



## INFORME JURISPRUDENCIAL

¿Acreedor garantizado o desprotegido? La indebida aplicación del artículo 85 de la LGSC y su efecto negativo sobre el sistema de garantías reales en el Perú 149

## ENTRE CORCHETES COMENTARIOS Y ANOTACIONES

Es inscribible la sociedad con denominación conformada por una palabra igual a la de otra inscrita 165

Precedente del Indecopi sobre expropiaciones indirectas vía regulaciones administrativas se aplica en sede constitucional 169

Quien participa en la difusión de la publicidad para promocionar sus productos o servicios califica como anunciante 178

## Informe jurisprudencial

## ¿ACREEDOR GARANTIZADO O DESPROTEGIDO?

### La indebida aplicación del artículo 85 de la LGSC y su efecto negativo sobre el sistema de garantías reales en el Perú<sup>(\*)</sup>

Alfonso B. AGUILAR CALVO<sup>(\*\*)</sup><sup>(\*\*\*)</sup>

## TEMA RELEVANTE

*Sobre la base de algunos casos reales y el análisis del marco legal respectivo, el autor pone en evidencia la problemática por la que vienen pasando los titulares de derechos reales de garantías, pues existe una "mafia" que, utilizando el sistema concursal y en especial el artículo 85 de la Ley General del Sistema Concursal, viene levantando de una manera alevosa las garantías reales debidamente constituidas, especialmente las que están a favor de las instituciones del sistema financiero.*

## I. INTRODUCCIÓN

Un día cualquiera, usted, mi estimado colega, estando en su oficina, atendiendo los temas regulares del día a día, de repente recibe una carta de una entidad liquidadora –desconocida por usted– solicitándole que le proporcione

el número de una cuenta bancaria (soles o dólares) de su principal cliente, pues necesita depositarle a este, una irrisoria suma de dinero producto de la transferencia de un bien inmueble que fue propiedad de una persona –igualmente desconocida por usted–, y sobre la cual

(\*) A mi amada y valiente esposa Pierina, por haber traído al mundo al mejor regalo de nuestras vidas, nuestra hija Ariana Valentina.

(\*\*) La opinión del autor es de carácter técnico y a título personal; en ningún caso comprometo a Scotiabank Perú (SBP).

(\*\*\*) Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, PEE en "Finanzas y Derecho Empresarial" en la Escuela de Administración de Negocios para Graduados - ESAN, Graduado en Fundamentals of Coaching Excellence en HORN, y en C.S. Managing Training, Consultor del Banco Mundial y la International Finance Corporation, Ponente/ Panelista en eventos de Derecho Empresarial y autor de diversos artículos de la materia, Subgerente Legal de Scotiabank Perú a cargo del Departamento de Asesoría Concursal.

supuestamente su cliente tenía constituida una garantía real. Cabe señalar que esta persona desconocida (expropiataria del inmueble), según se puede leer en la carta, no hace mucho fue sometida a un proceso de liquidación ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Ante ese hecho, seguramente en un inicio habría pensado que se trata de una equivocación, ¿cierto?, pero luego, revisando en detalle la carta, para corroborar que la equivocación no es suya, le parece familiar la dirección y demás características del inmueble vendido. Presuroso, usted ingresa a la página web de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) y se da con la sorpresa que el inmueble detallado en dicha carta, era —originalmente— de uno de los deudores de su principal cliente y sobre el cual tenía constituida una cuantiosa garantía real a su favor. Usted verifica además, que el inmueble ha sido transferido tres veces consecutivas en los últimos seis meses y que la referida garantía real que se tenía constituida a favor de su cliente y que estaba debidamente inscrita en los Registros Públicos, se ha levantado, sin que usted como abogado de su cliente y menos este último, hubiera participado y menos tomado conocimiento de ello.

¿Qué le parece lo expuesto? ¿no se le congela la sangre al pensar que en estos instantes la garantía real de su principal cliente se ha levantado y que, mientras lee estas líneas, la están transfiriendo una vez más, sin que usted pueda hacer absolutamente nada?, ¿cree que lo expuesto es un hecho ficticio, una invención del autor de este artículo? Estimado lector, lamentablemente lo expuesto en el párrafo anterior no es ficción, sino un hecho real que sucedió hace ya un buen tiempo y que, entre otros acontecimientos, me motivó a escribir el presente artículo.

Como saben algunos de mis entrañables colegas, algunos años atrás decidí escribir este artículo, pero creyendo haberlo terminado, me invadió la siguiente interrogante: ¿No

será más peligroso exponer abiertamente la problemática detectada?, ¿acaso lo que describo en este artículo no podría ser utilizado por personas inescrupulosas para utilizarlo en su beneficio?, ¿acaso el remedio no será peor que la enfermedad? No estaba seguro de tener la respuesta correcta y por ello no publiqué este artículo, hasta ahora. En efecto, creo que fue la mejor decisión no publicarlo aunque valgan verdades este tema lo he venido exponiendo en diversos foros (académicos, gremiales, entre otros)<sup>(1)</sup> con el objeto de levantar una voz de alarma sobre la problemática que trataremos en el presente documento. Cabe señalar, sin embargo, que desde que pensé que había terminado este artículo, hasta la fecha, se han ido sucediendo una serie de acontecimientos que han complementado mi texto inicial, los cuales, ahora sí, me permiten publicarlo y sostener que es hora de que las nuevas autoridades elegidas y los funcionarios que estas designen, aborden el tema en cuestión de manera prioritaria, tomando las medidas pertinentes para solucionarlo, pues, de lo contrario, el sistema de garantías reales en nuestro país simplemente no ofrecerá seguridad alguna, debido principalmente a la indebida aplicación del artículo 85 de la Ley General del Sistema Concursal, como veremos a continuación.

## II. ANTECEDENTES

Al iniciar el presente trabajo y por las consecuencias que viene trayendo la indebida aplicación del artículo 85 de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809 (en adelante, LGSC), es necesario conocer los antecedentes normativos del mencionado artículo y su aplicación concordada con otros dispositivos del mismo cuerpo legal.

Al respecto, si hacemos un rápido repaso por el Código de Procedimientos Civiles de 1912<sup>(2)</sup>, de la Ley Procesal de Quiebras, Ley N° 7566<sup>(3)</sup> y de la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley N° 26116<sup>(4)</sup> (en adelante, LRE), apreciamos que en dichos cuerpos legales no existe

(1) Este tema, detectado por el suscrito hace muchos años, recientemente ha salido a la luz (en el año 2010) en alguna revista local y en algún canal de televisión.

(2) “Este Código ofrecía procedimientos para dos situaciones distintas: 1) el concurso de acreedores para los comerciantes en dificultades y 2) la quiebra para el comerciante que incumplía con el pago de sus obligaciones (...) Todo el proceso se manejaba ante el Juez siendo los acreedores representados por el Síndico Departamental de Quiebras”, cita de FLINT, Pinkas. *Tratado del Derecho Concursal*. Vol I, Grijley, Lima, 2002, p. 3, a PALMA NAVEA, José Enrique. “El Derecho de la Crisis de la Empresa en el Perú”.

(3) Esta Ley, a decir de Eugenia Ariano, “concebía al “juicio de quiebra” como aquel que tenía por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, a fin de proveer al pago de su deudas, en los casos y en la forma determinados por ley (artículo 1). Ergo, desde su delimitación objetiva el “juicio de quiebra” emergía con claridad como un procedimiento de ejecución universal (en cuanto se procedía sobre todos los “bienes” del deudor) y colectiva (en cuanto se enderezaba el “pago de todas su deudas”), cual máxima concretización del principio de responsabilidad patrimonial en virtud del cual el deudor responde por todas sus obligaciones con todos los bienes que integran su patrimonio. ARIANO DEHO, Ariana. *Ley General del Sistema Concursal - Análisis Exegético*. Editorial Rhodas, Lima, 2011, p. 720.

(4) Esta ley modificó profundamente el concepto del Derecho Concursal (Derecho de Quiebras) en el Perú. Siguiendo la orientación de países europeos como Francia, Italia, Bélgica, entre otros, se planteó una nueva orientación. Esta modificación buscó principalmente la prevención de la crisis y el saneamiento de las empresas que atraviesan problemas económicos y financieros, así como la tutela de otros intereses, como los del propio empresario, los trabajadores, el Estado y la comunidad en general. FLINT, Pinkas. Ob. cit., p. 14.

artículo alguno que pueda servir como antecedente normativo del artículo materia de análisis.

En efecto, el primer antecedente que aparece y que se relaciona directamente con el artículo bajo comentario, y específicamente con el artículo 85.1<sup>(5)</sup> de la LGSC, lo encontramos en el Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial (en adelante, LRP), norma en cuyo artículo 67, parte *in fine*, se estableció que: “La transferencia de cualquier bien del insolvente, por parte del Liquidador, generará el levantamiento automático de todas las cargas y gravámenes que pesen sobre este, sin que se requiera para tales efectos la intervención del acreedor garantizado con dicho bien”. Cabe precisar que mediante la Ley N° 27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial<sup>(6)</sup>, se hizo extensiva dicha norma a los procesos tramitados bajo el marco de la LRE, con el objetivo de “facilitar las actuaciones durante los procesos de reestructuración y liquidación a través del levantamiento de las garantías y medidas cautelares en la transferencia de bienes en los procesos liquidatorios, tomando en consideración que tales reglas resultaban de exclusiva aplicación para aquellos procedimientos iniciados a partir de la vigencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial<sup>(7)</sup>”.

