

2019.2

juriste

I N T E R N A T I O N A L

Union Internationale des Avocats

Bringing Together the World's Lawyers • Rassembler les avocats du monde • Reunir a los abogados del mundo



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

**Special 2019
Luxembourg
Congress
November 6-10**



LexisNexis
GLOBAL LEGAL SOLUTIONS PREMIER SPONSOR



Cuestiones actuales de derecho concursal: ley procesal de quiebras vs. ley concursal¹

■ Esteban CARBONELL O'BRIEN

Que, con motivo de visitar el hogar del recordado maestro del Derecho, Don Carlos Fernandez Sessarego, en el apacible distrito de Miraflores, Lima, Perú, pudimos verificar su gran sapiencia en temas ajenos, particularmente al Derecho Civil.

Su amplia visión del Derecho, amparada principalmente en la filosofía y la lógica, nos llevaron a consultarle respecto a temas ligados a nuestra especialidad: Derecho Concursal o de la Crisis empresarial. Saltó en su memoria, el texto que reproducimos y que nos permitimos – gracias a su anuencia, poder comentarlo – desprendiendo como adelanto, su gran actualidad a pesar del paso inexorable del tiempo. Empecemos con la tarea.

“...1.- Introducción.-2.- Fundamentos de la declaración judicial de quiebra.

El artículo primero de la ley 7566 declara, en efecto, que el objeto del procedimiento de quiebra debe ser la realización de los bienes del deudor con la finalidad de “proveer al pago de sus deudas” en los casos y forma determinados por la propia ley. La experiencia de veinticinco años de vigencia de la Ley Procesal de Quiebras nos muestra que los dispositivos de la ley no permiten, en el curso de su aplicación por los verdaderos actores del Derecho, alcanzar esta pragmática finalidad señalada por el artículo primero de una ley que no hace honor a tan concreto propósito”.

Que, debemos precisar que la ley de quiebras aludida fue derogada por el D.L. 26116 del año 1992, luego de interminables debates que dieron luz a una nueva normativa, incluso un abrupto cambio de fuero, vale decir, se sustrajo la actuación del concurso, del ámbito judicial y paso a uno de carácter administrativo.

Posteriormente, incluso hubo sendas enmiendas a través del D. Legislativo 845 (1997) y la finalmente con las Leyes 27.809 (2002), 28.709 (2006) Decreto Legislativo 1050 (2008) y Leyes 30.201 (2014) 30.353 (2015). Con ello, se buscaba evitar lo que el maestro Fernandez manifestó hace más

de setenta años, siendo el fin de nuestra actual normativa, la protección o tutela del crédito y no en estricto, el mero pago de créditos a resultas de la enajenación del patrimonio del deudor, el cual muchas veces, es incipiente o inexistente.

Sin embargo, vemos con tono realista que dicha finalidad en tiempos modernos, no se cumple, repitiéndose la historia. Probablemente, los actores han cambiado pero la escena dramática revela que la imposibilidad de honrar obligaciones patrimoniales, se vuelve reiterativa. Estamos acaso en un mundo ideal? Un mundo ajeno a la crisis empresarial es casi

se da con la dación de la nueva normativa de concursos en el Perú, sumado al nacimiento de una institución de carácter técnico: INDECOPI. Organismo de tutela del concurso y sus procedimientos. Sea a través, de su Comisión de procedimientos concursales – CCO que es el órgano encargado de tramitar los distintos procedimientos destinados a afrontar la crisis de un deudor, ya sea por el incumplimiento de pago o pérdida de su patrimonio. Frente a ello, el deudor debe sortear múltiples problemas de índole administrativo, logístico, financiero y económico, que le permitan presentar una propuesta idónea, eficiente y veraz.

Pues a través de un procedimiento concursal se busca generar un ambiente idóneo y se lleve a cabo una negociación entre acreedores y deudor

imposible. A nuestro juicio, ello se repetirá como un disco sin fin por generaciones enteras, quedando la prevención como remedio y el uso del concurso en momento oportuno, generando éste, un ambiente idóneo para la negociación, con el múltiple abanico de acreedores y el deudor, como gran generador de nuevas oportunidades.

