

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, Decana de América)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
UNIDAD DE POST GRADO



REVISTA JURIDICA
MAGISTRI ET DOCTORES

EL DERECHO CONCURSAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. UNA VISIÓN INTEGRAL, COHERENTE Y ÚTIL. ANÁLISIS PROCESAL DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL.

Jorge Andujar Moreno

“La naturaleza pública del concurso es, pues, evidente; pero no permite encuadrarlo en el ámbito del derecho administrativo, sino en el ámbito del derecho procesal”

“El concurso de acreedores es una institución netamente procesal”

Jaime Guasp

“ No hay duda que el Derecho Concursal es hija del Derecho Comercial “

Ricardo Beaumont

1. INTRODUCCIÓN

Hasta hace un poco más de una década el Concurso de Acreedores se enseñaba en muchas Facultades de Derecho como una disciplina jurídica a la cual se le miraba como una especie de apéndice surgido del Derecho Procesal Civil. En tal sentido sus análisis y comentarios, y propuestas legislativas se encontraban a cargo, en una significativa parte, en especialistas en esta rama del Derecho Público.

Entre éstos destaca el Dr. Toribio Alayza y Paz Soldán, quien fuera magistrado civil, catedrático de Derecho Procesal Civil y autor del libro *“ El procedimiento Civil en el Perú “*², en el cual aborda el estudio de las normas procesales, comprendiendo entre éstas el análisis sistemático de la Ley Concursal entonces vigente: La Ley Procesal de Quiebras.

A pesar de los importantes y puntuales argumentos de la tradición judicial del concurso en el Perú que se sustentará en el primer capítulo, de la doctrina extranjera y del Derecho Comparado que abordaremos en detalle en el segundo capítulo y del análisis procesal de la actual Ley Concursal en la última parte del presente trabajo, que corroboran la trascendencia del Derecho Procesal en el Derecho Concursal, quede claro que no pretendemos afirmar de modo alguno la supuesta dependencia o inferioridad del segundo respecto del primero.

Desde luego, tampoco se busca negar la autonomía del Derecho Concursal como cuerpo de doctrina con principios, reglas y normatividad propias, que en el mundo globalizado actual sumergido en crisis cíclicas ha crecido con autores de indiscutible calidad, abordándose modernamente como *“ Derecho de la crisis de la empresa “*

De hecho un importante segmento de destacados concursualistas peruanos³ derivan su especialidad del Derecho Mercantil, Derecho Comercial, o del Derecho Económico o Análisis Económico del Derecho, disciplinas con los cuales comparte diversas áreas comunes e inclusive deriva su primogenitura. En este sentido Ricardo Beaumont afirma *“ No hay duda que el Derecho Concursal es una hija del Derecho Comercial, pues es contenedora de principios y normas que atañen al comerciante, persona natural o jurídica, en estado de cesación (suspensión de pagos) de pagos y con dificultades para su reflotamiento y acceso a la economía de mercado, en condiciones competitivas “*.⁴

Sin embargo, moneda común en los últimos tiempos ha sido ocultar o negar la importancia y aún los antecedentes del Derecho Procesal en la formación y estudio del Concurso y de la Quiebra, lo cual nos

² Alayza Paz Soldán, Toribio. *“ El Procedimiento Civil en el Perú “*. Sesator. Lima. 1982 p.212-275

³ Ricardo Beaumont, Alfredo Bullard, Pinkas Flint, Ulises y Hernando Montoya Alberti, Pedro Flores Polo, Oswaldo Hundskopf, Luis Echeandía Chiappe, José Palma Navea, Huáscar Ezcurrea, Blume Fortini.

⁴ Beaumont Callirgos, Ricardo. *Derecho Comercial y Reestructuración Empresarial*. Ed. Alternativas. Lima. 1994. p.14

parece una seria mutilación de una óptica válida y sugestiva que exhibe de hecho legítimos títulos, antiguos y modernos, para tal propósito.

No obviemos que las relaciones entre ambas materias jurídicas se presentan, las más de las veces, muy estrechas. En esta línea, por ejemplo, De la Oliva define al Derecho Concursal en términos procesales: como una disciplina jurídica “*jurisdiccionalmente encausada y controlada*” .

Como se observa, a pesar de sus grandes aciertos conceptuales, no hemos adoptado la posición quizás extrema del catedrático de Derecho Procesal Civil de la Universidad Complutense de Madrid Jaime Guasp, quien con firmeza y convincente argumentación defiende la exclusiva naturaleza procesal del Derecho Concursal, resaltando sus características de colectivo y universal. Este destacado procesalista español afirma: “*La naturaleza pública del concurso es, pues, evidente, pero no permite encuadrarlo en el ámbito del Derecho Administrativo, sino en el ámbito del Derecho Procesal, ya que en él la posición del Juez o Tribunal es la misma que puede encontrarse en cualquier otro proceso, con la particularidad de que su decisión consiste en un hacer distributivo, que es lo que singulariza a este tipo de ejecución general*” .⁵

En síntesis, lo que se pretende con el presente ensayo consiste en relieves la real dimensión de la fuente procesal en la conformación, desarrollo y análisis del Derecho Concursal y de su normatividad, que ha tenido – y tiene aún - una antigua y sólida raíz. Verlo desde otra perspectiva válida, legítima y además sugestiva para comprenderla mejor, y acaso reformarla. No más. Tampoco menos.

2.- DE LAS ESTRECHAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y EL DERECHO CONCURSAL.-

La doctrina nacional coincide en forma unánime en iniciar el estudio de los antecedentes del sistema concursal en el Perú a partir de la promulgación del Código de Comercio de 1902 o desde la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912. Empero, lo cierto es que el concurso y la quiebra tienen raíces legislativas y doctrinarias mucho más antiguas y ricas que las hasta aquí fijadas en sede nacional.⁶

2.1 El Concurso en el Ordenamiento Procesal Peruano: Una Vasta y Antigua Historia.-

En efecto, mucho tiempo antes que en el Perú independiente se promulgaran los nuevos Códigos republicanos, el espíritu innovador del jurista Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada proponía en su *Proyecto de Código Civil* peruano (1834) trece escuetos artículos sobre la legislación concerniente al “*Concurso de Acreedores*” dando a conocer sus fundamentos en su correspondiente Exposición de Motivos. En este documento afirmaba “*El nombre de concurso de acreedores era el sinónimo de juicio eterno*” y que su proyecto se dirigía a tratar de desaparecer esta morosa lentitud.⁷ El procedimiento propuesto tenía naturaleza predominantemente oral y se sustanciaba ante el Juez.⁸

Dentro de esta misma línea, el primer ordenamiento procesal nacional⁹, es decir, el **Código de Enjuiciamientos en Materia Civil** de 1852, recogió en el libro segundo, sección cuarta, títulos primero, segundo y tercero, artículos 972 al 1097, normas expresas respecto a las dos clases de concurso: concurso voluntario (incluido el denominado “*de las esperas y quitas*”) y el concurso necesario.¹⁰

⁵ Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil. tomo II 4ta.ed.Madrid. 1998.p336

⁶ La historia del Derecho peruano tan rico en el campo del Derecho Civil o Penal con los trabajos de Jorge Basadre, Javier Vargas, Rafael Jaeger Requejo, Carlos Ramos, Fernando de Trazegnies y Guillermo Lohmann, entre otros, resulta sumamente parca respecto al Derecho Procesal.

⁷ Vidaurre, Manuel Lorenzo. Proyecto de Código Civil Peruano. Imprenta del Constitucional. Lima. 1834. p. 260.