Como podemos apreciar, es por primera vez y bajo el marco normativo de la LRP que el legislador estableció que las transferencias realizadas por el liquidador, dentro de un procedimiento concursal, generaba el levantamiento automático de todas las cargas y gravámenes, que pesaran sobre los bienes del insolvente (concurado), sin ser necesaria intervención alguna del acreedor garantizado con este.

Con lo expuesto en el párrafo anterior nos queda claro el origen del artículo 85.1; sin embargo, la pregunta que surge inmediatamente es, ¿En qué momento aparece

el artículo 85.2<sup>(8)</sup>? Sobre esta interrogante y para la cabal comprensión de su origen, es necesario, tal como se indicó al inicio, hacer una conexión con lo que se entendía como “crédito” y lo que se entendía como “Marco de Protección Legal del Patrimonio”, en la LRP, para luego poder entender de manera integral cómo se llegó al antecedente más cercano del artículo 85.2 de la LGSC.

En efecto, en el artículo 1 de la LRP sumillado como “Definiciones”, se definía como crédito a “[t]oda relación jurídica de la que se desprenden obligaciones de pago de una cantidad determinada o determinable por parte del deudor, o la obligación de entregar en propiedad un bien o de prestar un servicio”.

Por otro lado, el denominado “Marco de Protección Legal del Patrimonio”, regulado por el artículo 17 de la LRP, establecía que: “A partir de la publicación a que se refiere el artículo 8 de la presente ley, el Juez, Corte, Arbitro, Tribunal Arbitral, Ejecutor Coactivo, Administrador del Almacén General de Depósito, Registrador Fiscal o persona, según sea el caso, que conoce de los procesos judiciales, arbitrales, coactivos, o de venta extrajudicial seguidos contra el insolvente, suspenderá, bajo responsabilidad, la ejecución de los embargos y de las demás medidas cautelares trabadas sobre bienes, dinero o derechos del mismo. (...) Asimismo, por el mérito de la publicación mencionada y durante los procesos derivados de la aplicación de la presente Ley, se suspenderán todos los procesos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial pendientes que se sigan contra el mencionado insolvente y que tengan como objeto la ejecución de garantías reales, embargos definitivos o cualquier otra medida definitiva ordenada sobre sus bienes”.

Siendo ese el estado de las cosas, teníamos que si una persona no tenía un crédito, según la definición de la LRP,

(5) **Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809**

**“Artículo 85.- Efectos de la transferencia de bienes por parte del liquidador**

85.1 La transferencia de cualquier bien del deudor, por parte del Liquidador, generará el levantamiento automático de todos los gravámenes, las medidas cautelares y cargas que pesen sobre este, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención del acreedor garantizado con dicho bien. El Registrador deberá inscribir el levantamiento de dichas medidas, bajo responsabilidad. En tal supuesto, la persona que efectúe el trámite de levantamiento de las referidas cargas o gravámenes ante cualquier entidad registral a nivel nacional, está inafecta al pago de las tasas o derechos administrativos correspondientes.

(...)

(6) Se debe tener presente que mediante el Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Reestructuración Patrimonial, publicado el 1 de noviembre de 1999, se unificaron la LRP y la Ley N° 27146.

(7) Documento de Trabajo N° 002-1999, del Área de Estudios Económicos del Indecopi.

(8) **Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809**

**Artículo 85.- Efectos de la transferencia de bienes por parte del liquidador**

(...)

85.2 Tratándose de la venta de bienes de propiedad del deudor que garanticen obligaciones de terceros conforme a lo señalado en el Artículo 81.2 el Liquidador debe respetar los derechos reales de garantía constituidos sobre los mismos, pagando los créditos de estos terceros, con el producto de dicha venta, teniendo en consideración el rango registral y montos que correspondan, pero sin afectar el pago de los créditos del primer orden de preferencia que existan en el procedimiento”.

frente a un insolvente (concurado), pero si tenía un derecho real frente a este, simplemente el titular del derecho real no podía participar en el concurso, no podía realizar acción legal alguna contra el patrimonio del concursado quedando, por lo tanto, incierta la manera en que este podría satisfacer su derecho, máxime si una aplicación *ad pedem literae* del artículo 67 de la LRP no dejaba margen de duda respecto a que la transferencia realizada por el liquidador levantaría todas las cargas y gravámenes que pesaran sobre el bien, sin ser necesaria la intervención del acreedor garantizado, lo cual obviamente incluía las garantías que respaldaban las obligaciones de un tercero.

Ante esta situación de incertidumbre y ante un caso concreto, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi emite un “Precedente de Observancia Obligatoria”, contenido en la Resolución N° 091-2000/TDC-INDECOPI, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 24 de marzo de 2000, precedente que nos permite conocer el antecedente real del artículo 85.2 de la LGSC. En efecto, allí se estableció lo siguiente:

“Las garantías reales constituidas sobre bienes de la insolvente que garanticen obligaciones no concursales deberán ser respetadas, sin perjuicio de que no concedan el derecho a participar en la junta de acreedores porque el titular del derecho real no es acreedor de la insolvente. Asimismo, tampoco serán oponibles al titular del derecho real de garantía los términos de los convenios de liquidación o del plan de reestructuración aprobado por la junta al no ser dicho titular acreedor de la insolvente. De esta manera, se debe proceder de la siguiente forma:

a) En el caso de liquidación

Al momento de proceder a la venta de los bienes del insolvente, el liquidador deberá respetar los derechos reales de garantía constituidos sobre los mismos, pagando los créditos garantizados con el provecho de dicha venta dentro del rango y montos que correspondan, sin afectar los créditos del primer y segundo orden que puedan existir.

b) En el caso de reestructuración

Aprobar el plan de reestructuración y, dado que el mismo no es oponible al titular de un derecho de garantía constituido para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de terceros, este titular podrá proceder a ejecutar sus derechos pues con la aprobación de dicho

plan cesa la situación de protección del patrimonio de la insolvente. Dado que el plan de reestructuración no le es oponible, el titular del derecho real podrá proceder a la ejecución de su derecho de acuerdo a los términos originalmente pactados”.

Mi estimado lector, es necesario precisar que todo lo expuesto en este capítulo es el paso previo para conocer, ya en detalle, el funcionamiento actual del artículo 85 de la LGSC y su necesaria concordancia con los otros dispositivos de la LGSC, los cuales veremos a continuación.

**III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 85 Y SU RELACIÓN CON OTROS DISPOSITIVOS DE LA LGSC**

La LGSC, publicada el 8 de agosto de 2002 y cuya entrada en vigencia fue el 7 de octubre del mismo año, estableció en su artículo 85 lo siguiente:

**“Artículo 85.- Efectos de la transferencia de bienes por parte del liquidador**

85.1 La transferencia de cualquier bien del deudor, por parte del Liquidador, generará el levantamiento automático de todos los gravámenes, las medidas cautelares y cargas que pesen sobre este, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención del acreedor garantizado con dicho bien. El Registrador deberá inscribir el levantamiento de dichas medidas, bajo responsabilidad. En tal supuesto, la persona que efectúe el trámite de levantamiento de las referidas cargas o gravámenes ante cualquier entidad registral a nivel nacional, está inafecta al pago de las tasas o derechos administrativos correspondientes<sup>(9)</sup>.

85.2 Tratándose de la venta de bienes de propiedad del deudor que garanticen obligaciones de terceros conforme a lo señalado en el artículo 81.2 el Liquidador debe respetar los derechos reales de garantía constituidos sobre los mismos, pagando los créditos de estos terceros, con el producto de dicha venta, teniendo en consideración el rango registral y montos que correspondan, pero sin afectar el pago de los créditos del primer orden de preferencia que existan en el procedimiento”.

Este artículo regula dos supuestos: el primero, referido a la oportunidad y amplitud de la cancelación de gravámenes y cargas que pesan sobre los bienes del concursado en liquidación y al título idóneo para tal efecto; y el segundo,

(9) Resaltado la modificación realizada mediante la Ley N° 28709, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de abril de 2006. La redacción original de dicho párrafo antes de la modificación era la siguiente: “El Registrador deberá inscribir el levantamiento de dichas medidas, bajo responsabilidad”.

que regula el régimen de la cancelación de gravámenes que aseguran créditos de terceros<sup>(10)</sup>.

Cabe señalar que el artículo antes citado debe concordarse con lo establecido en el artículo 83.2, que establece lo siguiente:

**“Artículo 83.- Atribuciones, facultades y obligaciones del liquidador**

(...)

83.2 Son atribuciones y facultades del Liquidador:

(...)

- g) Solicitar el levantamiento de las cargas y gravámenes que pesen sobre los bienes del deudor, siendo título suficiente para esto la presentación del contrato de transferencia y el Convenio de Liquidación debidamente inscrito en los Registros Públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78”.

Como vemos, el legislador ha buscado que al efectuarse la liquidación del patrimonio del concursado, se garantice a los nuevos adquirentes de dichos bienes, que la propiedad que adquieren se dé en condiciones realengas, es decir, que no se vea afectada por alguna de las cargas o de los créditos que inicialmente los afectaban<sup>(11)</sup>.

