la Junta⁽⁴⁰⁾. De esta manera, si los acreedores consideran que resulta mejor para sus intereses liquidar el patrimonio del deudor que continuar con su actividad productiva (porque no es viable), lo más seguro es que decidan someterlo a un proceso de disolución y liquidación. Sobre este tema no hay mucho nuevo que decir, salvo que, como se ha visto anteriormente, ésta es ahora una facultad residual.

Uno de los elementos que analizarán los acreedores al evaluar si es conveniente someter a un proceso de reestructuración a su deudor, son los costos y contingencias que pueda generar el procedimiento previsto en la norma para tal fin.

Aunque son varias las normas que cabrían analizar respecto a este tema, por las obvias limitaciones de espacio nos remitiremos a dos que desnaturalizan los principios consagrados en el Título Preliminar y restringen la capacidad negocial de los acreedores.

Una de las novedades, o regresiones⁽⁴¹⁾, que nos trae la LGSC es el tratamiento de los créditos tardíos, es decir, aquellos que fueron presentados para su reconocimiento luego de transcurridos 30 días de la publicación del aviso que informa sobre la situación del concurso del deudor.

La LGSC establece ahora que el acreedor que, ya sea deliberadamente, por mala fortuna o por negligencia,

no se apersonó al procedimiento dentro del plazo antes señalado, carecerá de derecho a voz y voto en las sesiones de la Junta⁽⁴²⁾.

El legislador ha considerado que admitir la incorporación de los acreedores al concurso en cualquier estado, reconociéndoles todos sus derechos, elevaba los costos de transacción, pues los acreedores que sí se apersonaban a tiempo no tenían la certeza de que las decisiones adoptadas en Junta permanecieran invariables ante la incorporación de nuevos acreedores. Incluso, considerando válido este razonamiento, cabría preguntarse: ¿qué costos elevaría reconocerles, al menos, el derecho a tener voz en las sesiones de la Junta?

No olvidemos que los acreedores de la concursada, por lo general, serán aquellos que apoyarán cualquier eventual Plan de Reestructuración. Así, el proveedor que la abastecía de los insumos necesarios para su producción o el Banco que le otorgaba financiamiento, difícilmente estarán dispuestos a apoyar un procedimiento de reestructuración en el cual no tendrán siquiera derecho a manifestar su opinión. A todo esto, ¿dónde quedó el principio de colectividad?

Relacionado con lo anterior, la Ley restringe la capacidad contractual de la Junta, disponiendo que los créditos concursales que no han sido reconocidos a la fecha en que se apruebe el Plan de Reestructuración (porque será en él donde se establecerá el cronograma de pagos), tienen que ser cancelados necesariamente luego del vencimiento del plazo para el pago de los créditos que obtuvieron su reconocimiento a dicha fecha⁽⁴³⁾.

La norma puede abarcar, pues, tanto a los acreedores que se apersonaron a tiempo pero a los que aún no se les reconoce sus créditos, así como a los acreedores tardíos, y encontraría justificación en que de esta

(39) LGSC artículo 96.2.

(40) LGSC artículo 51.

(41) Bajo el régimen de la LRE y la LRP, los acreedores concursales podían apersonarse al procedimiento a solicitar el reconocimiento de sus créditos en cualquier etapa (siempre que la autoridad concursal no hubiera perdido competencia). No existía ninguna sanción por no haberse apersonado a tiempo, simplemente se encontraban impedidos de cuestionar los acuerdos que válidamente hubiera adoptado la Junta antes de su incorporación, lo que en sí ya constituía un incentivo para que se apersonen a tiempo. Analizando la diferencia que existía entre la LRE y la Ley Procesal de Quiebras Schwartzmann nos dice: "(e)n el régimen anterior, dentro del proceso de quiebra, existía un momento a partir del cual los acreedores que no se habían incorporado al proceso perdían toda acción contra el fallido. Así, los acreedores, sin importar el monto de sus créditos ni su origen, perdían, para fines prácticos, su condición de tales por el solo hecho de no apersonarse oportunamente al proceso. En cambio, el nuevo régimen de reestructuración empresarial permite a los acreedores incorporarse en cualquier momento al proceso, con la única limitación de que el acreedor que se incorpore tardíamente al proceso no podrá impugnar los acuerdos que pudieran haber sido adoptados por la Junta hasta el momento de su incorporación que se encuentren firmes (por obvias razones de seguridad jurídica). La razón de este cambio de criterio radica en el propio sustento filosófico del nuevo régimen: los directos afectados por la situación de crisis de la empresa son sus acreedores, por lo que el régimen debe abrir todas las puertas necesarias para permitir la participación activa de éstos, aunque inicialmente no hayan demostrado interés en participar en el proceso". SCHWARTZMANN, Víctor Carlos. *La Junta de Acreedores en el régimen de reestructuración empresarial*. En: *Ius et Veritas*, Año V, No. 9, p. 94.