⁸ Ibid. “Art.3.El Juez hace citar a todos los interesados y al deudor. Los primeros llevaran consigo los documentos de su crédito y el segundo todos sus libros: no se admitirá ningún escrito.”

⁹ No tenemos en cuenta el fugaz Código de Santa Cruz de Procedimientos Judiciales (1836) que reguló también en el Libro Segundo el Concurso de Acreedores

¹⁰ De la Lama, Miguel Antonio. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil. Lima. Imprenta y Librería Gil. 1894.p.198-212.

El estudio de estos nada menos ciento veinticinco artículos procesales-concursales resulta aleccionador por cuanto allí se ven plasmadas muchas instituciones básicas del sistema concursal actual.

En tal sentido, a guisa de simple ilustración, se establece, por ejemplo, en el art. 981 los efectos de la Declaratoria del Concurso y en el art. 985 se regula la constitución de la Junta de Acreedores, fijando como mayoría las dos terceras partes de los créditos. Asimismo, el artículo 1004 dispone que el juez en el término de doce días dicte “ *sentencia de grados y preferidos, dando a cada acreedor el lugar que le corresponda para ser pagado* “. Por su lado los arts. 1009 al 1016 fijan los criterios para los cinco órdenes de preferencia en el pago de los créditos.¹¹

Posteriormente, se derogó este cuerpo normativo procesal y se promulgó en su reemplazo el **Código de Procedimientos Civiles**, vigente desde 1912. Este nuevo ordenamiento procesal contenía en los títulos IX, X y XI de la sección segunda, artículos 765 al 934, expresas normas sobre el Juicio de Concurso, la Suspensión de Pagos y sobre la Quiebra, respectivamente.

Comentando esta profusa normatividad legal de ciento sesenta y nueve artículos el jurista Juan José Calle apuntaba que el primer título se caracterizaba por dos notas características: **la universalidad y la unidad**. Por el primero se recoge, en realidad, lo que hoy se conoce ampliamente como el Principio de Colectividad.¹² En cuanto al segundo título, siguiendo al mismo destacado comentarista, se reglamentaba la Suspensión de Pagos para deudores comerciantes conforme a las normas del Código de Comercio (1902) vigente entonces, el mismo que se sustanciaba ante el Juez.¹³ Asimismo, en el tercer y último título no se hacía sino precisar y complementar las normas procesales ya contenidas en el Código de Comercio respecto al Juicio de Quiebra.¹⁴

2.2. La Quiebra: Una Sana Convivencia Entre El Ordenamiento Comercial Y Procesal.-

Del mismo modo, en el campo del Derecho sustantivo la dirección e inspiración procesal se mantuvo incólume. Así el **Código de Comercio de 1853**, copia del Código de Comercio español de 1829,¹⁵ se ocupaba en el libro cuarto, arts. 1053 al 1233, sobre las quiebras y de manera especial del juicio derivado de éste denominado “*Juicio de quiebra*“, el cual no se hallaba regulado por el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852 que sólo se refería al concurso.

El Código de Comercio en los nada menos que ciento ochenta artículos sobre materia concursal contenía normas específicas sobre las cinco clases de quiebras,¹⁶ sobre reconocimiento de créditos, de la graduación y pago de los acreedores, convenio entre acreedores y quebrado, y respecto de las condiciones para su rehabilitación.¹⁷

Su sustituto el Código de Comercio de 1902 incorporó en su Libro Cuarto, sección primera, expresas disposiciones sobre “*la suspensión de pagos y las quiebras*“, las cuales, como quedó expresado, contenían muchas regulaciones de orden procesal que se perfeccionaron por la Ley de Quiebras promulgada simultáneamente y posteriormente mediante el Código de Procedimientos Civiles.

¹¹ El Código de Enjuiciamientos de 1852 los clasificaba del modo siguiente: De primera clase: Los gastos de entierro, enfermedad, subsistencia, del concurso, judiciales, pago de salarios e impuestos. De segunda clase: Acreedores con hipoteca legal. De tercera clase: Acreedores con hipoteca convencional o judicial. De cuarta clase: Acreedores personales. De la quinta clase: Acreedores sin hipoteca, ni privilegio alguno.

¹² Calle, Juan José. Código de Procedimientos Civiles. Exposición, notas, concordancias y un índice alfabético. Lima, Tipografía de El Lucero. Lima. 1919.p 409

¹³ EL CPC de 1912 en su art.900 decía que el comerciante que quiera constituirse en estado de suspensión de pagos se presentará al juez y acompañará los documentos sustentatorios.

¹⁴ *ibid.* p.493

¹⁵ Basadre, Jorge. Historia de la Cámara de Comercio de Lima. Lima, 1963. p.51

¹⁶ El C de Comercio de 1853 distinguía en su art.1054 cinco clases de quiebras: 1.Suspensión de pagos. 2.Insolventia fortuita.3.Insolventia culpable.4.Insolventia fraudulenta.5.Alzamiento

¹⁷ Código de Comercio. Imprenta del Gobierno. Lima 1853. p 199-240

Este esquema judicial del concurso y de la quiebra se conservó cuando el 2 de septiembre de 1932, tomando como modelo su similar chilena, se promulgó la Ley 7566 - **Ley Procesal de Quiebras** – que derogó las normas pertinentes del Código de Comercio de 1902 y del Código de Procedimientos Civiles unificando el tratamiento legal del deudor, sea o no comerciante.

En este sentido, el artículo 5 de la indicada ley, por ejemplo, disponía expresamente que el Juicio de Quiebra que se inicie bajo su amparo debía sustanciarse de acuerdo con las normas procesales del Juicio de Mayor Cuantía u Ordinario, el cual se encontraba a cargo del Juez civil competente quien era, según precisaba Flores Polo “ *el juez del lugar donde el deudor tiene el centro principal de sus negocios* “. ¹⁸

En conclusión, como nota característica común de todos los cuerpos normativos reseñados - procesales o sustantivos -, debemos resaltar que en todos ellos la ley peruana recogió un diseño legal de lo que hoy conocemos como Derecho Concursal enmarcado dentro de un proceso judicial de naturaleza civil, a cargo de un Juez, e inmerso en el esquema normativo-doctrinario del Derecho Procesal Civil.

2.3. Cambiando De Rumbo: Desjudicialización Y No Desprocesalización.-

Este diseño judicial se mantuvo más o menos inalterable hasta la dación de la Ley 26116 - *Ley de Reestructuración Empresarial* - (1992), en adelante LRE, la cual hizo un giro radical de 180 grados en el sistema concursal. Se extrajo al concurso de acreedores del esquema tradicional del proceso judicial, atribuyéndole la naturaleza esencial de un procedimiento administrativo a cargo de una entidad especializada como el INDECOPI - Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - .

Inclusive, por mandato de la propia ley esta competencia no la tiene exclusivamente esta entidad administrativa, sino que puede ser ejercida en forma originaria también por otras instituciones públicas y privadas que el Directorio del INDECOPI designe mediante “*Convenio de habilitación de competencia temporal* “. ¹⁹ Hasta la fecha se han suscrito convenios con nueve entidades como el Colegio de Contadores, Universidad Católica, Universidad de Lima, Universidad de Piura, ESAN, Cámara de Comercio, etc.