Prosigue el maestro señalando: “En efecto, no es fenómeno común el que los acreedores obtengan, como resultas del procedimiento de quiebra, el pago de sus deudas. En las hipótesis más favorables se consiguen tardíos porcentajes que, con frecuencia, no cubren ni un monto equivalente a los intereses devengados por los capitales debidos por el fallido. El cúmulo de reparos a que se hace merecedora la ley 7566 y algunos de los órganos de la quiebra, justifica el anhelo de reformar o sustituir la ley vigente por un conjunto de normas que remuevan, aunque sea n parte, los obstáculos que en la actualidad determinan el desprestigio del procedimiento”.

Con lo acontecido el legislador buscó generar un nuevo clima de negocios, que permita arribar a acuerdos satisfactorios a la luz de un nuevo concurso de acreedores. Ello

Y prosigue manifestando lo siguiente: “Y decimos que “aunque sea en parte” por qué no ignoramos que existen inconvenientes inherentes a la naturaleza de la quiebra que impedirán, en cualquier circunstancia, obtener un dispositivo jurídico plenamente satisfactorio. No perdemos de vista las opiniones de ilustres juristas, como Bolaffio y Renouard, cuando afirman que en una quiebra todos pierden y que la sabiduría consiste en moderar al máximo el sacrificio de las partes.”

En efecto, recordemos que la instauración de un novedoso sistema concursal en el Perú opera luego de la dación del D.L. 26116, aunque sus enmiendas superan las reales expectativas del ciudadano de a pie. Siguen luego de un poco más de veinte años, las falencias y en estricto por la actuación por parte de los actores, muchas veces tardía.

Pues a través de un procedimiento concursal se busca generar un ambiente idóneo y se lleve a cabo una negociación entre acreedores y deudor. Así se pueden alcanzar soluciones orientadas a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis y por tanto, las soluciones más eficientes para la extinción

de las deudas, pero reiteramos con énfasis, de manera oportuna, pues muchas veces, la oportunidad es tardía y ello conlleva, que la única salida sea la liquidación del patrimonio y de la misma empresa, resultando estériles cualquier esfuerzo, incluso contra la propia voluntad de los acreedores.

Ello, porque la actual normativa concursal prevé apremios, como por ejemplo, el enunciado en el artículo 24.2 de la Ley 27.809 que señala expresamente: “a) Para una reestructuración patrimonial, el deudor deberá acreditar, mediante un informe suscrito por un representante legal y su contador público colegiado, que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado.. b) De no encontrarse en el supuesto del inciso a) precedente, el deudor sólo podrá solicitar su disolución y liquidación, la que se declarará con la resolución que declara la situación de concurso del deudor”.

Con ello, se confirma que toda alternativa debe ser adoptada de modo oportuno, lo contrario opera en una inexorable salida de la empresa del mercado.

Y agrega para reforzar nuestro anterior comentario: “Es defecto frecuente de los juristas, fuertemente impregnados de una formación exclusivamente racionalista y en medios jurídicamente no muy desarrollados, el perder la vista el objeto mismo de la Ciencia del Derecho, como es la propia conducta humana en su interferencia intersubjetiva, e inclinarse a un mero estudio de legislación positiva comparada con prescindencia del análisis socio-económico que resulta de ser el contenido materia de la regulación legal”.

La falta de promoción de las posibles bondades del procedimiento concursal o en casos extremos, el mal uso de éste, provocan la falta de interés que a la larga genera incertidumbre en el mercado y sus agentes. Por ello, se justifica de la existencia de un órgano rector y muy técnico. Sin embargo luego de dos décadas, vemos el desgaste del INDECOPI y la nula renovación de sus autoridades, lo que hace visible un cambio generacional con urgencia. Nuevos aires que refresquen el caldeado ambiente político en vísperas del inicio del Bicentenario de nuestra patria.

Nuestra idea se ampara en el siguiente comentario: “Las deficiencias de la ley Procesal

de Quiebras, y de sus órganos, sobre todo en lo referente a la morosidad y onerosidad del procedimiento, ha obligado a los acreedores, en la mayoría de los casos, a aceptar arreglos extra-judiciales desfavorables a sus intereses, pues, sin una debida justificación y adecuada investigación de causales, están forzados a escoger entre una demanda de quiebra – que supone el olvido de sus créditos- o un convenio “amigable”, de delitos que se mantienen en la impunidad”.