En concordancia con lo expuesto y específicamente con lo estipulado en el artículo 85.2, el artículo 18.6 claramente establece que en caso los bienes del deudor garanticen obligaciones de terceros, la ejecución de los bienes del concursado no se ven afectadas por el concurso y, por lo tanto, no se paralizan, tal como podemos apreciar a continuación:

**“Artículo 18.- Marco de protección legal del patrimonio**

(...)

18.6 Declarada la situación de concurso y difundido el procedimiento no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados por garantías, salvo que dichos bienes hubiesen sido afectados

**“ El legislador ha buscado que, al efectuarse la liquidación del patrimonio del concursado, se garantice a los nuevos adquirentes de dichos bienes, que la propiedad que adquieren se dé en condiciones realengas, es decir, que no se vea afectada por alguna de las cargas o de los créditos que inicialmente los afectaban. ”**

en garantía de obligaciones de terceros, en cuyo caso podrán ser materia de ejecución como en los supuestos de los artículos 16.1 y 67.5”<sup>(12)</sup>.

En la misma línea, en el artículo 81.2 se establece que los efectos del Convenio de Liquidación no afectan a los acreedores garantizados con bienes del deudor siempre que dicha garantía respalde obligaciones de terceros. Así vemos que:

**“Artículo 81.- Oponibilidad del Convenio de Liquidación**

(...)

81.2 Los efectos del Convenio de Liquidación aprobado por la Junta no le son aplicables al titular de garantías reales constituidas sobre bienes del deudor que garanticen obligaciones de terceros, cuyo derecho se rige de acuerdo a lo establecido en el artículo 85.2”.

Para cerrar el círculo debemos recordar que la LGSC ha establecido como definiciones de “Acreedor” y de “Crédito” lo siguiente:

**“Artículo 1.- Glosario**

Para efectos de la aplicación de las normas de la Ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

d) **Acreedor.-** Persona natural o jurídica, sociedades conyugales, sucesiones indivisas y otros patrimonios autónomos que sean titulares de un crédito.

e) **Crédito.-** Derecho del acreedor a obtener una prestación asumida por el deudor como consecuencia de una relación jurídica obligatoria”.

#### IV. PROBLEMÁTICA ACTUAL

Al empezar este capítulo no podemos dejar de mencionar que la buena intención de aquellos miembros de la Comisión de Procedimientos Concursales que aprobaron el antecedente que sirvió de base para la elaboración del artículo 85 y de los legisladores que aprobaron la LGSC, se ha

(10) Resolución N°400-2009-SUNARP-TR-L, contenida en “PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA”, Aprobados por el Tribunal Registral en su XLVI Pleno Registral realizado en Lima los días 2 y 3 de abril de 2009, Resolución del Presidente del Tribunal Registral N° 061-2009-SUNARP/PT de fecha 6 de abril de 2009, publicado en la Separata Especial del diario oficial *El Peruano* con fecha 15 de abril de 2009, p. 394261.

(11) *Ibidem*, p. 394260.

(12) Resultado la modificación realizada mediante la Ley N° 28709, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de abril de 2006. La redacción original de dicho párrafo antes de la modificación era la siguiente: “(...) con excepción de los artículos 16.1 y 67.5”.

visto superada por una serie de problemas que deben ser solucionados con el objetivo de permitir que el sistema concursal cumpla con los objetivos para los que fue diseñado y no ocasione, como mencionamos al inicio de este documento, que se pierda toda confianza en el sistema de garantías reales de este país.

En efecto, tanto al momento que decidí empezar a escribir el presente artículo como ahora que he decidido publicarlo, puedo afirmar con toda seguridad que existe una “mafia” que utilizando el sistema concursal, y en especial el artículo 85 de la LGSC, viene levantando de una manera alevosa las garantías reales debidamente constituidas, especialmente las que están constituidas a favor de las instituciones del sistema financiero, que sin lugar a dudas son la gran mayoría de las que actualmente se encuentran inscritas en los Registros Públicos y, por lo tanto, nos referiremos a ellas para abordar este tema en general.

En este orden de ideas, lo que detallaremos a continuación **son casos reales** que nos permitirán exponer la problemática por la que vienen pasando los titulares de derechos reales de garantías, y que originan que este artículo se titule de la siguiente manera: “Acreedor garantizado o desprotegido? La indebida aplicación del artículo 85 de la LGSC y su efecto negativo sobre el sistema de garantías reales del Perú”. Veamos:

**Caso 1: Deudor aparentemente sin problemas económicos**

Este caso, el más complicado de detectar ya que el deudor que tiene una deuda con una institución del sistema financiero (en adelante, IF), la cual está respaldada

con una garantía real, no da signo alguno de tener problemas económicos frente a la IF, pues procura pagar, en lo posible, en el día de vencimiento sus cuotas pendientes de pago. En este escenario es que el bien es transferido a una tercera persona (natural o jurídica), la cual posteriormente será sometida a concurso, normalmente luego de un conveniente proceso judicial de obligación de dar suma de dinero (en adelante, ODSD) donde no hay mayor *litis* y en el que se reconoce –vía sentencia– una fuerte suma de dinero, que al no poder pagarla y no tener bienes libres o parcialmente gravados para respaldar dicha obligación, el juez, en aplicación del artículo 692-A del Código Procesal Civil<sup>(13)</sup> (antes artículo 703), declara su disolución y liquidación y remite los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi (en adelante, la Comisión) para que continúe su trámite<sup>(14)</sup>. El Indecopi publica el concurso y se apersonan acreedores vinculados/relacionados<sup>(15)</sup> (obviamente ocultando dicha condición) solicitando igualmente que se le reconozcan supuestas acreencias. En este estado es importante mencionar que las IF al momento de revisar la publicación que se realiza en el diario oficial *El Peruano* los días lunes y en la que se detalla a todos los deudores sometidos a algún procedimiento concursal, **verificará que NO mantiene acreencias con el tercero –deudor concursado– y, por lo tanto, no tendrá ningún interés en el desarrollo de dicho proceso concursal. Este es el punto clave para la mafia.**

Terminada la etapa de apersonamiento, la Comisión procederá a reconocer a los acreedores, luego de lo cual, estos, reunidos en una junta, designarán a una entidad

(13) **Código Procesal Civil**

**Artículo 692-A.- Señalamiento de bien libre**

Si al expedirse el auto que resuelve la contradicción y manda llevar adelante la ejecución en primera instancia el ejecutante 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 copia certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal.

El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada de sentencia derivada de un proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo.

(Texto según Decreto Legislativo N° 1069, publicado el 28 de junio de 2008 en el diario oficial *El Peruano*).

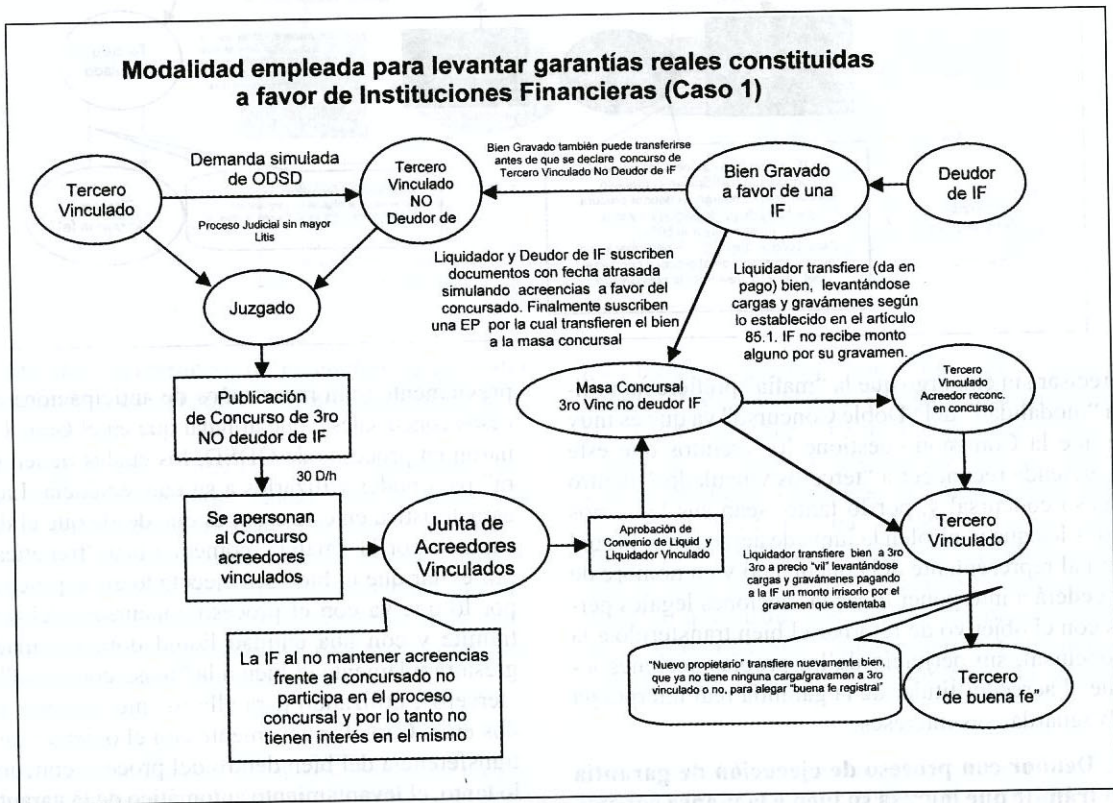
- (14) Sobre el artículo 692-A del CPC, debemos indicar que el Consejo Nacional de Competitividad está llevando a cabo un diagnóstico sobre los procedimientos concursales iniciados al amparo del referido artículo, con el fin de ver alternativas de perfeccionamiento y reformas y en el marco del cual se nos ha consultado nuestra opinión. Al respecto, nuestra opinión ha sido que se derogue dicho artículo o que se modifique el apercibimiento de declarar la disolución y liquidación y su remisión al Indecopi, sustituyéndolo por dejar a salvo el derecho del acreedor de acudir directamente al Indecopi por el saldo deudor que quedare pendiente (determinado previa resolución del juez). Si el acreedor está interesado en concursar a su deudor, luego de concluido su proceso judicial, este tendrá que acudir directamente al Indecopi quien evaluará su pedido de acuerdo a los requisitos que establece el artículo 26 de la LGSC. El título que acredite la acreencia será la resolución de Saldo Deudor. El deudor deberá acompañar copia de los principales actuados (demanda, contestación etc.) El Indecopi mantiene la facultad de demandar la nulidad de cosa juzgada fraudulenta al amparo del artículo 135.1 de la LGSC con el fin de evitar se sigan cometiendo los actos fraudulentos detallados en el presente documento.
- (15) Entendamos “vinculados”, en el sentido más amplio que establece el artículo 12 de la LGSC, pues su “proximidad relevante de intereses” está unida a toda la cadena de acciones/maniobras que estos realizan en perjuicio de las IF.