Como se observa, entre otros cambios importantes, la LRE desjudicializó (atención que no decimos desprocesalizó) o si se quiere “ *privatizó* “ el sistema tradicional en materia concursal, cuyo diseño venía inalterable y continuo desde 1852, es decir, a lo largo de ciento cuarenta años. De la competencia del Juez Civil, propio del campo del Derecho Procesal, se pasó al campo administrativo, perteneciente al Derecho Administrativo. De un proceso judicial se mudó a un procedimiento administrativo. ²⁰

3.- LA CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS CIVILES Y EL PROCESO CONCURSAL

La doctrina se presenta muy amplia en cuanto a las diversas formas de clasificar el proceso. A guisa de simple ejemplo Vescovi la divide en siete criterios clasificatorios ²¹ y Monroy opta efectuarla en dos. Frente a este panorama tomamos de un modo amplio los cuatro criterios divisorios, esbozados por el maestro Carnelutti, ²² los cuales reseñamos:

3.1. De Acuerdo A Su Función.-

¹⁸ Flores Polo, Pedro. Código de Comercio. Comentarios. Concordancias. Jurisprudencia. Ed.Valenzuela.2da. ed. 1980. p 645

¹⁹ En la Ley de Reestructuración Patrimonial se hacía referencia a “ *delegación* “ de competencia, lo cual desde el punto de vista procesal no era correcto.

²⁰ Crf. Monroy, Juan. Introducción al Proceso Civil. Bogotá. Temis. 1997.p.132-136 explica la “*diferencia e importancia histórica entre procedimiento y proceso*” .

²¹ Vescovi, Enrique. Teoría General del proceso. Ed.Temis. Bogota. 1984.p.112-113

²² Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentís Melendo. Ed. Jurídicas Europa-América. Vol.I. Buenos Aires. p.23

Confome apunta Monroy “ *tomando en cuenta el propósito o la naturaleza de la satisfacción jurídica que se persigue con su uso – que es el sentido en el que utilizamos la palabra función – podemos encontrar tres tipos de procesos: Declarativo o de conocimiento, de ejecución y cautelar.* “²³

En nuestro ordenamiento procesal constituyen categorías del primer tipo los procesos de conocimiento, abreviado y sumarísimo; del segundo los procesos ejecutivos, de ejecución y ejecución de resoluciones judiciales.

3.2. De acuerdo a su estructura.-

Según los poderes y facultades se encuentren depositadas en las partes litigantes o en el Juez. En este sentido puede ser proceso **privatístico** o **publicístico**. En el primero la litis se observa como un asunto privado en cuya resolución el juez no debe intervenir y su actuación deviene muy limitada. En el último existe un conflicto cuya resolución importa el interés colectivo más allá de las partes. En ésta se plasma la concepción del Juez como director del proceso. Monroy apunta que “*consiste en el ejercicio de la autoridad razonada y reflexiva del juez en la actividad procesal* “²⁴

3.3. Procesos de jurisdicción contenciosa y Jurisdicción voluntaria.-

De acuerdo a que si en el proceso el juez resuelve un conflicto de intereses con relevancia jurídica o actúa simplemente como entidad administrativa en un asunto carente de litis o de contienda, en el cual como anota Véscovi “ *el juez no decide un conflicto. Se trata de un funcionario público que controla, verifica, autentica, pero no está frente a un litigio, a una controversia, a una pretensión insatisfecha de una parte frente a otra* “²⁵

3.4. Procesos Singulares y Procesos Universales.-

Esta división resulta finalmente la que mas interesa para el presente análisis. La doctrina procesal los ha clasificado desde antiguo. Carnelutti²⁶, por ejemplo, los divide en procesos singulares y colectivos, entendiéndolos cuando opera una serie indeterminada de conflictos similares o litis de categoría y aquellos cuando estamos ante un conflicto determinado.

La clasificación opera, según José Ovalle Favela de acuerdo al contenido patrimonial. Serán singulares “ *cuando versan sobre uno o más derechos o bienes determinados y universales cuando comprenden la totalidad del patrimonio de una persona* “²⁷

El mismo autor mexicano precisa que “ *los juicios universales son los de concurso que tienen por objeto el reconocimiento de las deudas de una persona no comerciante que haya sido declarada insolvente y la liquidación de dichas deudas con el patrimonio del concursado* ... “²⁸

Su finalidad consiste en distribuir y atribuir los diferentes bienes que integran el patrimonio de una persona y que sean susceptibles de enajenarse, entre aquellos que conforme a la ley tengan derecho a ellos, como pueden ser los acreedores o herederos.

De lo expuesto se colige que los procesos concursales constituyen un tipo de procesos colectivos y universales diseñados expresamente por la doctrina procesal. Debe tenerse presente que entre los principios rectores del sistema concursal peruano se encuentran, precisamente, el Principio de Colectividad y el de Universalidad.

3.4.1. Los procesos concursales se rigen por el Principio de Colectividad

²³ Monroy, Juan. Introducción al proceso civil. Tomo I. Temis. Bogotá. 1197. p.136

²⁴ Monroy. o.c.142

²⁵ ibid.128

²⁶ Carnelutti, Francesco.o.c.p 91.

²⁷ Ovalle Favela, José . Derecho Procesal Civil. “. Ed. Harla México.. 1985 p.42-43.

²⁸ Ibid p.43

El sistema concursal se direcciona a lograr la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores mirados en su conjunto y no en interés individual de cada acreedor. Como apunta Tonon “ *Es por eso que es un proceso colectivo, porque se desarrolla en beneficio no de uno o de determinados acreedores sino de la totalidad de ellos* “²⁹

Este principio se encuentra expresamente recogido en el artículo V del Título Preliminar de la LGSC bajo los siguientes términos:

“ *Colectividad. Los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor* “

3.4.2. Los procesos concursales se rigen por el Principio de la Universalidad

Los procesos concursales tienen como objetivo la distribución y atribución de la integridad del patrimonio universal del concursado entre sus diversos acreedores, en forma ordenada y con la prelación y garantías que la ley determina. En tal sentido todo el patrimonio concursado queda afectado para satisfacer los créditos de los acreedores, con las excepciones previstas en la ley, como el caso de los bienes inembargables de personas naturales.

La LGSC en su artículo IV del Título Preliminar recoge esta característica principal en forma expresa:

“ *Universalidad: Los procedimientos concursales producen sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, con las excepciones establecidas expresamente por la ley* “

4. EL CONCURSO EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL COMPARADO.

Efectuemos un escueto recorrido por algunos ordenamientos procesales para indagar la ubicación sistemática del Concurso de Acreedores, así como hallar ante que autoridad – administrativa o judicial - se encuentra depositada su sustanciación y destino final.

Argentina

El “ *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires* “ (1969), recoge en su Libro Quinto los denominados “ *Procesos Universales* “ entre los cuales reconoce *expresamente al Concurso Civil*³⁰ y al *Proceso Sucesorio*.

Por su parte el “ *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* “, a pesar de su nombre vigente sólo en la capital de Buenos Aires, por cuanto debido a la estructura política Federal del país cada provincia (23) tiene su propio Código Procesal, recoge también en el Libro Quinto a los Procesos Universales, aunque reconoce solamente entre éstos al *Proceso Sucesorio*.³¹

El marco legal concursal se encuentra regido por la Ley 24.522 – *Ley de Concursos y Quiebras* - el cual regula dos procedimientos: - El Acuerdo Preventivo Extrajudicial y el Concurso Preventivo - que se sustancian ante el órgano jurisdiccional.

En efecto, su naturaleza judicial resulta evidente. Como apunta García Martínez: “ *La intervención del juez, desde que se inicia el proceso hasta que finaliza, es fundamental. Las funciones de director, impulsor, controlador e investigador que posee el juez, están esparcidas en todo el articulado de la ley*.”³²

²⁹ Tonón, Antonio. Derecho Concursal. Instituciones generales. Depalma, Buenos Aires, 1992 p.27

³⁰ CPC y C Provincia de Buenos Aires: Libro Quinto. Título I. Concurso Civil Cap I. Normas Generales. Cap. II. Verificación y graduación de créditos. Cap. III Liquidación y distribución Cap. IV. Rehabilitación y beneficio de competencia. (arts. 691 al 723).

