

a cura de
Juan Espinoza Espinoza
Paola Aioche Fernández



LEY GENERAL DEL
SISTEMA CONCURSAL
Análisis Exegético



EDITORIAL RODHAS

CAPÍTULO VII DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN INICIADA POR LA COMISIÓN(*)

"ARTÍCULO 96".- Disolución y Liquidación iniciada por la Comisión

96.1. *Si luego de la convocatoria a instalación de Junta, ésta no se instalase, o instalándose, ésta no tomase acuerdo sobre el destino del deudor, no se aprobara el Plan de Reestructuración, no se suscribiera el Convenio de Liquidación o no se designara un reemplazo del liquidador renunciante en los plazos previstos en la Ley, la Comisión, mediante resolución, deberá disponer la disolución y liquidación del deudor. Un extracto de la citada resolución será publicado por la Comisión en el Diario Oficial El Peruano por una única vez. Excepcionalmente, cuando a criterio de la Comisión el reducido número de acreedores no amerite la realización de la publicación señalada, la Comisión notificará la resolución mencionada al deudor y a cada uno de los acreedores reconocidos por ésta.*

96.2. *La disolución y liquidación iniciada por la Comisión no puede ser revertida por decisión de la Junta".*

Cuando el deudor deviene en insolvencia y ello determina que este no pueda atender sus obligaciones, los más afectados son sus acreedores. Por ello, producido el estado de insolvencia del deudor, se entiende que son los acreedores los que se encuentran mejor capacitados para conducir el negocio en crisis y tomar las decisiones que sean necesarias para ello.

La Ley General del Sistema Concursal (LGSC en adelante) dispone que una vez iniciado el procedimiento concursal, corresponde a los acreedores (y no ya al deudor) decidir el destino de la empresa en crisis. Así lo dispone claramente el artículo III de la LGSC cuando señala que "*La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada*".

Se entiende que los acreedores se encuentran en una posición mejor para tomar decisiones respecto de la conducción del negocio en crisis por sus mejores incentivos y se entiende asimismo que darle a ellos la atribución de tomar las decisiones contribuye al objetivo de maximización de valor y a la concreción de la finalidad de la LGSC de maximizar la recuperación de los créditos.

En efecto, los acreedores serán los que ganan si deciden bien y los que pierden si deciden mal. Por eso, considerando que internalizan como costo o beneficio privado las consecuencias de sus decisiones, se entiende que, en el agregado, la tendencia mostrará que deciden bien. Esto, por supuesto, no significa que los acreedores

(*) HUÁSCAR EZCURRA R.

no se equivoquen. Lo único que significa es que la mayoría de las veces no se equivocan. O dicho de otra forma, estadísticamente, los acreedores tienden a equivocarse menos que, por ejemplo, el deudor insolvente o el Estado (si se le hubiera atribuido a estos últimos la decisión).

¿Y por qué el deudor no decidiría bien, si le atribuimos a él la decisión de destino? Por la simple razón que, una vez insolvente, si el deudor decide mal, el costo del error no lo asumirá él mismo, sino los acreedores, que cobran siempre primero que el deudor. Entonces, como el deudor no internaliza como costo privado sus errores, sino que los traslada a terceros (los acreedores) no tiene los incentivos mejores para tomar decisiones que garanticen el objetivo de maximización de valor.

De la misma forma, ¿por qué razón el Estado (el INDECOPI) no decidiría bien? La explicación de fondo es la misma: El Estado no gana si decide bien, ni pierde si decide mal. Si decide mal, la factura la pagarán los acreedores. Entonces, como no internaliza el costo de sus errores, la tendencia será a equivocarse.

Esa es la razón por la cual la LGSC hizo bien al consagrar como regla que los acreedores deciden, el deudor propone y el INDECOPI supervisa y fiscaliza. Esa es la distribución de funciones y atribuciones contenida en la LGSC, acorde con el objetivo del recupero de los créditos, consagrado en el artículo I del Título Preliminar: "El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor".