(42) LGSC artículo 34.3.

(43) LGSC artículo 69.3.

manera: (i) se evitan distorsiones al establecer un sistema de provisiones para aquellos créditos de incierta existencia o cuantía⁽⁴⁴⁾ y (ii) permite al acreedor diligente el pronto recupero de sus créditos.

Cabe hacer unos comentarios al respecto. En primer lugar, debido a los procedimientos de reconocimiento de créditos que contempla la norma⁽⁴⁵⁾, unos acreedores serán reconocidos antes que otros, pudiendo aprobar un Plan con prescindencia de aquéllos, relegándolos injustamente en el cobro de sus créditos. Es más, en el supuesto que los acreedores quisieran esperar el reconocimiento de aquéllos cuyos créditos aún son materia de verificación, se encontrarían con que el plazo para adoptar el acuerdo es breve y que a su cumplimiento interviene la autoridad concursal disponiendo la liquidación⁽⁴⁶⁾. Por otro lado, la referencia a que se pretende privilegiar al acreedor diligente nos hace pensar que en la práctica ello se traducirá en que los créditos tardíos tendrán una sanción adicional a la de perder su derecho a voz y voto.

Probablemente estos acreedores no sólo no apoyarán cualquier Plan de Reestructuración, sino que, en procura de sus intereses, harán todos los esfuerzos para que la empresa vaya a liquidación, procedimiento en el que sus créditos serán cancelados, al igual que al resto de acreedores, en el orden de preferencia que les corresponda.

Una última reflexión sobre el tema, para cuya dilucidación se necesitará pronunciamiento de la autoridad concursal, es que la norma no hace distinción alguna en razón a la naturaleza de los créditos, razón por la cual podría sostenerse que se encontrarían comprendidos dentro de sus alcances tanto los créditos laborales como los tributarios.

Como vemos, las disposiciones bajo comentario: (i) restringen la participación de los acreedores en el procedimiento concursal; (ii) fomentan conductas poco cooperativas para la viabilidad de un Plan de

Reestructuración, propiciando de esta manera la liquidación de la empresa; y, (iii) sustraen del ámbito de la Junta la decisión de la forma de pago de los créditos aún no reconocidos al momento de la aprobación del Plan de Reestructuración.

9 La liquidación por el incumplimiento del Plan de Reestructuración.

Finalmente, la LGSC incorpora una nueva causal de liquidación basada en el incumplimiento de los términos o condiciones establecidos en el Plan de Reestructuración⁽⁴⁷⁾. Así, se establece que ante estos supuestos cualquier acreedor podrá solicitar a la Comisión la liquidación del concursado. De esta manera, lo que pretende la norma es evitar que empresas manifiestamente inviables, sometidas a Planes de Reestructuración que no han podido cumplir, sigan gozando de los beneficios del sistema y permaneciendo en el mercado cuando lo que corresponde es su eliminación.

Bajo el régimen de la LRP, este fue un tema recurrente que, por lo general, perjudicaba a los acreedores garantizados. Así, en el escenario de una Junta de Acreedores en la cual éstos no tenían mayoría, podían ver sometidos sus créditos a un Plan que podía ser modificado cuantas veces quisiera la mayoría de los acreedores en tanto no hubiera concluido el procedimiento de reestructuración. Si el Plan era incumplido y el acreedor iniciaba las acciones judiciales correspondientes contra el deudor, la Junta se reunía nuevamente, modificaba el Plan acordando nuevos términos (usualmente la prórroga del periodo de gracia) y subsanaba el incumplimiento.