³¹ CPC y C de la Nación Argentina. arts. 689 al 735. Sucesión ab intestato, sucesión testamentaria, herencia vacante, entre otros.

³² García Martínez, Roberto. Derecho Concursal. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1997. p 665

Inclusive la jurisprudencia argentina ha construido el fundamento jurídico de la intervención judicial en el concurso en los siguientes términos :

“ La tutela judicial tiene su razón en el interés mediato de la sociedad, debiendo intervenir en el procedimiento para asegurar, entre otros, el principio fundamental de **la par conditio creditorum** y hacer efectivas las sanciones en el caso de dolo “³³

4.2. México

Como República Federativa coexisten 33 códigos procesales, uno por cada Estado (31) más dos. Entre éstos el de mayor importancia y que les sirve de modelos a los otros y al cual nos referimos en este análisis: el *Código de Procedimientos del Distrito Federal* (CPDF).

Siguiendo su modelo La Ley de Enjuiciamientos Civil española de 1855, el CPDF divide los procesos civiles en cuanto a sus funciones (Proceso de Conocimiento, De ejecución y Cautelares) y traza también la diferencia entre procesos singulares y procesos universales, comprendiendo expresamente entre estos últimos a los procesos concursales.

El concurso mexicano, entonces, se halla legislado en el ordenamiento procesal civil, lo cual ha llevado a que su estudio se encuentre a cargo de procesalistas especialistas en esta disciplina jurídica.

4.3. España

Por la disposición derogatoria única contenida en la Ley de Enjuiciamientos Civil, aprobada mediante Ley 1/2000 del 07 de enero del 2000, se ha establecido que quedarán en vigor hasta que entre en vigencia la nueva Ley Concursal, las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 recogidas en el título XII “*Del concurso de acreedores*”. En tal sentido, las normas concursales previstas en ordenamiento procesal continúan aún vigentes.

Como apunta Jaime Guasp, quien estudia los procesos concursarios en su país bajo la denominación de “*Procesos Universales*”, el proceso español está dividido en dos figuras elementales: El Concurso de Acreedores y la de la quiebra.³⁴ Asimismo establece un proceso previo de eliminación para el concurso civil denominado “*La Quita y Espera*”³⁵ que tiene ciertas semejanzas al procedimiento concursal preventivo peruano, pero como los anteriores, en sede judicial³⁶. En éste “*el deudor intenta conseguir de los acreedores : o una rebaja , es decir, una quita, o un aplazamiento, es decir, una espera, de los créditos, o una y otra cosa a la vez*”.

Jaime Guasp culmina sosteniendo que el Concurso de Acreedores, de la Quiebra y de la Quita y Espera constituyen verdaderos procesos judiciales. Al primero lo define como un proceso de ejecución general, al segundo como un proceso de cognición.³⁷

4.4. Francia

Se encuentra regulada por la Ley No. 84-148 – *Ley sobre Prevención y Convenio Amistoso en caso de Dificultades de las Empresas* – del 1 de marzo de 1984, por la Ley No. 85-98 – *Ley de Saneamiento y Liquidación Judicial de Empresas* - del 25 de enero de 1985 y por la Ley No. 94-475 – *Ley sobre Prevención y Tratamiento de Dificultades de las Empresas*- del 10 de junio de 1994.

³³ Conf. Civil y Com. Villa María.24-VIII-1979.J:A. 1980-II, pag.111 ibid. p. 666

³⁴ Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil. Ed. Civitas. Madrid. 1998. 4ta. Ed.1998. p.323.

³⁵ Nótese que es el mismo nombre utilizado en el Código de enjuiciamientos civiles de 1852.Crf.cap.I

³⁶ LEC española.Título XII Del Concurso de Acreedores. art.1130. Todo deudor que no sea comerciante, antes de presentarse en concurso, podrá solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera o cualquiera de las dos cosas..” .

³⁷ ibid.p,324, 336 y 426

Conforme lo apunta Pinkas Flint “ *El sistema concursal francés es judicial. En los procedimientos concursales previstos en la legislación francesa, el acuerdo amigable o “ reglement amiable “, el saneamiento o “ redressement “ y las liquidaciones judiciales son iniciados y tramitados ante el Tribunal de Comercio o su Presidente, de ser el caso. En Francia es un oficial designado por la autoridad judicial el encargado de dirigir la reorganización empresarial* “³⁸

Respecto a la antigüedad del sistema en Francia, sobre el nombramiento de liquidador, Junta de Acreedores, procedimiento de liquidación, etc, remitimos al lector interesado a una liquidación patrimonial a inicios del s.XIX magníficamente descrita por Honoré de Balzac.³⁹

4.5. Inglaterra

El sistema concursal se regula por la *Insoveny Act of 1986* y se sustancian ante el órgano jurisdiccional. . “*Los procedimientos concursales en el sistema inglés – el receivership administrativo, la administración controlada, la liquidación y los acuerdos voluntarios entre los acreedores- se tramitan ante la autoridad judicial* “. ⁴⁰

4.6. Otros. (Venezuela, Ecuador, EEUU y Alemania).-

El *Código de Procedimiento Civil de Venezuela* (1990) recoge la institución del Concurso de Acreedores como un procedimiento especial contencioso, dividiéndola en dos: la Cesión de Bienes y el Concurso Necesario⁴¹. Por su parte, el *Código de Procedimiento Civil de Ecuador* (1987) lo recoge también como proceso especial, cuya decisión se encuentra también a cargo del juez civil.⁴²

Asimismo, si pasamos revisión a la legislación de los Estados Unidos de América contenida en el *Bankruptcy Code*, la de Alemania contenidas en la Ley de Quiebras de 1879 (*Konkursordnung*), la Ley del Convenio Extrajudicial (*Vergleichsordnung*) y la Ordenanza del 5 de octubre de 1994 (*Insolvenzordnung*), se podrá advertir, de forma similar a los ordenamientos procesales reseñados, que se mantiene la tendencia predominante de que la sustanciación y destino final del concurso se encuentran depositadas no en autoridad administrativa, sino ante el órgano jurisdiccional.⁴³

5. ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL (LEY 27809).-

5.1. Título Preliminar

En la Exposición de Motivos del proyecto de Ley 3155 ⁴⁴ se afirma: “ *Es la primera vez que una norma concursal diseña un Título Preliminar* “. Empero, la Ley Procesal de Quiebras de 1932 contaba también con un Título Preliminar conformado por siete artículos. Entre éstos se recogía, por ejemplo, el Principio de Indivisibilidad, fundamental en el Derecho Concursal actual.

No analizaremos la filosofía que debe cumplir un título preliminar y menos aún su carácter originario de respuesta concreta a una determinada situación histórica, tarea que escapa al propósito del presente ensayo. Sólo diremos que constituye en la actualidad un atributo propio de leyes marco y se dirige a recoger sus principios básicos, la orientación general y las directrices principales que se busca establecer en su

³⁸ Flint Blanck, Pinkas. Tratado de Derecho Concursal. Grigley.Lima. 2002. Vol I. p.164

³⁹ Balzac, Honoré. Eugenia Grandet. Cap.IV

⁴⁰ ibid p.168

⁴¹ CPC de Venezuela. Libro IV. De los Procedimientos Especiales. Parte Primera.De los Procedimientos Especiales contenciosos. Título VI. Del Concurso de Acreedores. (art.789 al 812)

⁴² CPC de Ecuador. Libro Segundo. Del Enjuiciamiento Civil. Título II. De la sustanciación de los juicios., Sección 4ta. Del Concurso de Acreedores. Esta sección se refiere en capítulos independientes a la cesión de bienes, de la insolvencia, de la calificación de créditos, del convenio, de la nulidad y de la resolución del convenio y de la rehabilitación.(arts.518 al 613.