1. CUANDO EL INDECOPI DECIDE EL DESTINO DE LAS EMPRESAS

No obstante, esta regla general tiene una excepción. Dicha excepción es justamente aquella a la que nos vamos a referir en este breve comentario: la disolución y liquidación decidida por el INDECOPI (y no por los acreedores).

¿Qué justifica la excepción? ¿Qué justifica que en algunos casos el Estado (INDECOPI) sea el que decide el destino por la disolución y liquidación? ¿Es esta excepción consistente con el objetivo de maximización de valor comentado arriba?

Veamos qué dice la LGSC sobre este supuesto excepcional en el que se atribuye al INDECOPI (a través de sus Comisiones) la facultad de disponer el inicio de un proceso de disolución y liquidación. El tema se encuentra regulado en los artículos 96°, 97° y 98° de la LGSC y, supletoriamente, por las normas pertinentes del Capítulo VI del Título II de la LGSC que regula la Disolución y Liquidación acordada por la junta de acreedores.

Los aspectos centrales de este caso excepcional de disolución y liquidación decidida por el INDECOPI son los regulados en los artículos 96° y 97° de la LGSC.

El artículo 96°.1 arriba citado dispone que ante la falta de acuerdo de la junta de acreedores en los plazos previstos en la LGSC (sea porque la junta no se instala, porque no decide destino, porque no se aprueba Plan de Reestructuración, porque no se suscribe Convenio de Liquidación o porque no se designa nuevo Liquidador), la consecuencia será que el INDECOPI decide. Es decir, si los acreedores no deciden en los plazos previstos en la LGSC, la decisión corresponderá al INDECOPI y dicha decisión será, en todos los casos, la disolución y liquidación.

2. ¿CUÁLES SON ESTOS PLAZOS CON QUE CUENTA LA JUNTA DE ACREEDORES PARA INSTALARSE O PARA DECIDIR?

En lo que se refiere a la instalación de la junta de acreedores, la junta deberá instalarse en la oportunidad prevista en la convocatoria. Así lo dispone el artículo 50°.7 de la LGSC¹. Caso contrario, se aplicarán las reglas de liquidación decidida por la Comisión que estamos comentando.

Luego, en lo que se refiere a la decisión de destino, la junta de acreedores dispone de un plazo de hasta 45 días de instalada para decidir². Si no se toma decisión dentro de dichos 45 días, entonces corresponderá que el INDECOPI tome la decisión disponiendo el inicio de la disolución y liquidación.

Para la aprobación del Plan de Reestructuración, la junta de acreedores dispone de un plazo de 60 días posteriores al acuerdo de continuación de actividades del deudor³. Igualmente, si el Plan de Reestructuración no es aprobado dentro de ese plazo, entonces corresponde al INDECOPI tomar la decisión.

Finalmente, para la aprobación y suscripción del Convenio de Liquidación la junta de acreedores dispone de un plazo de 30 días posteriores a la adopción del acuerdo de disolución y liquidación⁴. Caso contrario, corresponderá al INDECOPI tomar la decisión.

Los plazos antes referidos se computan en días hábiles, y se trata de plazos perentorios e improrrogables. Así lo dispone el artículo 137° de la LGSC⁵.

1 Ley General del Sistema Concursal

"(...) 50.7. Si en el caso referido en el quinto párrafo del presente artículo, la Junta no se instala en la oportunidad prevista o dentro del término de treinta (30) días posteriores a la ocurrencia de dicho hecho no se implementa la liquidación mediante la adopción de los acuerdos necesarios para que ello ocurra, la Comisión designará, de oficio, un Liquidador, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 97°".

2 Ley General del Sistema Concursal

"Artículo 58°.- Plazo para decidir el destino del deudor

58.1. La Junta contará con un plazo hasta de cuarenta y cinco (45) días de instalada para decidir el destino del deudor, conforme al literal a) del artículo 51°.1.