Los convenios extra-judiciales – que se ven forzados a aceptar los acreedores – confieren, en la mayoría de los casos, apariencia legal a situaciones antijurídicas. Los acreedores deben admitir del insolvente la presentación de pasivos dolosamente confeccionados, en los que al lado de sus auténticos créditos, se configuran obligaciones ficticias. Y están compelidos a admitir, también sin mayor análisis, activos disminuidos en perjuicio de sus propios intereses. A esta situación los empuja los vacíos y deficiencia de la ley concursal. El clamor contra su permanencia, en los términos de que está vigente, se encuentra plenamente justificado.

Los convenios extra-judiciales – que se ven forzados a aceptar los acreedores – confieren, en la mayoría de los casos, apariencia legal a situaciones antijurídicas.

Y prosigue señalando: “La reforma o sustitución de la actual Ley 7566 supone no sólo enmendar los errores o deficiencias en cuanto al procedimiento mismo de la quiebra sino también, y principalmente, en lo referente a los convenios o concordatos judiciales y extra-judiciales.

Aunque por la índole misma del Derecho existirá siempre libertad para contratar al margen de las disposiciones legales – en lo que no está prohibido por ellas – es conveniente regular más minuciosamente el convenio extra-judicial a fin de permitir al deudor comerciante de buena fe aliviar una precaria y transitoria situación de desequilibrio económico con miras a su recuperación, sin pérdida del crédito indispensable para seguir operando, y , al mismo tiempo, evitar a los acreedores las dificultades inherente al juicio de quiebra, por más acertadas que sean sus disposiciones.”

En ese orden de ideas, el legislador buscó – infructuosamente – arribar a una salida

ordenada frente a la crisis del deudor, que encontrándose en etapas distintas de endeudamiento, cesación de pagos e insolvencia, las cuales suponen una imposibilidad parcial o total de afrontar obligaciones de índole pecuniario, respectivamente, debían ser solucionadas por un instituto rector como el concurso de acreedores.

Y prevé también lo siguiente: “Sin embargo, resulta sumamente difícil, en la práctica, precisar por el Juez o por los acreedores de obligaciones no vencidas, el estado de desequilibrio económico-originario del estado de insolvencia como supuesto para una declaración judicial de quiebra. Por lo general, conviene a los intereses de los deudores – ilusionados con superar la crisis o de mala fe, – el ocultar su verdadera situación, la misma que permanece en el secreto de la economía privada.

En cambio, la cesación de pagos – que es frecuentemente la manifestación externa del desequilibrio económico – ofrece a los acreedores y al Juez la ventaja de su objetividad como fundamento de la declaración de su objetividad como fundamento de la declaración judicial de quiebra, simplificando la labor del

Juez. Lo que cuenta, para las legislaciones que han adoptado el sistema de la cesación de pagos como base para la declaración judicial de quiebra, no es la condición intrínseca de insolvencia, sino el dato externo de la imposibilidad de pagar obligaciones a sus respectivos vencimientos.”

Esta fórmula fue recogida en la vigente legislación concursal peruana al instaurar dos procedimientos a saber: el procedimiento ordinario y el preventivo, los cuales están orientados a las dos situaciones patrimoniales descritas anteriormente, las mismas que se diferencian por el estadio financiero del deudor, delimitado por un tenue línea pero que la doctrina ha logrado separar magistralmente.

Por ende, el órgano rector del procedimiento concursal previa a la declarar el inicio del concurso, sea a pedido de cualquier acreedor o del propio deudor (concurso necesario o

voluntario) no sólo en el caso límite de la cesación de pagos, ante el hecho consumado del vencimiento de obligaciones – que demuestren, en forma clara y terminante, el estado de desequilibrio económico que permitirá, en su oportunidad, el atender por el deudor el pago de sus compromisos, debe verificar de manera fehaciente, el real estado patrimonial del deudor para evitar desnaturalizar el uso del instituto.

De este modo se evita que el deudor utilice medios ruinosos o fraudulentos como sería la venta de mercaderías a precios por debajo de su valor comercial en plaza – en perjuicio de sus acreedores tenedores de obligaciones vencidas, impidiendo, a tiempo, una perjudicial disminución del activo y atenuando, en todo caso, los efectos de la quiebra.

Y el maestro agrega a nuestro comentario lo siguiente: “El Juez (hoy el INDECOPI) ante la evidencia de la extremidad del hecho de vender mercaderías a precios ínfimos o del envío de circulares por el deudor confesando su imposibilidad de pagar – o ante cualquier otro medio que manifieste fehacientemente estado de desequilibrio económico – se encontraría facultado para declarar la quiebra pedida por cualquier acreedor, noticiado de la existencia de hechos evidentes que demuestran el estado de insolvencia del deudor.”