liquidadora vinculada. Esta entidad liquidadora, de no haberse transferido el bien a la masa concursal como se indicó en el párrafo anterior, procederá a elaborar, suscribir y ejecutar una serie de documentos y actos<sup>(16)</sup> en “combinación” con el original propietario (deudor de la IF), con el objetivo de ingresar el referido bien a la “masa sujeta a procedimiento concursal”, la cual, como indicamos anteriormente, es de un tercero que no tiene ninguna relación con la IF.

Teniendo la propiedad del bien, dicha entidad liquidadora procederá a “transferir” el bien ya sea i) otorgándolo en dación en pago al acreedor vinculado reconocido o

ii) transfiriéndola a “precio vil” a un tercero vinculado. Lo “importante” en dicha acción para la “mafia” es que en **aplicación del artículo 85.1 de la LGSC el bien se transferirá libre de cargas y gravámenes, es decir, la garantía real que tenía constituida a su favor la IF será levantada.** En el “mejor” de los casos, y en aplicación del artículo 85.2, la IF recibirá una suma irrisoria para “amortizar” su acreencia garantizada.

La ilegal maniobra culmina con una nueva transferencia, ahora con el bien “limpio”, sin ninguna carga o gravamen, hacia un supuesto o real “tercero de buena fe”. Véase el diagrama adjunto:

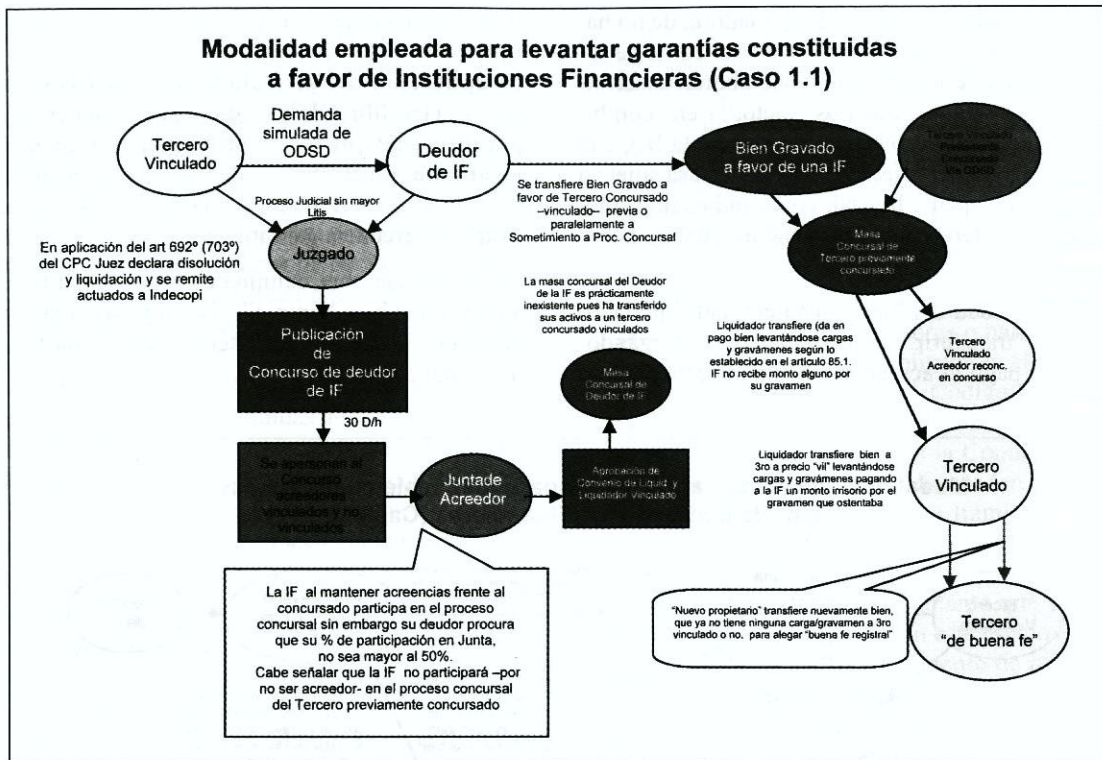


**Caso 1.1: Deudor aparentemente sin problemas económicos que es sometido a un procedimiento concursal**

En este caso, variante del anterior, el deudor igualmente no da mayor signo de tener problemas económicos, sin embargo este ya ha sido “captado” por la “mafia”, y la supuesta “solución” a sus problemas consiste en ingresar a un procedimiento concursal, preferiblemente, al igual que en el Caso 1, previo proceso de ODS, en el cual se reconocerán, sin mayor litis, elevadas sumas de dinero. Sin

embargo, previa o paralelamente a ello y al igual que en el caso anterior, el bien ya ha sido transferido a una tercera persona –no deudora de la IF– la cual será sometida a concurso, vía ODS, para proceder a levantar la garantía real, conforme se detalló en la modalidad indicada el Caso 1. La mafia también puede acortar los “pasos” transfiriendo el bien a una persona que tenga un procedimiento concursal en trámite y que igualmente no sea deudora de la IF. Véase el diagrama adjunto:

(16) Desde supuestas transacciones y contratos hasta supuestos arbitrajes.



Cabe precisar sin embargo que la “mafia” prefiere no utilizar esta “modalidad” del “Doble Concurso” ya que es muy posible que la Comisión cuestione los créditos que este deudor pretenda reconocer a “terceros vinculados” dentro del proceso concursal y, por lo tanto, sean sus legítimos acreedores los que controlen la junta de acreedores, la cual removerá al representante del concursado y en nombre de este procederá a interponer todas las acciones legales pertinentes con el objetivo de retornar el bien transferido a la masa concursal, sin perjuicio de las propias acciones legales que el acreedor titular de la garantía real interponga para salvaguardar sus intereses.

**Caso 2: Deudor con proceso de ejecución de garantía (EG) en trámite que ingresa su bien a la mansa concursal de un “tercero”**

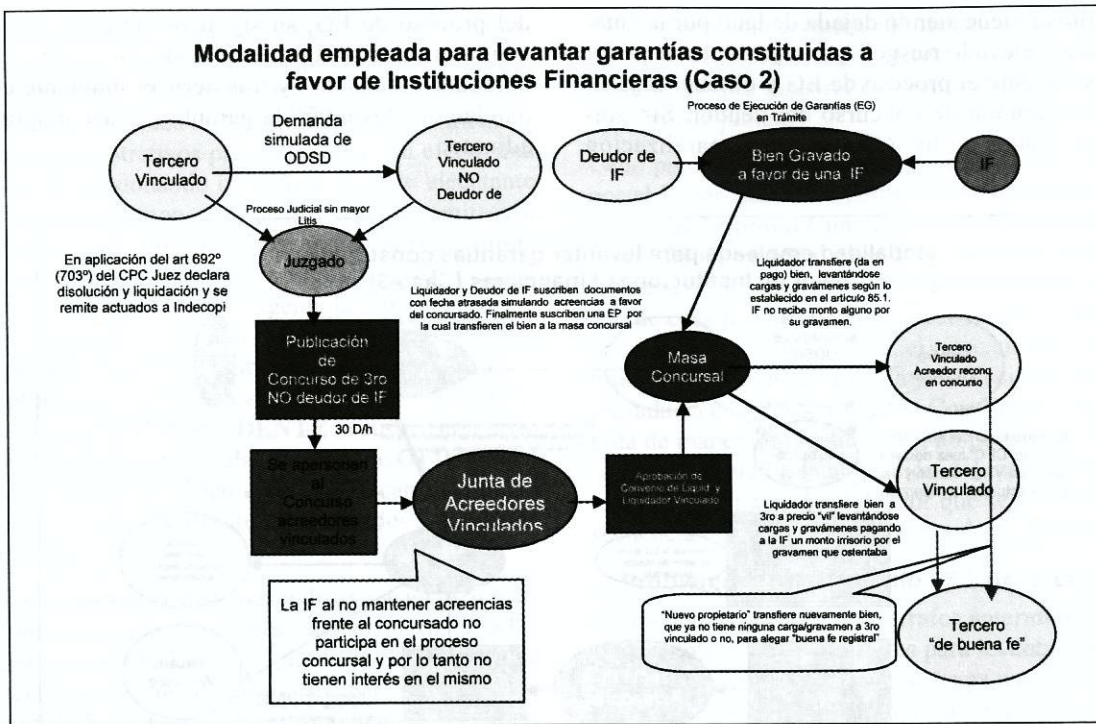
En este caso, a diferencia del anterior, el deudor ya ha entrado en un estado de abierta falencia económica y viene incumpliendo sus obligaciones crediticias, lo que ocasiona que la IF proceda a iniciar la EG. Es en este estado que el deudor es “captado” por la “mafia” que le ofrece la “solución” a sus problemas. En efecto, esta mafia ha generado