58.2. Si la Junta no tomase acuerdo sobre el destino del deudor serán de aplicación las disposiciones contenidas en el Capítulo VII del Título II de la Ley".

3 Ley General del Sistema Concursal

"Artículo 65°.- Aprobación del Plan de Reestructuración

65.1. Acordada la continuación de las actividades del deudor, la Junta de Acreedores deberá aprobar el Plan de Reestructuración en un plazo no mayor de sesenta (60) días.

65.2. La administración del deudor podrá presentar a la Junta más de una propuesta de Plan de Reestructuración.

65.3. Si la Junta no aprueba el Plan dentro del plazo referido, será de aplicación el Capítulo VII del Título II de la Ley".

4 Ley General del Sistema Concursal

"(...) 74.4. La Junta aprobará y suscribirá el respectivo Convenio de Liquidación en dicha reunión o dentro de los treinta (30) días siguientes. De no darse la aprobación mencionada, serán de aplicación las disposiciones contenidas en el Capítulo VII del Título II".

5 Ley General del Sistema Concursal

"Artículo 137°.- Plazos máximos para la tramitación de procedimientos concursales

137.2. Siempre que no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que son hábiles.

Luego, el artículo 96°.2 de la LGSC dispone que "*la disolución y liquidación decidida por la Comisión no puede ser revertida por decisión de la Junta*" (la cursiva es mía).

La regla es entonces que si bien los acreedores tienen la facultad de decidir, dicha facultad tiene un plazo de expiración. Los acreedores *deben* decidir en un determinado plazo y ponemos énfasis en *deben*, pues según dispone el artículo 96°.1 bajo comentario, concordado con el artículo 96°.2 siguiente, si los acreedores no deciden en ese plazo, simplemente habrán perdido su oportunidad de decidir después.

Ese es el efecto de que el artículo 96°.2 citado arriba disponga que la decisión del INDECOPI por la disolución y liquidación tiene el carácter de *irreversible*.

Cabe entonces aquí comentar dos temas:

1. ¿Hizo bien el legislador en disponer que ante la falta de decisión de los acreedores, el INDECOPI decide por la Liquidación? ¿Se trata de una regla consistente con el objetivo de la LGSC?; y,
2. ¿Hizo bien el legislador en disponer que la decisión del INDECOPI por la disolución y liquidación tiene el carácter de *irreversible*? ¿Se trata de una regla consistente con el objetivo de la LGSC?

3. LA CONVENIENCIA DE HABER DISPUESTO QUE EL INDECOPI TIENE LA OBLIGACIÓN DE LIQUIDAR

Sobre lo primero, considero correcto y consistente con los objetivos de la LGSC haber dispuesto que si los acreedores no se ponen de acuerdo en un plazo determinado, entonces, el INDECOPI decidirá por ellos.

Se trata de una regla que busca reducir los costos de transacción entre los acreedores -los mismos que por ser elevados no les permiten adoptar un acuerdo- sustituyendo la falta de decisión de los acreedores, con la decisión del INDECOPI. Es una regla que, en ese sentido, pretende simular aquello que se entiende los acreedores hubieran decidido de haber estado en posibilidad de llegar a un acuerdo.

Como se sabe, la LGSC pretende ser un instrumento efectivo para la tarea de reducir los costos de negociación entre acreedores (costos de transacción) y con ello contribuir a que sean ellos los que lleguen a un acuerdo que les permita maximizar las posibilidades de recuperación de sus créditos. Así lo dispone claramente el artículo II de la LGSC: "*Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción*".