⁴³ Crf. O.c. Pinkas Flint

⁴⁴ <http://200.37.159.7/paracas/TextoProyectos2001.nsf/752e45512942bb1b052567>.

normatividad. En el presente caso señalando claramente sus objetivos, principios y el rol que le corresponde a los particulares y al Estado dentro de los procedimientos concursales.

En los últimos tiempos se ha extendido su uso, acaso en demasía. Poseen una el Código Civil, la Ley de Títulos Valores, el Código Penal, La Ley del Proceso Contencioso Administrativo, el Código Procesal Civil y Ley del Procedimiento Administrativo General. En forma singular la mayoría de Títulos Preliminares están compuestos cada una de ellos cabalísticamente de diez artículos.⁴⁵ Debe advertirse que conforme a la primera disposición complementaria de la LGSC estos dos últimos cuerpos de leyes, conjuntamente con la Ley General de Sociedades, regulan supletoriamente el sistema concursal.

5.2. La Protección del Crédito.-

El objetivo principal del Derecho Concursal se encuentra dividido. Empero, la mayor parte de la doctrina estima que se dirige en primer lugar a la protección del crédito. Establecen, como en la Exposición de Motivos del Proyecto, que constituye “*el eje central y finalidad básica del sistema concursal*”.⁴⁶ Añade que mediante esta protección “*se genera un sistema efectivo de cobro, lo que hace que el costo del crédito sea menor, es decir, más barato, lo cual es beneficioso no sólo para los acreedores que buscan la recuperación efectiva de sus créditos, sino también para la mayoría de empresas que requieren de capital de trabajo para poder funcionar adecuadamente*”.⁴⁷

La actual ley en su artículo I del Título Preliminar recoge este objetivo, pero conjuntamente con otros dos propósitos: la permanencia de la unidad productiva y la protección del patrimonio de la empresa. Sin embargo la interrogante que planteamos: ¿Es el único mecanismo de defensa del crédito? Desde luego que no. En sede judicial muchos procesos se encuentran expresamente diseñados para proteger determinados derechos sustantivos. De allí que se considera (un tanto arcaicamente), al proceso como el derecho sustantivo en “*pie de guerra*”. Veamos algunos ejemplos:

El Derecho de Propiedad se defiende con la acción reivindicatoria. El hecho de la posesión con los juicios posesorios o interdictos. El Derecho de posesión con la acción publiciana. El Derecho al crédito se defiende con los procesos ejecutivos, en tanto muchos títulos ejecutivos constituyen indudables y antiguos instrumentos de crédito, como las letras de cambio o el pagaré.

En atención a ello la doctrina española ha establecido que la defensa del tráfico jurídico y del derecho de crédito como la “*razón histórica*” de la regulación a lo largo de los siglos del proceso ejecutivo, del juicio cambiario y del proceso monitorio.⁴⁸ En esta línea de pensamiento la ley procesal ofrece al acreedor distintos procesos especiales para que pueda proteger y satisfacer su derecho de crédito

Conforme apunta Cortés Domínguez: “*No cabe duda que en una economía como la nuestra enraizada en las reglas del mercado se necesita, desde el punto de vista procesal, mecanismos jurisdiccionales que vayan más allá de los simples procedimientos declarativos ordinarios, pues no se trata solo de proteger el derecho violado, en este caso el derecho de crédito, sino, fundamentalmente de potenciar los negocios jurídicos que dan lugar al derecho de crédito, todo ello mediante la oferta al acreedor de mecanismos procesales que, al mismo tiempo, sean decisivamente coactivos para el deudor, capaces de otorgar la tutela efectiva al acreedor a través de un remedio procesal que debe tener características especiales que potencien el crédito en el tráfico jurídico*”.⁴⁹

Como se observa el proceso ejecutivo, el cambiario y monitorio – todos en sede judicial - participan del mismo objetivo principal del Derecho Concursal: La Defensa del Crédito.

⁴⁵ El CC de 1936 y 1984, La Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, el Código Procesal Civil, el Reglamento Gral. de RRPP cuentan con un TP de 10 artículos.

⁴⁶ Exposición de Motivos cit..

⁴⁷ ibid. P.

⁴⁸ En el Perú sólo existe el Proceso Ejecutivo que comprende el proceso cambiario español y el proceso de ejecución de garantías.

⁴⁹ Cortés Domínguez, Valentín. y otros. Derecho Procesal Civil Parte Especial. 2d. Ed. 2000 Madrid. 2000. p 69-70

5.3. Principio de conducta procesal:

La LGSC recoge en su artículo VIII del TP exactamente el mismo Principio Procesal consignado en el artículo IV del TP del Código Procesal Civil. Es casi una reproducción literal del segundo párrafo de la norma indicada en cuanto lo que se protege son los deberes de *“veracidad, probidad, lealtad y buena fe”*, al cual se deben someterse todos los sujetos del procedimiento concursal, sus representantes y sus abogados.

Esta influencia de orden procesal puede advertirse del hecho que no existe norma de igual intensidad y alcances en sede administrativa. En tal sentido el Principio de Conducta Procedimental, recogido en el artículo IV del TP de la Ley del Procedimiento Administrativo General, sólo hace referencia sólo al *“respeto mutuo, colaboración y buena fe”* y no tiene los alcances de aquella.

Constituye en lo fundamental un principio ético procesal o en expresión de Vescovi *“La regla moral en el proceso”*⁸⁰ que se recoge en muchos ordenamientos procesales modernos⁸¹ y ha sido tratado con amplitud en la doctrina. Existe consenso en la defensa de los principios mencionados, salvo el de veracidad que plantea problemas particulares. Al respecto, Silveira afirma que *“En el terreno procesal ciertas mentiras y no todas las mentiras son ilícitas”*⁸²

Es un principio de ética que siempre debería reinar en todos los procedimientos, sin necesidad alguna de consignarlos en la ley. El procesalista Devis Echeandía cuando incorporó este principio al Código Procesal Colombiano lo llamó *el “ave fenix”* porque a su entender lo resucitaba de sus cenizas⁸³.

Esta norma de orden ético y moral no debe quedar en una simple declaración simbólica. Debe contar con mecanismos coercitivos para que el Juez sancione las conductas dilatorias, temerarias y la poca cooperación en las que incurran los sujetos en el proceso.

Como señala Monroy a efectos de que no se queden en el simple plano especulativo se *“ha incorporado un sistema de sanciones que aseguran la vigencia real del Principio. Este sistema abarca tanto la sanción pecuniaria (multa), como la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados (el caso del artículo 4 por ejemplo) y también la afectación de la situación procesal del litigante malicioso llamado también improbus litigator.”*⁸⁴

Asimismo, podríamos añadir que el Juez nacional goza de facultades especiales de imponer sanciones de orden pecuniario como las astreintes, y aún las coercitivas personales, como la prisión civil, reguladas en el artículo 53, inciso 2, del CPC.

En el plano del procedimiento concursal el INDECOPI no tiene la posibilidad de sancionar a la persona - facultad exclusiva que deriva de la función jurisdiccional -, pero sí puede imponer multas coercitivas desde 1 hasta 100 UIT, que conforme a lo dispuesto por 127 de la LGSC se gradúan de acuerdo a los criterios de intencionalidad, perjuicio causado o las circunstancias agravantes o atenuantes en la comisión de la infracción y la reincidencia.