Consideramos pues que el interés social estará mejor protegido si se permite, a cualquier acreedor, pedir la declaración judicial de la quiebra ante la evidencia de hechos externos que denoten insolvencia de parte del deudor, con anterioridad al vencimiento de obligaciones. Una quiebra declarada oportunamente impedirá al insolvente “prepararla” con anticipación. Evitará que continúe contrayendo obligaciones, con las funestas consecuencias de arrastrar a situaciones difíciles a otros comerciantes, las mismas que pueden convertirse en otros caso de falencia que produzcan quiebras en cadena. Evitará, asimismo, que el insolvente de mala fé, al disponer de tiempo suficiente, abulte dolosamente su pasivo, otorgándole todas a formalidades legales del caso.

Y agrega: “Si largos y penosos resultan los procedimientos de nulidad y reivindicatorios, más grave resulta interponer las acciones de anulabilidad previstas por el art. 75 de la Ley de Quiebras para los casos de pagos o actos

o contratos a título oneroso ejecutados por el deudo comerciante – a contar desde la fecha de cesación de pagos y hasta el día de la declaratoria de quiebra – por que en estas eventualidades se requiere, por mandato legal, de una probanza asaz difícil a cargo del actor; demostrar que aquel que contrato con el fallido tenía conocimiento de su estado de cesación de pagos”.

A todos los inconvenientes indicados – que no desaparecerían pero si se atenuarían con la nueva fórmula para el inicio del CONCURSO – hay que añadir que en la práctica resulta tarea ardua para el INDECOPI proponer la fecha de cesación de pagos. Y a esta dificultad agregase muchas veces la carga procesal de dicha institución, limitándose a declarar que será “a la brevedad posible” Y a menudo este acontecimiento se dilata en extremo, impidiendo la pronta interposición de las acciones de nulidad o anulabilidad que franquea la ley.

La fórmula propuesta, en síntesis, estaría encaminada a poner, rápido atajo a situaciones de insolvencia, sin que sea necesaria la verificación de la efectiva cesación de pagos y siempre que existan manifestaciones externas que la demuestren fehacientemente. De este modo podría evitarse, en algunos casos, el que prosperaran actitudes antijurídicas de parte de deudores de mala fe y se propendería, mediante el mayor rigor de la disposición a adoptarse, a una moralización del comercio, tan requerida por las entidades representativas del gremio.

Que, asimismo, el texto del artículo 19 de la ley concursal señala que el juez puede declarar ineficaz y en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que se presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución o liquidación.

Y el maestro ampara ello en lo siguiente: “Más, la aspiración de moralización en referencia para una mayor eficacia, debe

necesariamente contar con la diligente actividad investigatoria de los Jueces Instructores a fin de precisar, como lo señala el art. 176 de la ley, “si el fallido, o cualquiera otra persona, son responsables de algún delito relacionado con la quiebra”, a fin de sancionar debidamente. Máxime que en el caso de la quiebra se vulnera en mayor grado el interés social.”

Por ello, a nuestro juicio y en suma el instituto del CONCURSO se cierne como una nueva oportunidad frente a la crisis del deudor. Dicha herramienta debe ser usada en el momento oportuno y de la manera adecuada permitirá aliviar la avería en transición o desaparecer por fortuna la misma, creando una nueva fase en el mercado. Como el ave fénix, renacer de las cenizas. Sin embargo, la actual legislación concursal no es la panacea y requiere de cambios urgentes que permitan solventar el verdadero espíritu del instituto, siendo que el Proyecto de Ley N° 3076-2013, hoy Ley 30.201 de mayo del 2014, pudo incorporar el manejo más pulcro por parte del organismo regulador otorgándole mayores facultades o en defecto de ello, retornar su manejo a cargo de los actuales juzgados comerciales, un asunto que venimos proponiendo en cuanto foro, seminario o Congreso académico somos invitados, pero que por razones de espacio, no podremos desarrollar en esta oportunidad.

Esteban CARBONELL O'BRIEN
Carbonell O'Brien, abogados
Lima, Perú
ecarbonell@carbonell-law.org

1. Con motivo del artículo publicado por Don Carlos Fernandez Sessarego, en la Revista de Jurisprudencia peruana N° 170, Año XVI, marzo 1958