No obstante, habrán casos puntuales en los que los costos de transacción existentes, y a pesar de la aplicación de la LGSC, determinarán que sea imposible que los acreedores lleguen a un acuerdo. Entonces, siendo que dicha falta de acuerdo (de mantenerse indefinidamente) podría generar costos mayores a los acreedores y

137.3. Los plazos previstos en la Ley son perentorios e improrrogables. Esta disposición se aplica tanto a los plazos procesales como a aquellos que imponga el deber de ejecución de actuaciones a cualquiera de los sujetos del procedimiento concursal".

con ello perjudicarse el objetivo de la LGSC de recuperar el crédito, la LGSC busca resolver el problema disponiendo que si dicha falta de acuerdo se prolonga más allá de determinados plazos, entonces, el INDECOPI decide la disolución y liquidación. En ese sentido, se asume que, dado que los acreedores no logran ponerse de acuerdo, una decisión del INDECOPI por la disolución y liquidación, garantizará, por lo menos, que las pérdidas sean menores que si no se decide nada y esta falta de decisión se prolonga indefinidamente.

Es pertinente a este respecto, citar el criterio desarrollado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, cuando resolvió una impugnación presentada en el proceso concursal de Fábrica de Calzado Peruano S.A., en la que justamente se planteó que habiendo transcurrido el plazo establecido por Ley para que los acreedores tomaran una decisión del destino, y no habiéndose tomado esta, correspondía que el INDECOPI disponga la Liquidación. En esta decisión, refiriéndose al marco legal contenido en la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo N° 845, la Sala explicó lo siguiente sobre los problemas que para los acreedores representa que la falta de decisión se postergue de modo indefinido:

"(...) cuando se presentan situaciones en las cuales los elevados costos de transacción no hacen posible que los acreedores alcancen el quórum suficiente como para instalar la junta de acreedores o, habiéndose instalado la junta, éstos no alcancen el quórum necesario para adoptar una decisión sobre el destino, la Ley procura que dicha situación de indefinición en lo que se refiere a la toma de una decisión sobre el destino del deudor, no se prolongue excesivamente.

Lo que procura todo régimen concursal es constituirse en un instrumento eficiente para garantizar que los acreedores tomen una decisión oportuna sobre el patrimonio del deudor evitando de esa forma que se mantenga una situación de indefinición permanente al respecto, tomando en cuenta que los retrasos en que pudiera incurrirse en la toma de una decisión afectan directamente las posibilidades de lograr el mejor índice de recupero de los créditos, ya sea a través de una reestructuración de las empresas viables o de una liquidación ordenada de las empresas inviables.

Sobre el particular, es pertinente resaltar que en todo proceso concursal se enfrenta el problema de que el patrimonio del deudor resulta ser escaso para satisfacer los intereses de todos los acreedores y que es, justamente atendiendo a dicha realidad, que el régimen legal debe procurar que la decisión sobre el destino de dicho bien escaso se tome en tiempo oportuno, estableciéndose plazos perentorios para ello, toda vez que una situación de indefinición en la toma de una decisión sobre el destino incrementaría sustancialmente la proporción de pérdidas que tendría que enfrentar cada acreedor y haría sin duda más difícil y menos probable una salida exitosa de la crisis"⁶.

Se trata entonces de simular aquella decisión que los privados habrían tomado de haber costos de transacción bajos y de evitar las mayores pérdidas que para los acreedores (y para la sociedad) se generarían si la situación de falta de acuerdo se mantiene indefinidamente.

6 Resolución N° 0206-1998/TDC-INDECOPI expedida con fecha 24 de julio de 1998, en el procedimiento concursal de Fábrica de Calzado Peruano, con motivo de una impugnación planteada por los trabajadores de la empresa.