La “Postulación” Del Procedimiento Concursal .-

⁸⁰ Vescovi, Enrique. Teoría general del Proceso. . Temis. Bogotá. 1984 p.64

⁸¹ CPC Venezuela.(1990).Artículo 17.- El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a solucionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes. CPG de Uruguay. (1989) Artículo 5°. Buena Fe y lealtad procesal.- Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respecto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria. La LEC española (2001) no la incorpora. Tampoco la de Chile y Ecuador (1987).

⁸² Silveira, Alipio. “La buena fe en el proceso civil “. En: Revista de Derecho Procesal. EDIAR. Soc. Abnon. Ed. Bs

⁸³ Art.71 y 72 del CPC de Colombia modificado por Decreto 2282 de 1989.

⁸⁴ Monroy Galvez, Juan. En: Documentos de lectura: Código Procesal Civil. Poder Judicial Consejo ejecutivo.Lima. 1993. p.25

Por primera vez una ley concursal recoge el término “*postulación*” para identificar a la primera fase del procedimiento concursal ordinario, la cual pertenece desde antiguo al campo del Derecho Procesal y que conforme a doctrina pacífica constituye la primera etapa del proceso declarativo (proceso de conocimiento, abreviado y sumarísimo). Esta etapa conforme lo apunta Alzamora Valdés “*tiene por objeto fijar los términos de la controversia y ordenar los momentos siguientes del proceso. En esta etapa, las partes exponen y fundamentan sus pretensiones*”⁸⁵

Dentro de este concepto el artículo 23 y siguientes de la LGSC regulan los requisitos, condiciones y causales necesarias para iniciar el procedimiento concursal ordinario, a instancia del propio deudor o a solicitud de sus acreedores, así como de la oposición del deudor emplazado respecto a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos hasta la fase de la difusión (publicación) del procedimiento

Como se observa la etapa postulatoria en sede concursal cumple funciones similares al de orden procesal en cuanto conforme apunta Monroy Gálvez es el momento “*donde las partes proponen su pretensión y su defensa respectivamente*”⁸⁶ permitiendo esclarecer y definir las posiciones y fundamentos de los sujetos involucrados en el procedimiento.

5.5.- Notificación por Nota .

La ley concursal recoge como novedad en su artículo 38.4⁸⁷ que en la fase del reconocimiento de créditos y luego del apersonamiento de los interesados, la Secretaría Técnica publicará un aviso en el local de la comisión con un resumen detallado de los nombres de los acreedores, montos en capital, intereses, gastos y orden de preferencia, y a partir de allí se computa el plazo de cinco días para la oposición que pudieran plantear otros acreedores.

Este mecanismo constituye un tipo especial de notificación que tiene nombre propio en sede judicial y al cual se le denomina “*Notificación por Nota*”. Se tomó del Código Procesal Civil y Comercial argentino y⁸⁸ se incorporó por vez primera en el artículo 156 del Código Procesal Civil peruano. “*También llamada notificación por ministerio de ley, notificación automática o ficta ...se basa en la presunción iuris et de iure de que las partes toman conocimiento de las resoluciones judiciales mediante su comparecencia personal en la secretaría los días martes y jueves o el siguiente hábil, si alguno de ellos fuere inhábil*”.⁸⁹

Este tipo de notificaciones originaron muchos problemas, arbitrariedades y nulidades, al transgredir muchas veces el derecho a la defensa al dar por notificadas las resoluciones en la sede del Juzgado no obstante que éstas nunca se verificaban. Por esta razón el sistema procesal nacional derogó definitivamente este mecanismo de notificación mediante Ley 27524 del 6 de octubre del 2001.

La Ley Concursal ha tomado esta experiencia de orden procesal, aunque a diferencia de ésta en la cual constituía el mecanismo ordinario de las notificaciones, se le reduce solamente al caso referido. No obstante ello, frente a estos antecedentes, la pregunta irremediable que surge será ¿ Tendrá los mismos resultados negativos en sede concursal ? .

5.6 . Estructura Procesal De “*Procedimiento Ordinario*” Y “*Preventivo*” .-

La LGSC recoge el procedimiento ordinario como procedimiento típico, general y común, o columna principal concursal, y de otro lado el procedimiento concursal preventivo. El artículo 113 de la Ley establece que en todo lo no previsto en éste será de aplicación complementaria las disposiciones que aquél.

⁸⁵ Alzamora Valdez, Mario. Derecho Procesal Civil . Teoría del Proceso ordinario. 2da.ed. UNMSM. Lima.1968. p. 11

⁸⁶ Monroy, Juan. Introducción al proceso civil. Temis.p.106

⁸⁷ art. .38.4. En un plazo no mayor de cinco días al vencimiento del plazo referido en el segundo párrafo del presente

⁸⁸ Art.133 del Código Procesal Civil tanto de la capital como de la Provincia de Buenos Aires.

⁸⁹ Hernández Lozano, Carlos y otro Código Procesal Civil.Ed.Jurídicas Lima. 1996. p540-541

En el proceso civil existe desde antiguo una estructura similar. El Proceso de Conocimiento u ordinario se concibe como un proceso general o común que rige como marco para todos aquellos procesos especiales que no tengan regulación propia. Ante eventuales vacíos o deficiencias que se pudieran hallar en la sustanciación de un proceso especial o abreviado, por ejemplo, se rigen en forma supletoria por las normas del proceso ordinario. Esta es una característica específica apuntada por Alzamora Valdés para el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 y que algunos autores como Idrogo Delgado anotan que opera también en el Código Procesal vigente.⁹⁰

Este esquema brinda orden y estabilidad a la normatividad procedimental estableciendo la forma ordenada de llenar los eventuales vacíos que siempre se suscitan en su aplicación.

5.7. Medios Impugnatorios.

- a) La LGSC recoge en el artículo 115.1 los dos recursos impugnativos clásicos del procedimiento administrativo: Recurso de Reconsideración y de Apelación. Asimismo, incorpora como novedad en el artículo 117⁹¹, dentro de la tendencia marcada desde el artículo 104 de la Ley de Procedimientos Administrativos,⁹² el principio de que la interposición de cualquiera de ellos no suspende la ejecución del acto impugnado (sin efectos suspensivos), salvo que por excepción la autoridad competente de oficio o a pedido de parte considere razones atendibles.
- b) En sede procesal se reconoce desde antiguo este instituto como *tutela diferenciada, tutela anticipatoria o ejecución provisional de la sentencia* y aquí el principio se invierte. Opera exactamente al revés. La interposición del Recurso de Apelación suspende automáticamente la ejecución de la sentencia hasta que el juez superior o Ad Quem resuelva la controversia definitivamente. Inclusive la interposición del Recurso de Casación (no obstante que esta última no activa necesariamente otra instancia), tiene automáticamente el efecto suspensivo de la sentencia impugnada, conforme lo prevé el artículo 393 del Código Procesal Civil.

En sede casatoria se pretendió modificar sus efectos suspensivos para los procesos de desalojo e interdictos y se redactó y debatió al propósito el Proyecto de Ley No.2397-96/CR⁹³ que finalmente se desestimó, entre otras razones, por el peso de la tradición nacional de suspender la ejecución de las sentencias por la sola interposición de un Recurso impugnatorio.