previamente (con meses/años de anticipación) unos “procesos concursales”, que al igual que en el Caso 1, se originaron en procesos de ODS, los cuales tienen en “cartera” para poder utilizarlos a su conveniencia. La principal característica en este caso, es que desde que el deudor fue captado por la “mafia”, comenzó una “frenética carrera” por evitar que el bien sea ejecutado en el proceso de EG, por lo que ya con el proceso concursal –del tercero– en trámite y con una entidad liquidadora vinculada, se ingresa rápidamente el bien a la “masa concursal” de dicho “tercero”, utilizando para ello los mecanismos ya indicados en el Caso 1, nuevamente con el objetivo de lograr la transferencia del bien dentro del proceso concursal y, por lo tanto, el levantamiento automático de la garantía real de la IF. Se cierra el círculo, como en el Caso 1, transfiriendo el inmueble “limpio” hacia un supuesto o real “tercero de buena fe”. Este “nuevo propietario” al “tomar conocimiento” del proceso de EG informa al juez de dicho proceso el mencionado levantamiento de la garantía<sup>(17)</sup>, con lo cual dicho magistrado dará por concluido el referido proceso<sup>(18)</sup> la inexistencia de la garantía. Véase el diagrama adjunto:

(17) En algunos casos no es sino hasta que IF solicita un certificado de gravamen actualizado, previo requerimiento del Juez antes de publicar el remate, que se toma conocimiento de dicho levantamiento. Para evitar ello se recomienda utilizar la “Alerta Registral”. Ver “Conclusiones y Recomendaciones” del presente documento.

(18) Siempre y cuando no exista una Orden de Remate consentida, ya que de lo contrario se iría en contra de la “Cosa Juzgada”. En detalle veremos ello en el Caso 3.1.





**Caso 3: Deudor con proceso de ejecución de garantía (EG) en trámite que se somete o es sometido a un procedimiento concursal**

Este caso, al igual que el anterior, la IF ha procedido a iniciar la EG, el deudor ya ha sido “captado” por la “mafia” y la “solución” a sus problemas consiste en ingresar a un procedimiento concursal, preferiblemente, al igual que en el Caso 1, previo proceso de ODS, en el cual se reconocerán, sin mayor litis, elevadas sumas de dinero<sup>(19)</sup>. Es importante mencionar que en este caso la garantía continúa garantizando las obligaciones de quien constituyó las garantías.

La “frenética carrera” por evitar que el bien sea ejecutado en el proceso de EG, pasa por dilatar de todas las formas posibles el referido proceso entre tanto se concluye el “armado” proceso de ODS y se consigue que se publique el concurso del mencionado deudor. En efecto, en esta modalidad el deudor busca a toda costa que la publicación de su proceso concursal ocurra antes que la orden de remate se encuentre consentida con el objetivo que surtan los efectos del mencionado artículo 18.4 de la LGSC<sup>(20)</sup>, de lo contrario al tener la condición de cosa juzgada<sup>(21)</sup> el proceso no se paralizará <sup>(22)</sup>.

(19) La “mafia” prefiere no utilizar el “autosometimiento” del deudor a un proceso concursal ya que es posible –aunque no seguro– que la Comisión de Procedimientos Concursales cuestione los créditos que este deudor pretenda reconocer a “terceros vinculados” dentro del proceso concursal.

(20) **Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809**  
**Artículo 18.- Marco de protección legal del patrimonio**  
 (...)

18.4 En ningún caso el patrimonio del deudor sometido a concurso podrá ser objeto de ejecución forzosa, en los términos previstos en la Ley, con la excepción prevista en el primer y segundo párrafos del artículo 16.

(21) **Código Procesal Civil**  
**Artículo 123.- Cosa Juzgada.-** Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o,
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada solo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

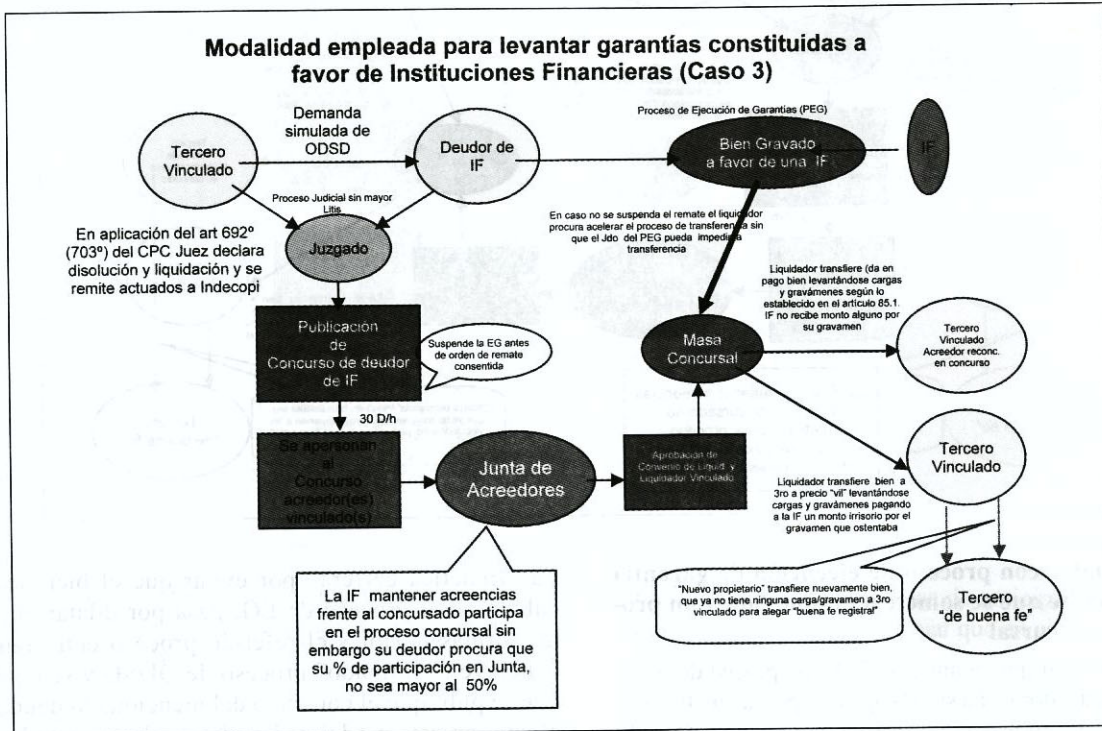
La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 y 407.

**El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece igualmente en su artículo Cuarto** que “(...) no se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad (...)”.

(22) En detalle veremos ello en el Caso 3.1.

Esta modalidad viene siendo dejada de lado por la “mafia” debido al “elevado riesgo” que representa no poder dilatar lo suficiente el proceso de EG y obtener rápidamente la declaración de concurso del deudor. Sin embargo, si el deudor no tuvo “éxito” en la paralización

del proceso de EG, su siguiente objetivo será rápidamente instalar la junta de acreedores, nombrar a su “liquidador vinculado” y transferir el inmueble con la finalidad de “levantar” la garantía. Véase diagrama (III) adjunto.



### Caso 3.1: La cosa juzgada

Este caso es una variante del anterior; el cual sería exactamente igual, salvo por el hecho fundamental que existe una orden de remate que está consentida, incluso antes de cualquier transferencia que hubiere realizado o quisiera realizar el liquidador. En este estado inmediatamente nos preguntamos: **¿Es legalmente posible que un liquidador en el desarrollo de un proceso concursal transfiera un bien que cuenta con una orden de remate judicial consentida y que en mérito a dicha transferencia se levanten las garantías reales debidamente constituidas?**

Para responder esta última interrogante debemos recordar que el inciso 2 del artículo 139 de nuestra Constitución Política señala taxativamente que "(...) Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución". En este orden de ideas, jurídicamente el liquidador

no podría realizar dicha transferencia; sin embargo, **¿Ello ocurre en la realidad?** Nuestra respuesta es NO. Los liquidadores, en especial los vinculados a la mafia, vienen transfiriendo sin control alguno los bienes que tienen bajo su administración levantando las garantías reales que pesan sobre los referidos bienes. Entonces, nos preguntamos: **¿hay algún caso que una autoridad judicial (Juez/Sala) haya hecho prevalecer la cosa juzgada?** En efecto, SÍ; y es que dentro de un proceso de ejecución de garantías, mediante resolución N° 89, del 16 de julio de 2008, Exp. N° 2008-0J445, la jueza, ante el pedido del “tercero adquirente” del bien materia de ejecución, para que se suspenda dicho proceso por haberse levantado la hipoteca (en mérito a la transferencia realizada por el liquidador conforme lo estipula el artículo 85.1 de la LGSC,) resolvió que: "(...) la ejecución de la mencionada hipoteca se encuentra respaldada por una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada, razón por la cual no es posible legalmente efectuar dicha cancelación puesto que ello significa una desobediencia a la cosa juzgada. En ese sentido no se puede concebir que el Registrador Público