Cabría preguntarse ¿por qué no darle al INDECOPI la facultad de decidir la reestructuración? Yo diría que fundamentalmente por dos razones:

1. La primera, porque resulta difícil creer que los acreedores no lleguen a un acuerdo, si realmente creían en la reestructuración como la mejor alternativa para el pago de sus créditos. Si no hay acuerdo entre los acreedores, podríamos asumir que ello se debe a que el caso es uno que para los acreedores no tiene ninguna opción de reestructuración. Por ello, lo más razonable es pensar que la falta de acuerdo de los acreedores indica que la única alternativa posible es liquidar. Entonces, la decisión del INDECOPI por liquidar es la que mejor se acerca a lo que los acreedores hubieran decidido de haber existido costos de transacción bajos. Se trata entonces de una regla consistente con el objetivo de recuperar el crédito.
2. La segunda razón es que hubiera resultado una regla demasiado amigable al deudor que, ante la falta de decisión de los acreedores, el INDECOPI decida reestructurar. Si la falta de acuerdo de los acreedores determina que la empresa ingresa a reestructuración, continúa sus actividades económicas y se mantiene con patrimonio protegido durante un plazo indefinido (y digo indefinido pues justamente no habrá acuerdo que le ponga fin), entonces el gran ganador de la falta de decisión sería el deudor. Esta regla sería entonces una que en lugar de proteger los intereses de los acreedores protegería los intereses del deudor, en perjuicio del crédito. No sería en ese sentido una regla consistente con el objetivo de proteger el crédito.

Por lo anterior, mi conclusión es que el legislador hizo bien al disponer que ante la falta de decisión de los acreedores, el INDECOPI decide por la Liquidación, y que se trata de una regla consistente con el objetivo de la LGSC de recuperar el crédito.

4. LA INCONVENIENCIA DE HABER DISPUESTO QUE LA DECISIÓN DEL INDECOPI TIENE EL CARÁCTER DE IRREVERSIBLE

Sobre la segunda pregunta de si el legislador hizo bien en disponer que la decisión del INDECOPI por la disolución y liquidación tiene el carácter de *irreversible*, y de si se trata o no de una regla consistente con el objetivo de la LGSC, mi opinión es que esta regla constituye un error.

No hay razón que justifique el carácter irreversible de la decisión del INDECOPI. La irreversibilidad de la decisión del INDECOPI solamente tendrá efecto práctico en aquellos casos en que la junta de acreedores, pese a no haber adoptado el acuerdo respectivo dentro del plazo legal, logró sin embargo reunirse luego de vencido dicho plazo y logró tomar un acuerdo. Entonces, el efecto práctico de la irreversibilidad de la decisión del INDECOPI (en el único caso en que tiene efecto práctico) es que la decisión de la junta de acreedores (por extemporánea) no puede revertir la decisión del INDECOPI y es, en ese sentido, ineficaz.

Se trata entonces de una decisión de junta de acreedores ineficaz por extemporánea. En tales casos, de acuerdo con la LGSC, se prefiere la decisión estatal a la decisión privada.

Como es evidente, estamos ante una regla inconsistente con el objetivo de proteger el crédito. Si los acreedores, aunque de forma extemporánea, logran ponerse de acuerdo, ¿no es acaso esa decisión un mejor indicador de lo que es más conveniente para los acreedores? ¿no es entonces ese resultado mejor para el crédito?

Constituye un absurdo haber preferido la decisión estatal a la decisión de los acreedores, por el solo hecho de ser esta última extemporánea. Las razones de que considere que esta regla consagra un absurdo son las mismas razones por las que la propia LGSC, como regla general, atribuyó la toma de decisiones a los acreedores y no al Estado. El tema es muy simple. Lo que está en juego son los intereses de los acreedores, no los intereses del Estado ni intereses sociales que solo el Estado pueda salvaguardar. Entonces, tratándose de un problema enteramente privado, si los privados logran decidir (no importa si extemporáneamente), su decisión debe preferirse siempre frente a cualquier decisión estatal.

Llama mucho la atención que la LGSC en su Título Preliminar establezca que la finalidad de la norma es recuperar el crédito⁷, facilitar la toma de decisiones bajo reducidos costos de transacción⁸ y dejar en manos de los acreedores dichas decisiones⁹; y no obstante, luego, en su artículo 96°.2 diga exactamente lo contrario, al disponer que si el INDECOPI decide la liquidación, tal decisión no puede ser revertida por acuerdo de junta de acreedores.