- c) La tutela anticipatoria o ejecución provisional del fallo tiene su consagración legislativa en un tiempo bastante lejano: el Código de Procedimientos de Napoleón (1807) y desde allí se incorporó en la Ley de Enjuiciamientos Civil española de 1881, en el Código Procesal Italiano de 1942, llegando a nuestro Código Procesal Civil,⁹⁴ los cuales la admitieron como figura residual para determinados casos. Sin embargo, a partir de la modificatoria del artículo 282 del Código italiano, mediante la Ley 353 de 1990, este instituto se ha convertido en regla.⁹⁵
- d) En la experiencia uruguaya la tutela anticipatoria ha operado con la necesidad de que el vencedor en primera instancia preste una caución o garantía que pueda responder por los eventuales daños y perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución anticipada del fallo.⁹⁶ Esto también se advierte en el art.

⁹⁰ Idrogo Delgado, Teófilo. Derecho Procesal Civil. Proceso de Conocimiento. Tomo I. Marsol.Lima. 2002.p141

⁹¹ Beamont y Palma Navea. p. 425

⁹² art.104.-La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pero la autoridad a quien compete podrá resolver suspender de oficio o a instancia de parte, la ejecución de la resolución recurrida, si existen razones atendibles para ello.

⁹³ Carrión Lugo, Jorge. El Recurso de Casación en el Perú en materia civil, penal y laboral. Grigley.Lima. 1997. p 418-419

⁹⁴ Art.566 del CPC lo permite en el caso de sentencia en juicio de alimentos

⁹⁵ Monroy, Juan. La Actuación de la sentencia impugnada En: Temis Revista de Derecho No.43. Lima. 2001. p.34

⁹⁶ CP Uruguay Artículo 260.Ejecución provisional. Cuando se recurriere una sentencia definitiva de condena el vencedor podrá solicitar la ejecución provisional dentro del plazo de seis días a contar del siguiente a su notificación, prestando garantía suficiente para responder, en su caso, por todos los gastos judiciales y daños y perjuicios que pudiere ocasionar a la parte contraria

119, inciso e), de la LGSC, que exige en el caso de impugnación de acuerdos de Junta de Acreedores la autoridad concursal podrá disponer que se otorgue “ *una garantía idónea... para el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera causar la suspensión* “ .

El riesgo que existe en ejecutar anticipadamente una sentencia radica en la posibilidad que el superior revoque la sentencia y para entonces se haya consumado o ejecutado el acto en vía anticipatoria.

5.8.- Inicio Del Procedimiento Concursal Por Mandato Judicial (Artículo 703 Del Cpc-).

Constituye uno de los puntos de orden procesal más neurálgicos, discutidos y modificados en cada ley concursal, lo cual ilustra respecto de la fragilidad del modelo. Desde la promulgación del Código Procesal Civil se ha modificado hasta en cuatro oportunidades. Constituye acaso el artículo del CPC que más cambios ha sufrido hasta la fecha. Veamos el diseño de cada una.

5.8.1. La Ley 26116 – Ley de Reestructuración Empresarial/

En forma similar al CPC de 1912⁹⁷ y la Ley Procesal de Quiebras de 1932 establecía que ante el desconocimiento del actor respecto de bienes del deudor que puedan efectivizar el pago ordenado en la sentencia se le requería a éste para que en un plazo de 5 días señale bienes libres de gravamen, bajo apercibimiento de declararse la quiebra, la cual se declaraba por el Juez mediante el correspondiente Auto de Quiebra.

Como se observa la quiebra se concebía como consecuencia directa e irremediable de la situación de insuficiencia patrimonial del deudor..

5.8.2. El Decreto Legislativo No. 845 - Ley de Reestructuración Patrimonial

Esta norma establecía que luego de culminado un proceso mediante sentencia, ya sea en vía procedimental de conocimiento, abreviada, sumarísima o ejecutiva, si el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará se le requiera para que dentro del quinto día señale bienes libres de gravamen, bajo apercibimiento de presentarse solicitud de su declaración de insolvencia.

Este texto conforme lo apunta Paolo del Aguila introdujo incertidumbre en su aplicación, por cuanto dio lugar a dos interpretaciones distintas, ambas finalmente ineficientes, situación que define gráficamente como “ *una historia de problemas y contradicciones* “.⁹⁸

- a) La primera interpretación asimiló esta particular declaración de insolvencia como si fuese una simple solicitud a pedido del acreedor, por lo cual debía ser calificada como cualquier otra, pudiendo ser rechazada en caso no cumpla con los requisitos establecidos por la ley.
- b) La segunda interpretación la entendió como una nueva alternativa de iniciar un procedimiento de declaración de insolvencia, distinta a las previstas en la ley.

El Tribunal del INDECOPI mediante Resolución No. 227-97-TDC del 5 de setiembre de 1997, adoptó el segundo criterio como precedente de observancia obligatoria, bajo los siguientes términos: “*debe entenderse que el acto por el cual el juez remite a la autoridad concursal los actuados en un proceso ejecutivo sustituye*

⁹⁷ art.921 del C de PC de 1912. “ El acreedor que pide declaración de quiebra en el caso de la primera parte del art.888 del Código de Comercio, acompañará el expediente en que haya ordenado el embargo de bienes del deudor, y el juez declarará la quiebra, si a su juicio los bienes embargados no son bastantes para el pago, o si requerido el deudor para que designe bienes libres para el embargo, no lo hace dentro del día siguiente de la notificación “.

⁹⁸ Del Aguila, Paolo. Aumentando los costos del sistema concursal: La insolvencia en aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil. EN: Advocatus. No.5. Lima. 2001 . p.320

a la etapa procesal de verificación de la antigüedad, exigibilidad, y cuantía de los créditos. En estos casos, cumplidos los requisitos formales establecidos para admitir a trámite las solicitudes de declaración de insolvencia a pedido de los acreedores, la autoridad concursal deberá emplazar al deudor para que acredite su capacidad de pago conforme a los artículos 10 y 11 de la LRP “.

Su operatividad se encaminaba del modo siguiente: El acreedor a la culminación de un largo proceso judicial, luego de haber obtenido sentencia favorable firme, si desconocía bienes del deudor factibles de recaer sobre ellos la ejecución forzada, debía requerirlo para que declare bienes libres de gravamen, bajo apercibimiento de culminar el proceso judicial e iniciar el procedimiento de insolvencia ante INDECOPI. Este paradójicamente comenzaba con otro requerimiento, esta vez de pago al deudor ¿ Para qué esta duplicidad ? ¿ El deudor sobre el cual pesa una sentencia de pago firme cumpliría el mandato al comienzo de un procedimiento en sede administrativa cuando no lo hizo a lo largo y al final de un proceso judicial?

4.8.3.- La Ley 27146 - Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial

Esta norma cambió el apercibimiento señalado por su antecesora estableciendo que luego del requerimiento judicial al deudor de declarar bienes libres de gravamen, y ante su incumplimiento operaba, sin más trámite, su declaración de insolvencia, la cual era ordenada por la autoridad concursal.

Asimismo, este procedimiento concursal derivado de una resolución judicial en la cual se había acreditado la incapacidad de pago del deudor, no exoneraba de modo alguno del cumplimiento los costos comunes de la solicitud como el abono de la tasa equivalente al 80% de la UIT, así como de las correspondientes publicaciones en los diarios, lo cual incrementaba sin duda los costos al acreedor, más aún si tenemos presente que llegaba a este luego de haber culminado un largo y costoso proceso judicial.

Además, se iniciaba este procedimiento sin información adecuada sobre la situación patrimonial –financiera del deudor, lo cual hacía imposible cualquier decisión adecuada y oportuna. En suma implicaba más costos que beneficios y ahuyentaba al acreedor victorioso en sede judicial a transitar por el incierto y caro procedimiento concursal.⁹⁹

En este sentido las estadísticas se muestran harto elocuentes: de 763 insolvencias derivadas del artículo 703 del CPC el 48% no seguían el procedimiento concursal por falta de incentivos. De ese universo sólo 3 entraron en reestructuración, es decir, menos del 1%.