(...) haya cancelado la hipoteca (...) dejando sin efecto la seguridad jurídica (...) cabe referir que las sentencias pasadas a la autoridad de cosa juzgada tienen efectos inmutables conforme lo señala la Constitución (...) que mediante trámites administrativos pretendan dejar sin efecto un orden judicial ocasionando un daño a la parte ejecutante al haber invertido tiempo, años de litigio en la tramitación de la presente causa, **por ello corresponde al registrador reponer los actos inscritos en la Ficha Registral** (...) al momento en que se encuentra vigente la hipoteca otorgada por los ejecutados a favor del Banco ejecutante, a efectos de continuar con la tramitación de la presente causa y dar cumplimiento a la cosa juzgada. Por tales consideraciones se declara **IMPROCEDENTE** la suspensión de la ejecución de garantía solicitada y se dispone **OFICIAR** al Registrador Público (...) dejar sin efecto la cancelación de la hipoteca (...) bajo responsabilidades civiles y/o penales que diera lugar (...).”

A mayor abundamiento, debemos indicar que **en otro proceso**, donde el juzgado de primera instancia, Exp. N° 834-2007, mediante resolución N° 95, de fecha 16 de junio de 2008, declaró la conclusión del proceso por sustracción de la materia debido igualmente al levantamiento de la garantía por aplicación del referido artículo 85.1 de la LGSC, la **Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima**, mediante resolución de fecha 21 de enero de 2009, Exp. N° 02382-2008, resolvió declarar **NULA** la referida resolución debido, entre otras consideraciones, a que “(...) el artículo 139 de la Constitución Política señala que la función jurisdiccional es independiente en su ejercicio y que no se pueden dejar sin efecto resoluciones que tienen la calidad de cosa juzgada; por lo que es de verse que el Juzgador al dar por concluido el proceso está transgrediendo el mandato constitucional y le está restando eficacia a la resolución (...) que ordena el remate del bien otorgado en garantía (...)”. Ante este contundente pronunciamiento el juez de 1ª instancia, mediante resolución N° 106, de 22 de julio de 2009, resolvió declarar **“IMPROCEDENTE LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO, en consecuencia ORDÉNESE** al Registrador Público deje sin efecto la cancelación de la hipoteca del inmueble materia de ejecución (...) debiendo por tanto **REPONERSE LOS ACTOS INSCRITOS** en dicha ficha al momento en que se encontraba vigente la hipoteca otorgada por los ejecutados a favor del demandante (...)”. Esta resolución, elevada en consulta, fue **APROBADA** por la **Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima**, mediante resolución N° 125 de fecha 11 de agosto de 2010. Ante dicha resolución de vista el **juez de la causa mediante Resolución N° 119 del 11 de marzo del 2011 dispuso dejar sin efecto la cancelación de la hipoteca ordenándose que se reponga la misma al momento en que se encontraba vigente**. Finalmente, el 12 de abril de 2011, el Registrador

Público procedió a realizar lo indicado por el mencionado magistrado plasmando todo ello en el respectivo asiento de la partida registral del inmueble. Casi tres años de dura batalla judicial.

Cabe precisar que lo expuesto viene siendo resuelto así por el Poder Judicial a partir de la expedición de la sentencia del **Tribunal Constitucional de fecha 22 de agosto del 2002, recaída en el Exp. N° 1125-2001-AA/TC**, en la cual se indica que existiendo ya sentencia con autoridad de cosa juzgada en un proceso de ejecución de garantías iniciado por su acreedor, el ejercicio por parte de este último del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrada en el artículo 139 de la Constitución se ve restringida de manera injustificada, al no poderse ejecutar dicha sentencia debido a la aplicación del marco de protección legal del patrimonio del deudor que se genera como consecuencia del acogimiento del deudor a concurso.

### 1. Problemática del artículo 85.2 de la LGSC

Como hemos visto en los párrafos anteriores, más allá de las maniobras de los deudores para levantar las garantías, es posible, siempre y cuando se tenga una orden de remate consentida, obtener un pronunciamiento judicial que corrija la indefensión en que puede encontrarse el acreedor. Sin embargo, tanto en el Caso 1, como en el Caso 2, hay un elemento en común, el ingreso del bien (garantía real) a la masa concursal de un “tercero” con el cual la IF no tiene acreencia alguna y, por lo tanto, no podrá intervenir en dicho proceso concursal. En este escenario, **habremos pasado al supuesto contemplado en el artículo 85.2 de la LGSC**, que establece que en la venta de bienes de **propiedad del deudor (tercero concursado)** que garanticen **obligaciones de terceros (ex propietario del bien y deudor de la IF)** el liquidador debe respetar los derechos reales de garantía constituidos sobre los mismos, pagando los créditos de estos terceros, con el producto de dicha venta, teniendo en consideración el rango registral y montos que correspondan, pero sin afectar el pago de los créditos del primer orden de preferencia que existan en el procedimiento; sin embargo, lo que debería ser una norma destinada a proteger al acreedor garantizado se ha convertido en la herramienta más utilizada por la mencionada “mafia” para levantar las garantías reales de las IF.

Al respecto, es importante mencionar que ante la indefensión en que se encontraban los acreedores que tenían dicha posición, mediante Resolución N° 128-2005-SUNARP-TR-L, el Tribunal Registral de Lima en su oportunidad resolvió que el liquidador no podía levantar la hipoteca si esta no garantizaba una deuda de los insolventes, pues al tratarse de una hipoteca que garantiza una obligación de tercero, el liquidador no contaba con tales atribuciones, toda vez que dicha facultad la tiene respecto de aquellas garantías que respalden obligaciones contraídas por el

deudor y no las que garanticen obligaciones de terceros, pues dichos acreedores no se encontrarían dentro del procedimiento concursal. Sin embargo, la buena intención que tuvieron los vocales de dicho Tribunal al establecer dicho criterio, al no ser precedente de observancia obligatoria, en la mayoría de los casos era obviado por los registradores.

Por el contrario, con fecha 15 de abril de 2009, salió publicado en el diario oficial *El Peruano* un “**Precedente de Observancia Obligatoria**”<sup>(23)</sup> el cual estableció que: “El levantamiento automático de los gravámenes como consecuencia de la transferencia efectuada por el liquidador, al amparo del artículo 85 de la Ley N° 27809 **incluye las hipotecas que garantizan créditos de persona distinta a la insolvente**”. Al respecto, si bien como premisa y ciñéndonos estrictamente a lo establecido en el artículo 85 es sostenible ello, en el desarrollo de dicho precedente se realizan afirmaciones que no se ajustan a ley y que por el contrario debieran servir para tomar nota del vacío que la LGSC tiene al respecto. En efecto, en dicho precedente se indica que: “(...) Por último, la persecutoriedad como facultad del acreedor pierde todo sentido, desde que el insolvente está legalmente impedido de disponer de sus bienes, gravados o no gravados. (...) Sobre la base de esta premisa, **el artículo 85.2 de la LGSC parte por atribuir legitimación exclusiva al liquidador para la venta de los bienes del concursado que garantizan deudas de terceros, excluyendo así que el acreedor de estos ejecute –judicial o extrajudicialmente– las garantías reales.** De ese modo, la “salida ordenada del mercado” es una realidad, pues el patrimonio del concursado constituirá una sola masa de bienes cuya venta con fines de pago a los acreedores (del concursado y de los terceros garantizados) **estará a cargo de un solo sujeto y se verificará en un**

**“ El artículo 85.2 de la LGSC viene siendo utilizado indebidamente por una mafia, la cual viene levantando un sin número de garantías reales en perjuicio principalmente de las instituciones financieras de este país. ”**

**único procedimiento** (el concursal), reduciendo así los costos de dicha salida” (el resaltado es nuestro).

Como podemos apreciar, el Tribunal Registral considera que el artículo 85.2 le da “legitimación exclusiva” al liquidador para la venta de los bienes del concursado excluyendo la posibilidad de que el acreedor pueda ejecutar dichos bienes, **sin embargo lo expuesto es erróneo** ya que claramente el artículo 18.6 de la propia LGSC, indica que publicado el concurso del deudor no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del

deudor afectados por garantías, **salvo que dichos bienes hubiesen sido afectados en garantía de obligaciones de terceros**, en cuyo caso podrán ser materia de ejecución como en los supuestos de los artículos 16.1, (referido a los créditos posconcursoales)<sup>(24)</sup> y 67.5 (referido a la posibilidad de ejecutar bienes del concursado que garanticen obligaciones de terceros aun habiéndose aprobado un plan de reestructuración)<sup>(25)</sup>.