Imaginemos un caso que nos permita visualizar el problema. Una junta de acreedores se instala y, luego de instalada, transcurren los 45 días que tenía para tomar decisión, sin haberse llegado a un acuerdo. Posteriormente, un acreedor minoritario y con derecho preferente para el cobro (por tratarse de un crédito laboral), se presenta al INDECOPI y solicita que en aplicación de lo que disponen los artículos 96°, 97° y 98° de la LGSC, el INDECOPI decida la disolución y liquidación. El acreedor preferente sabe que si se dispone la disolución y liquidación cobrará en primer lugar, pues el crédito laboral tiene primer rango. Teniendo en cuenta el pedido formulado y los hechos del caso, el INDECOPI declara el inicio del proceso de disolución y liquidación.

Notificada esta decisión a los acreedores, los acreedores se reúnen en junta y someten a votación la decisión sobre el destino de la empresa. La junta de acreedores (aunque de forma extemporánea) aprueba por mayoría calificada la continuación de las actividades de la empresa y el inicio de un proceso de reestructuración patrimonial, aprobándose en el mismo acto el Plan de Reestructuración respectivo.

No obstante, de acuerdo con el artículo 96°.2 de la LGSC bajo comentario, el

7 Ley General del Sistema Concursal

"Artículo I.- Objetivo del Sistema Concursal

El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor".

8 Ley General del Sistema Concursal

"Artículo II.- Finalidad de los procedimientos concursales.

Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción".

9 Ley General del Sistema Concursal

"Artículo III.- Decisión sobre el destino del deudor

La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada".

que la junta de acreedores haya decidido la reestructuración patrimonial no cuenta. Se debe preferir la decisión del INDECOPI por liquidar, a la decisión de los acreedores por reestructurar. No importa que los acreedores por mayoría hayan decidido la reestructuración. Su decisión es simplemente ineficaz, porque decidieron tardíamente. Se prefiere la decisión de liquidar del INDECOPI.

¿Quiénes ganan con esta regla? Gana el acreedor minoritario que pidió que el INDECOPI decidiera la liquidación. ¿Quién pierde? Pierde aquella mayoría de acreedores que acordó la reestructuración. Una ley que resuelve este problema del modo descrito, no puede considerarse una ley efectiva para el objetivo de recuperar el crédito. La LGSC, en lo que a esta institución respecta (la irreversibilidad de la decisión de liquidar del INDECOPI), no da lugar a la recuperación adecuada del crédito. Hace precisamente lo contrario.

El caso hipotético que planteamos para graficar el problema se presentó en su momento ante el INDECOPI y el criterio del este (cuando se aplicaba la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo N° 845) fue justamente oponerse al carácter irreversible de la decisión estatal y considerar que lo aconsejable es que siempre se prefiera la decisión privada (por más extemporánea que sea). Llama la atención entonces que la LGSC, que fue preparada por los técnicos del INDECOPI que naturalmente conocían su jurisprudencia, haya consagrado, sin embargo, una regla contraria a lo que dictaba la jurisprudencia, la experiencia y el sentido común.

Nos referimos al caso del procedimiento de insolvencia de Fábrica de Calzado Peruano S.A (mencionado más arriba)¹⁰. En este caso ocurrió justamente que la junta de acreedores no tomó decisión de destino dentro del plazo establecido legalmente. Una vez vencido dicho plazo, sin embargo, la junta de acreedores se reunió y con el voto favorable del 72.53% del total de los créditos reconocidos acordó la continuación de las actividades de la insolvente procediendo a aprobar el plan de reestructuración patrimonial y a ratificar la misma administración de la empresa.