A diferencia de lo establecido para el Acuerdo Global de Refinanciación, en el que es causal de resolución expresamente el incumplimiento del pago de las obligaciones, la norma bajo comentario contempla

(44) Incoherencia normativa si consideramos que el artículo 66.3 de la LGSC establece que el Plan debe contener, bajo sanción de nulidad, todas las obligaciones del concursado (reconocidas o no por la Comisión). Si bien para efectos de los créditos no reconocidos al momento de su aprobación se establece que deben tener un régimen de provisiones, ello no implica que se eviten distorsiones por la duda acerca de la existencia o cuantía de estos créditos.

(45) El artículo 38 de LGSC contempla dos procedimientos de reconocimiento de créditos: el que corre a cargo de la Secretaría Técnica basado en la "conciliación" entre deudor y acreedor de carácter sumamente expeditivo y el que depende de la Comisión, aplicable a acreedores vinculados y a aquellos en los cuales se genere discrepancia (es decir, cuando el deudor manifieste disconformidad), que mantiene el esquema de la LRP y por ello es más riguroso y lento.

(46) Una salida a esto último, aunque no por ello necesariamente idónea, será solicitar la suspensión de la Junta de Instalación al amparo del artículo 50.3 de la LGSC. Consideramos que el perjuicio que se ocasionaría a un acreedor aún no reconocido constituye causa atendible para que la Comisión disponga tal suspensión. Sin embargo, para tal efecto, quienes solicitaron la suspensión deben otorgar la garantía que considere suficiente la autoridad concursal para resarcir los daños y perjuicios que ella puede originar. Otra alternativa, bajo los alcances de la misma norma, es que sea la propia autoridad concursal quien disponga la suspensión, supuesto que consideramos debería ser el que prime, pues sería por su propia demora que se estaría ocasionando el perjuicio.

(47) LGSC artículo 67.4.

amplios supuestos bajo los cuales procede iniciar la liquidación, toda vez que no se remite únicamente al incumplimiento en el pago, sino a cualquiera de los términos o condiciones del Plan. De esta manera, una garantía no constituida, un financiamiento no otorgado, condiciones laborales no aceptadas por los trabajadores, etcétera, pueden habilitar a un acreedor a solicitar la liquidación de su deudor.

Así como son varios los supuestos, son varios también los legitimados para solicitar esta liquidación, pues la norma no establece que el acreedor solicitante deba ser el directamente afectado por el incumplimiento. Puede ser cualquier acreedor, pues si el Plan no se ejecuta conforme a los términos pactados, se podría estar afectando sus expectativas de cobro.

Sin embargo, nada impide que, ante la previsión del incumplimiento, la Junta se reúna y modifique los términos del acuerdo antes de que éste ocurra. Asimismo, esta liquidación puede ser revertida por acuerdo de la Junta, pues, como hemos visto, los únicos casos en que ésta es irreversible son los que contempla la norma ante su inacción⁽⁴⁸⁾.

Es cierto que bajo el imperio de la mayoría de la Junta existen procedimientos concursales en los cuales se han aprobado Planes de Reestructuración manifiestamente inviables que a la larga se han traducido sólo en una dilación de la ejecución del patrimonio del concursado, lo que ha generado más de un perjuicio en nuestro sistema, en el cual se encuentran comprendidos en el concurso, incluso, los acreedores garantizados.

Sin embargo, contrariamente al sustento del legislador, consideramos que la liquidación no es la solución a todos los males del sistema. Por ello, antes de disponerla en este supuesto, hubiera sido conveniente regular mejor la concepción del Plan de Reestructuración. Una opción de reforma normativa en tal sentido pudo haber sido la utilizada en otros sistemas, en los cuales los acreedores garantizados no sufren los efectos del concurso salvo por voluntad propia, es decir, cuando deciden apersonarse al mismo: o en los cuales se aplica el denominado voto por clase, según el cual el Plan tiene que ser aprobado por distintas clases de acreedores agrupados según la naturaleza de su crédito y las garantías que tuvieran constituidas a su favor. Así, los acreedores garantizados votan en forma

independiente, con lo cual no se encuentran sometidos a la voluntad de los no garantizados, quienes probablemente preferirán someter la empresa a una reestructuración con beneficios inciertos que a una liquidación en la que seguramente no cobrarán⁽⁴⁹⁾.