Siguiendo el análisis de dicho precedente, se indica igualmente que: “No corresponde al Registro evaluar si el liquidador que enajenó onerosamente un bien que asegura créditos de terceros ha cumplido con pagar prioritariamente al acreedor de estos (es decir, si ha dado cumplimiento a sus obligaciones que le impone el artículo 85.2 de la LGSC). Al respecto, debe recordarse que el artículo 74.2 de la LGSC establece que la junta de acreedores debe nombrar como liquidador a “una entidad o persona que tenga registro vigente ante la Comisión” (de Acceso y Salida del Mercado del Indecopi). El liquidador es, pues, un sujeto que actúa bajo supervisión del Indecopi, y que inclusive otorga a favor de esta garantías de una actuación diligente como liquidadora (...)”. Esta aseveración nos

(23) Resolución N° 400-2009-SUNARP-TR-L, contenida en “PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA”, Aprobados por el Tribunal Registral en su XLVI Pleno Registral realizado en Lima los días 2 y 3 de abril de 2009, Resolución del Presidente del Tribunal Registral N° 061-2009-SUNARP/PT de fecha 6 de abril de 2009, publicado en la Separata Especial del diario oficial *El Peruano* con fecha 15 de abril de 2009, pp. 394258 y 394262.

(24) **Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809**

**Artículo 16.- Créditos posconcursoales**

16.1 Los créditos posconcursoales serán pagadas a su vencimiento, no siendo aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 17 y 18 con la excepción prevista en el tercer párrafo del presente artículo. Las solicitudes de reconocimiento de créditos serán declaradas improcedentes.

(25) **Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809**

**Artículo 67.- Efectos de la aprobación y del incumplimiento del Plan de Reestructuración**

(...)

67.5 El Plan de Reestructuración aprobado no surte efectos sobre bienes del deudor que garanticen obligaciones de terceros, contraídas con anterioridad a la fecha de difusión del procedimiento concursal. En este caso, el titular del derecho real podrá proceder a ejecutar su garantía de acuerdo a los términos originalmente pactados, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.6.

permite apreciar algunos otros vacíos del artículo 85.2, pues lo que indica dicho precedente es que al “Registro” no le corresponde la verificación del pago y “recuerda” que al liquidador lo nombra una junta de acreedores y que este es “supervisado” por el Indecopi, teniendo inclusive constituida una Carta Fianza que “garantiza” cualquier actuar no diligentemente de la misma. En buena cuenta, lo que señala dicho precedente es que la responsabilidad de dicha verificación, corresponde a la junta de acreedores y al Indecopi, no teniendo por tanto ellos responsabilidad alguna, es decir, salen de “escena”. La consecuencia lógica de lo indicado es que la responsabilidad de lo indicado por tanto caería en la junta de acreedores y en el Indecopi; sin embargo justamente acá es donde volvemos a lo mencionado en los Casos 1 y 2, expuestos anteriormente, pues es en dichos escenarios, en que **al acreedor del “tercerero garantizado”, no le es posible participar en la junta de acreedores de su no deudor, quedando por tanto a “merced” de los acreedores y del liquidador vinculado de este último, quienes actuarán conforme se ha detallado en los referidos casos (transferencia a precio vil, etc.).** Por su parte el Indecopi no podrá realizar actuación alguna con el fin de evitar los actos antes indicados ya que en todo caso al denunciarse los hechos –ya consumados–, dicha entidad, a través de la Secretaría Técnica de la Comisión de Procedimientos Concursales (Comisión), iniciará un procedimiento sancionador, el cual, luego de meses de trámites, culminará con una sanción pecuniaria que, en comparación con los perjuicios causados, es mínima y por lo tanto no desalienta a los deudores a seguir cometiendo dichas infracciones, conforme lo veremos a continuación.

## 2. Ineficiencia de las sanciones impuestas a las entidades liquidadoras

Ha decir de la Sala de Defensa de la Competencia N° 01 (en adelante, La Sala) “para garantizar el cumplimiento de los fines y objetivos del procedimiento concursal, los actores involucrados en el mismo deben adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. En esa línea, las entidades encargadas de conducir el proceso de liquidación deberán actuar con diligencia en el cumplimiento de sus funciones, toda vez que ello incidirá

en la obtención del mayor valor del patrimonio en crisis y, con ello, en la mayor recuperación posible de créditos por parte de los acreedores. Por ello, la LGSC ha establecido que únicamente podrán desempeñar dichas funciones aquellas personas naturales o jurídicas que se encuentren debidamente registradas para tales efectos ante el Indecopi. En ese sentido, la citada ley establece ciertos requisitos para obtener y mantener vigente el referido registro, los cuales están destinados a garantizar de manera continua la solvencia técnica y moral que debe tener quien dese acceder al mismo. En efecto, la naturaleza de las funciones del liquidador determina que solo pueden estar calificadas como tales aquellas personas naturales o jurídicas que reúnan y conserven la idoneidad técnica para realizar dicha labor, puesto que asumir lo contrario implicaría poner en riesgo la finalidad perseguida por el sistema concursal”<sup>(26)</sup>. Por otro lado, la Sala señala<sup>(27)</sup> que “las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. Así, el objetivo de las sanciones es adecuar las conductas de los administrados al cumplimiento de determinadas normas. En este sentido, el artículo 127 de la LGSC establece que la Comisión deberá graduar las multas teniendo en consideración criterios tales como la intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias agravantes o atenuantes en la comisión de la infracción y la reincidencia”<sup>(28)</sup>. Conforme lo señala la doctrina mayoritaria sobre la materia, el elemento intencionalidad implica la conciencia y voluntad de realizar el hecho infractor, pues no basta tener conocimiento objetivo de la norma sino que debe acreditarse, además, que la imputada tenía la voluntad de infringir la norma, es decir, el elemento subjetivo, querer deliberadamente actuar de manera contraria a Derecho<sup>(29)</sup>. Por ello, la Sala concluye que “una entidad liquidadora que, de manera reiterada, incurre en las mismas infracciones administrativas por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, lo cual reviste especial gravedad, no puede seguir siendo considerada una empresa apta para conducir procesos de liquidación. Por el contrario, dicha situación evidencia que la referida entidad debe ser retirada del registro de liquidadores inscritos ante el Indecopi, toda vez que su actuación genera a los acreedores excesivos costos y pérdidas

(26) Véase la Resolución N° 0710-2011/SC1-INDECOPI de fecha 16 de marzo de 2011.

(27) Véase la Resolución N° 0992-2011/SC1-INDECOPI de fecha 12 de mayo de 2011.

(28) Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809

Artículo 127.- Criterios de graduación de multas

Para graduar la cuantía de la multa a imponer, las Comisiones tendrán en consideración criterios como la intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias agravantes o atenuantes en la comisión de la infracción y la reincidencia.

(29) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal Parte General I*. Grijley, Lima, 2005, p. 455. Citado en la Resolución N° 0992-2011/SC1-INDECOPI, Ob. cit.

—algunos de ellos irre recuperables—, en vez de los beneficios que el ejercicio de sus funciones debería reportar a la masa<sup>(30)</sup>.

Lo expuesto por la Sala es completamente cierto, sin embargo el gran problema radica en que pese a que las entidades liquidadoras al servicio de la “mafia” han venido actuando de manera reiterada “aplicando la metodología” expuesta en el presente documento, la Comisión, de manera tardía, pese a la existencia de contundentes evidencias y denuncias, no actuó de manera inmediata inhabilitando permanentemente a dichas entidades liquidadoras sino que —a mi entender— en un exceso de “cautela”, por decir lo menos, prefirió avanzar gradualmente las sanciones hasta llegar a la cancelación de su registro; cancelación que llegó demasiado tarde (extemporánea) y sin mayor efecto, pues dichas entidades liquidadoras ya habían cometido millonarios actos ilícitos en perjuicio de los acreedores, por lo que, la “sanción” impuesta los tenía sin cuidado.

Para graficar lo indicado y la impunidad con la que han venido actuando los liquidadores, podemos citar la **Resolución N° 2228-2009/CCO-INDECOPI, de fecha 9 de marzo de 2009**, en la cual la Comisión, luego de haberle impuesto en **cinco** procedimientos sancionadores previos, la suma de **188 (ciento ochenta y ocho) UIT** a la entidad liquidadora sancionada, que en comparación con los daños causados en los procedimientos de liquidación respectivos es una cantidad irrisoria y que además solo va destinada al Indecopi, dispone —por fin— su inhabilitación permanente y que se le cancele el registro como entidad administradora y liquidadora de deudores, disponiendo además que se remita copias a la Gerencia Legal del Indecopi para que evalúe la pertinencia de interponer una denuncia penal ante el Ministerio Público. Cabe señalar que esta resolución fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia N° 01, mediante Resolución N° 1491-2010/SC1-INDECOPI, de fecha 21 de abril de 2010, encargando a la Secretaría Técnica de la Comisión evalúe, además, la pertinencia de iniciar un procedimiento sancionador contra los directivos, gerentes, apoderado y representantes legales de la entidad liquidadora por la presunta responsabilidad administrativa en la que pudieron haber incurrido tales personas en la realización de los hechos sancionados.

A mayor abundamiento, otro emblemático caso es recogido en la **Resolución N° 5721-2010/CCO-INDECOPI, de fecha 12 de agosto de 2010**, en la cual, al igual que en el caso anterior, la Comisión, luego de haberle impuesto

en **cuatro** procedimientos sancionadores previos, la suma de **364 (trescientos sesenta y cuatro) UIT** a la entidad liquidadora sancionada, que igualmente en comparación con los daños causados en los procedimientos de liquidación respectivos es una cantidad irrisoria y que además solo va destinada al Indecopi, dispone —por fin— su inhabilitación permanente y que se le cancele el registro como entidad administradora y liquidadora de deudores. Esta resolución igualmente fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia N° 01, mediante Resolución N° 0710-2011/SC1-INDECOPI, de fecha 16 de marzo de 2011.