4.8.4 La LGSC y el artículo 703 del Código Procesal Civil.

La Ley 27809 – *Ley General del Sistema Concursal* - establece un nuevo rumbo o comunicación mas fluida entre el órgano jurisdiccional y la autoridad concursal. En virtud de ella el propio órgano jurisdiccional quien apercibió al deudor para que señale bienes libres de gravamen en un plazo de 5 días, será quien en caso de incumplimiento declare directamente mediante auto la disolución y liquidación del concursado.

Una vez declarada la disolución y liquidación en sede judicial se procederá a remitir copias certificadas del expediente judicial a la autoridad concursal para que ésta continúe con su trámite. El procedimiento administrativo concursal partirá desde este estado, continuando con la publicación correspondiente, convocando a los acreedores para la elección del liquidador y la aprobación y suscripción del correspondiente Convenio de Liquidación

De este modo se eliminan las fases previas de evaluación de créditos, cese de pagos y declaración de concurso, reduciendo costes operativos y dando mayor claridad al sistema.

⁹⁹ ibid. p. 321

Se ha cambiado el eje y se ha concedido al Juez la función de declarar en forma directa y dentro del proceso la disolución y liquidación del deudor. Se evita con esta medida las difíciles relaciones entre ambos anteriormente descritas, designando a cada una claramente el ámbito de su competencia.

4.9. Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta .-

- a) Esta figura jurídica procesal, que se hallaba ya incorporada desde hace años en otros ordenamientos adjetivos, se recoge por vez primera en nuestro ordenamiento legal con el artículo 178 del Código Procesal Civil vigente (1993).¹⁰⁰ La doctrina se muestra pacífica en cuanto reconoce su antecedente en la *restitutio in integrum* del Derecho Romano.¹⁰¹

El Código de Enjuiciamiento en materia Civil de 1852 recogió la Restitución por entero como un mecanismo de protección del patrimonio de menores de edad contra la incapacidad de éstos y la mala administración de sus guardadores, pero en forma residual el artículo 1658 también la admitió para la rescisión de un auto o sentencia que cause daño. En tal sentido el art.1662 sancionaba su carácter extraordinario y la doctrina entonces la ponderaba como “ el remedio contra las providencias injustas “. ¹⁰²Nos hallamos, entonces, ante una antigua institución de clara raigambre procesal.

- b) De igual forma como lo consignaba el segundo párrafo de la 9na. Disposición Complementaria de la LRP, el art.135 de la actual LGSC legitima a la autoridad concursal para poder interponer demandas de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta cuando advierta o presuma que una sentencia o Convenio de las partes que goce de la autoridad de cosa juzgada, presentada ante ella como sustento de la solicitud de reconocimiento de deudas, haya sido obtenida por un hecho falso o doloso.

Podría ser el caso de una sentencia firme dictada en un proceso judicial llevado a cabo entre un deudor y falsos acreedores o la que ha culminado mediante una Transacción extrajudicial simulada, la cual ha sido homologada por el Juez.

- c) La demanda de NCJF iniciada por la autoridad concursal (se entiende en defensa de los acreedores), goza de un privilegio que no opera en los casos previstos en el ordenamiento procesal. Esta consiste en que según art. 135.2 “*Con la sola presentación de la demanda se suspenderá de pleno derecho el procedimiento concursal*”. Esta suspensión automática durará el lapso de tiempo necesario hasta que no se dilucide mediante sentencia definitiva la pretensión nulificante, lo cual atendiendo a que la vía procedimental utilizada es la más lata del ordenamiento procesal peruano (de conocimiento), se podrá apreciar sus efectos prácticos.

En cambio, la demanda de NCJF conforme al art. 178 del CPC no tiene efectos suspensivos. Sólo permite al perjudicado con la presunta sentencia fraudulenta el empleo paralelo de la solicitud de una medida cautelar inscribible, para lo cual tendrá que satisfacer previamente los requisitos legales para tal propósito.

- d) En cuanto al plazo para interponerla se consigna, al igual que el art. 178 del CPC, en seis meses, pero la diferencia la marca el evento a partir del cual se inicia el cómputo. En el CPC hasta dentro de 6 meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuera ejecutable. En sede concursal el cómputo se efectuará desde la presentación a la Comisión de la sentencia o acuerdo presuntamente fraudulento.

¹⁰⁰ Andújar, Jorge. Apuntes sobre nulidad de cosa Juzgada Fraudulenta En: Rev.de Derecho UNMSM, Magistri Et Doctores. Lima. 1995. p.97 y Seguridad Jurídica Vs Justicia. Quien vence a quien. Lima.2003.

¹⁰¹ Monroy P., Juan. Algunos aspectos sobre la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta. EN: Nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Comp. César Castañeda. Lima.1999.p.43

¹⁰² De la Lama, Antonio. Apéndice al Cod. de Enj. Imprenta Gil. Lima.1894. p.71

En verdad, en términos reales, con esta figura el plazo resulta mucho más amplio que el establecido en la norma procesal, por cuanto puede tratarse de una resolución de fecha muy antigua que recién se pone en conocimiento de la autoridad concursal.

- e) Asimismo, conforme lo apunta Beaumont y Palma,¹⁰³ la LGSC va más allá de la norma procesal al comprender expresamente en su ámbito de aplicación a resoluciones que no requieren homologación judicial, como el caso del Acta con acuerdo conciliatorio preprocesal, que por mandato del art. 18 de la Ley 26872 – Ley de Conciliación Extrajudicial – constituye título de ejecución y goza de los efectos de la cosa Juzgada.¹⁰⁴

CONCLUSIÓN

El análisis procesal de la normatividad concursal podría ser de hecho mucho más extenso. Determinar, por ejemplo, hasta que punto se podría argüir como medida cautelar de no innovar – materia de estudio de la teoría procesal – el marco de protección legal del patrimonio, uno de los principales efectos del concurso, por la que se trata de conservar la masa concursal de su disipación¹⁰⁵ o indagar la naturaleza del procedimiento de Declaración de Quiebra que ha sido por tradición nacional, y continúa siendo aún, atribución exclusiva del Juez Civil.¹⁰⁶

Asimismo, las normas de prevención y contienda de competencia, la aplicación de la Acción de Amparo o de la demanda contencioso-administrativa contra resoluciones de orden concursal,¹⁰⁷ reclaman como presupuesto de seriedad investigatoria un análisis de orden procesal.

En todo caso, no hay duda : El Derecho Procesal Civil exhibe antiguos, legítimos y muy útiles instrumentos para mejor comprender y acaso reformar el sistema concursal. Después de repasar los fundamentos expuestos ¿ Usted, amable lector, no lo cree así ?

¹⁰³ Palma Navea, José. Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal. Lima, Gaceta Jurídica .2002. p. 384

¹⁰⁴ Aunque es justo advertir que por vía pretoriana, mediante sentencias de casación expedidas por la Corte Suprema de la República, se ha abierto la posibilidad de impugnar en proceso de NCJF algunos autos no homologados como los que ponen fin a la Ejecución de Garantías o al acuerdo conciliatorio judicial, que de acuerdo al art.328 del CPC tiene el efecto de sentencia firme. Crf. Casación No.96-2000/Lambayeque.

¹⁰⁵ Art 18 de la LGSC.

¹⁰⁶ Art.91.1 de la LGSC

¹⁰⁷ arts. 6 al 9 y 133 de la LGSC