10 A modo de conclusión.

Luego del análisis efectuado precedentemente, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

a) Según su Título Preliminar, la LGSC tendría por finalidad la "permanencia de la unidad productiva", objetivo que conseguirá creando los mecanismos adecuados para que ésta sea la alternativa que los acreedores consideren más conveniente para satisfacer sus créditos, pues también consagra que serán ellos quienes en un ambiente idóneo de negociación llegarán "(...) a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción". Consecuentemente, el Título Preliminar establece que la "viabilidad" de los deudores es definida por sus acreedores y que los procedimientos concursales buscan "la participación y beneficio" de la totalidad de ellos, por lo que el Estado sólo tiene un rol de promotor de esta negociación e interviene únicamente de manera subsidiaria.

b) Sin embargo, la LGSC contiene un mensaje claro. Fuera de las confusiones a las que pudiera llevarnos su Título Preliminar, el legislador ha decidido cuáles son los supuestos bajo los cuales la Junta de Acreedores puede decidir el destino de su deudor y cuales, por el contrario, deben llevar necesariamente a su liquidación. En este sentido, las causales de liquidación directa constituyen un verdadero cambio de rumbo en la lógica que inspiró durante 10 años nuestro sistema concursal. Los acreedores ya no tienen más la primera opción para decidir la alternativa que consideren más eficiente para afrontar la crisis patrimonial que los afecta. Ésta es ahora una facultad residual.

c) El legislador ha entendido que la solución a "los altos costos administrativos del sistema", la "compleja estructura de los procedimientos" y la "abundante carga procesal" (que de una revisión del articulado de la LGSC son los motivos fundamentales de la reforma), no sólo pasa por sustraer del ámbito privado la decisión del

(48) Debido a que el artículo 96.2 de la LGSC, que dispone que la liquidación iniciada por la Comisión es irreversible, es una norma que restringe derechos, su interpretación debe ser restringida, no siendo posible su aplicación por analogía. En consecuencia, debe aplicarse exclusivamente a los supuestos contemplados en el artículo 96.1 de la LGSC.

(49) Opción adoptada en sistemas como el alemán, en el *Insolvenzordnung* del 05 de octubre de 1994. Un caso más cercano lo encontramos en Colombia en la Ley No. 550 del 30 de diciembre de 1999.

destino del deudor en los supuestos que ameritan la liquidación directa, sino incluso recortar los plazos con que cuentan los acreedores para adoptar tal decisión y restringir su derecho a participar en el procedimiento.

d) Por estos motivos, consideramos que el sistema concursal ha dejado de ser, fundamentalmente, un instrumento para reducir costos de transacción y se ha convertido en un sistema de eliminación de aquellos deudores que el legislador ha considerado ineficientes. Los particulares deben pensarlo dos veces antes de decidir recargar la labor de la autoridad concursal acudiendo al Procedimiento Concursal Ordinario; ante un escenario de crisis puede ser preferible intentar primero una solución extra concursal en la que mantendrán el pleno disfrute de sus facultades negociales, aunque ello

implique mayores costos de transacción, que acudir a un régimen en el cual éstas se verán restringidas. Así, si el deudor se encuentra en una situación de insolvencia (y puede llegar a ella no sólo por un mal manejo de su negocio, sino también por factores externos), pero tiene potencial de recuperación, puede ser más conveniente reunirse en privado, confiar en que los acreedores se darán una tregua y no pretenderán ejecutar su patrimonio al margen de los demás (confiar a la vez que en efecto son acreedores) y que el deudor brindará la información adecuada y respetará los términos del acuerdo al que se llegue (pues no tendrá injerencia en su negocio), que someterse a un régimen en el que (por más expeditivo que sea) la opción pueda no ser necesariamente la más conveniente para sus intereses. ☞

ESTUDIO

AURELIO GARCÍA SAYÁN

ABOGADOS

El Rosario 380, San Isidro, Lima, Perú

Teléfonos (511) 440-7341, 441-5157. Telefax (511) 440-5218, 440-6393

E-mail: postmaster@garciasayan.com.pe / Página web: www.garciasayan.com.pe