Solo en estos dos casos tuvieron que pasar **nueve procedimientos sancionadores, dos años de impunidad y pérdidas millonarias para los acreedores**, para que la Comisión tomara la única decisión que era la pertinente y oportuna desde un principio, la inhabilitación permanente y la cancelación del registro; lamentablemente este es otro claro ejemplo de que “justicia que tarda, no es justicia”.

## **V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

1. El artículo 85.2 de la LGSC viene siendo utilizado indebidamente por una mafia, la cual, utilizando una compleja red de personas, empresas, liquidadoras, árbitros, etc., viene levantando un sin número de garantías reales en perjuicio principalmente de las instituciones financieras de este país.
2. Las modalidades empleadas por la mafia para levantar las garantías reales son variadas, sin embargo cuando existe una orden de remate consentida y, por lo tanto, con la condición de “cosa juzgada”, aun cuando la referida mafia transfiera el bien en reiteradas oportunidades, el juez de la causa, al amparo del artículo 139 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, deberá ordenar al Registro Público respectivo dejar sin efecto el asiento de levantamiento y ordenar la reposición de la garantía real indebidamente levantada.
3. La Comisión de Procedimientos Concursales debe, desde un inicio, proceder a inhabilitar permanentemente y cancelar el registro de las entidades liquidadoras que realicen actos como los indicados en el presente artículo, ya que la demora en implantar ese tipo de sanciones —aplicando una escala gradual— lo único que ocasiona es que estas sigan actuando con total impunidad y generándose ganancias millonarias en perjuicio de los titulares de las garantías reales y del sistema concursal.

(30) Véase la Resolución N° 0710-2011/SC1-INDECOPI, Ob. cit.

4. Por todo lo expuesto, urge realizar algunas modificaciones al artículo 85 de la LGSC, así como a otros artículos que son concordantes con este, con el fin de evitar que se siga haciendo un uso indebido del sistema concursal<sup>(31)</sup>, lo que ocasiona el debilitamiento del sistema de garantías reales y del crédito en el Perú.
5. Sin perjuicio de lo expuesto y entre tanto no se realice las modificaciones pertinentes a la LGSC, recomendamos a todos los titulares de garantías reales inscritas en los registros respectivos, proceder a registrar las mismas en el servicio gratuito de la Sunarp, denominado "Alerta Registral"<sup>(32)</sup>, ya que ello le permitirá ser notificado, vía correo electrónico, sobre cualquier título que se pretenda inscribir sobre la garantía de la cual es titular y así poder ejercer, de ser el caso, las acciones legales pertinentes para salvaguardar sus derechos.

**ANEXO:**

**PROPUESTA PARA MODIFICAR LOS ARTÍCULOS DE LA LGSC RELACIONADOS CON LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA EN EL PRESENTE ARTÍCULO**

Analizada la problemática actual, materia del presente trabajo, ponemos a disposición de las autoridades pertinentes y/o de sus asesores, quienes seguro leerán este artículo, una propuesta de modificación a la LGSC, con el fin de solucionar la misma. Esta propuesta pretende poner en conocimiento del Indecopi y del titular de las garantías reales —no acreedor del concursado— el ingreso del referido bien a la masa concursal de este último, con lo cual, dicho titular de las garantías reales estará alertado que su garantía está en dicha situación y podrá tomar las medidas pertinentes del caso (como apersonarse como tercero con legítimo interés en el proceso, entre otras) y así verificar y analizar el desarrollo del referido proceso concursal, en salvaguarda de sus intereses. Adicionalmente se plantea que para estos tipos de casos, la transferencia sea vía remate público con lo cual se obtiene la publicidad debida y por lo tanto la participación de cualquier interesado, incluso el propio titular de las garantías reales, con lo cual la transferencia del bien se realizará necesariamente a precios de mercado, evitando que se realicen "transferencias" directas a "terceros vinculados" a precios ínfimos.

**Cabe precisar que, como toda propuesta, esta puede ser perfectible. Finalmente, lo que realmente importa es que se tomen de manera inmediata las acciones pertinentes.**

**PROPUESTA:** Lo subrayado es lo que se introduciría a los artículos siguientes:

**"Artículo 25.- Documentos anexos a la solicitud**

25.2 Las relaciones señaladas en los literales g), h) e i) del párrafo precedente, deberán ser actualizadas a la fecha de difusión del procedimiento. **Posteriormente a dicha fecha el deudor, su administrador o liquidador, según sea el caso, comunicará a la Comisión, cualquier variación respecto a la información señalada el literal h) precedente, dentro del plazo de 1 día hábil de haberse producido la transferencia. En el caso que dichos bienes muebles o inmuebles garanticen obligaciones de terceros, hayan sido adquiridos antes o después de la publicación del concurso, igualmente se deberá comunicar dicha situación al titular de las garantías reales, mediante documento de fecha cierta y en el plazo de 1 día realizada la difusión del procedimiento, debiendo presentar dicha comunicación igualmente a la Comisión en el plazo antes indicado".**

**"Artículo 85.- Efectos de la transferencia de bienes por parte del liquidador**

(...)

85.2 Tratándose de la **transferencia** de bienes de propiedad del deudor que garanticen obligaciones de terceros conforme a lo señalado en el artículo 81.2 el Liquidador debe respetar los derechos reales de garantía **y demás gravámenes y cargas** constituidos sobre los mismos, pagando los créditos de estos terceros, con el producto de dicha **transferencia**, teniendo en consideración el rango registral y montos que correspondan, pero sin afectar el pago de los créditos del primer orden de preferencia que existan en el procedimiento. **Será requisito para la transferencia de estos bienes, bajo sanción de nulidad, lo siguiente: i) Que esta se realice obligatoriamente vía remate público, conforme las disposiciones contenidas en el Capítulo V del Título V de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, en especial lo estipulado en el artículo 733 de dicho cuerpo legal; y ii) Que la Comisión emita constancia que el liquidador cumplió**

(31) Véase Anexo donde se proponen las modificaciones del caso.

(32) Tal como se puede advertir en la página web de la Sunarp (<www.sunarp.gob.pe>), Alerta Registral es el servicio que permite advertir al titular registral de un derecho registral, respecto del título o títulos que se han presentado para su inscripción en la partida en la que se tiene inscrito su derecho o bajo el nombre del suscrito. Aprobado mediante Resolución N° 185-2008-SN, del 27 de junio de 2008, que aprueba la Directiva N° 003-2008-SUNARP-SN.

con realizar las comunicaciones indicadas en el artículo 25.2. El Registrador no procederá a inscribir dicha transferencia sino se verifica el cumplimiento de los requisitos indicados anteriormente, bajo responsabilidad”.

“85.3 El titular de los derechos reales de garantía y demás gravámenes y cargas indicados en el numeral anterior podrá solicitar, desde la primera

convocatoria a remate, la adjudicación en pago del bien materia del mismo, pudiendo oponer, para tal efecto y en cualquier convocatoria, el monto de las acreencias que tuviere pendiente de pago. En caso que dichas acreencias sean menores al precio base del remate este podrá pagar la diferencia en los plazos establecidos. No necesita presentar oblate para participar en los remates”.

ANEXO  
PROPUESTA PARA MODIFICAR LOS  
ARTÍCULOS DE LA L.O.S.C. RELACIONADOS CON  
LA PROBLEMÁTICA PLANTEAADA EN  
EL PRESENTE ARTÍCULO.

Realizada la preponderancia actual, materia del presente tra-  
pago, por tanto a disposición de las autoridades premin-  
les y de sus acreedores, quienes según se verá en este artículo,  
una propuesta de modificación a la L.O.S.C. con el fin de so-  
lucionar la misma. Esta propuesta pretende poner en con-  
sistencia del trabajo y del monto de las garantías reales  
del acreedor y del comprador el monto del remate de  
a la marca original de cada finca y con lo cual, dicho fi-  
nca de las garantías reales estará afectada que se van-  
de esta en dicha situación y por lo tanto, las mejoras per-  
tenecientes a esta finca, como lo son, como lo son, como lo son,  
al momento de la adjudicación, como lo son, como lo son,  
y también el desarrollo del referido proceso concursal, en  
el ámbito de sus intereses. Adicionalmente se plantea  
que para estos tipos de casos, la transferencia sea a la re-  
misión pública con lo cual se evita la publicidad de esta re-  
y por lo tanto la participación de cualquier interesado, in-  
cluyendo el propio titular de las garantías reales, con lo cual  
la transferencia del bien se realiza únicamente a través  
del mercado, evitando que se realicen transacciones  
directas y evitando también que se realicen con el objeto  
de la misma.

(31) Véase Anexo donde se proponen las modificaciones del caso.  
(32) Tal como se puede advertir en la página web de la Superintendencia de la Propiedad Registral (www.scrip.gob.pe). A la vez Registral es el servicio que permite advertir al titu-  
lar registral de un derecho registral, respecto del libro o título que se han registrado en el registro en la fecha en la que se hizo el regis-  
tro de dicho acto o pago el nombre del suscrito. Aprobado mediante Resolución N° 183-2008-SI, del 27 de junio de 2008, que aprueba la Directiva  
N° 007-2008-SI-AR-P-SI.