Luego, el señor Juan José Hernández Alejandro, en representación de los créditos laborales, presentó un recurso de impugnación frente a los acuerdos adoptados, por considerar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 26° de la Ley de Reestructuración Patrimonial, el INDECOPI debió iniciar el procedimiento de liquidación de la empresa al no haber adoptado la junta de acreedores el acuerdo sobre el destino dentro del plazo de 30 días hábiles posteriores a la instalación de la junta (el plazo que tenía establecido la Ley de Reestructuración Patrimonial).

La Comisión declaró infundada la impugnación planteada. La Comisión, entre otras consideraciones, señaló que *"mientras no se extinguiera la junta de acreedores ésta podía en cualquier momento volver a tratar la decisión sobre el destino de la empresa"*.

La decisión de la Comisión fue apelada por el señor Hernández. Luego, la Sala de Defensa del Tribunal del INDECOPI resolvió la apelación planteada confirmando la resolución de la Comisión. En ese sentido, la decisión del INDECOPI fue a favor del acuerdo de reestructuración patrimonial adoptado por la mayoría de los acree-

¹⁰ Resolución N° 0206-1998/TDC-INDECOPI expedida con fecha 24 de julio de 1998, en el procedimiento concursal de Fábrica de Calzado Peruano, con motivo de una impugnación planteada por los trabajadores de la empresa.

dores, no importando que dicho acuerdo se hubiera adoptado de manera extemporánea. Se prefirió la decisión de los acreedores a la obligación del INDECOPI de disponer la liquidación una vez transcurrido el plazo legal para que los acreedores decidieran.

Sobre el particular, es interesante considerar los siguientes argumentos que formaron parte del sustento de la decisión del Tribunal:

"(...) Debe observarse que ninguno de los artículos bajo comentario ni ningún otro de la Ley de Reestructuración Patrimonial limita o prohíbe la posibilidad de que una vez dispuesta la disolución y liquidación del patrimonio del deudor insolvente por la autoridad administrativa, la junta de acreedores pueda reunirse y tomar una decisión sobre el destino del deudor que *sustituya* la decisión de la autoridad administrativa y surta plenos efectos para la continuación del procedimiento.

Asimismo los artículos anteriormente referidos tampoco limitan o prohíben la posibilidad de que ante un retraso de la autoridad administrativa en la emisión de su pronunciamiento disponiendo el inicio de la disolución y liquidación, la junta de acreedores finalmente se reúna y tome una decisión sobre el destino del deudor insolvente" (el subrayado es mío).

Como se observa, en opinión de la Sala, la decisión privada siempre debe primar y, por lo tanto, "sustituir" a la decisión del INDECOPI. No importa cuán extemporánea pueda ser la decisión de los acreedores, si finalmente los acreedores deciden, aunque tarde, dicha decisión siempre es una mejor alternativa que mantener la decisión de Liquidación del INDECOPI. La Sala en ese sentido fue muy clara en disponer que tratándose de un tema privado, la decisión adoptada en ejercicio de la autonomía privada es la que siempre debe prevalecer.

Obsérvese además el supuesto a que se refiere el segundo párrafo de la cita de arriba. Se refiere al caso en el que la junta de acreedores no toma la decisión en el plazo legal y el INDECOPI se retrasa también en tomar la decisión de liquidar. La pregunta es si en tales casos, siendo que el INDECOPI todavía no decide, la junta de acreedores podría tomar válidamente una decisión sobre el destino. La opinión de la Sala fue clara en el sentido de que sí es posible.

Cabe preguntarse si bajo la LGSC ello sería posible. En mi opinión, si es posible. Obsérvese que la LGSC no limita dicha posibilidad. La junta de acreedores que no decide en el plazo legal, se mantiene vigente y sus facultades siguen siendo las mismas. Siendo entonces que la junta, incluso después de transcurrido el plazo para decidir, mantiene el pleno ejercicio de sus facultades, mi opinión es que mientras el INDECOPI no decida la disolución y liquidación, la junta de acreedores podría adoptar válidamente la decisión del destino y cualquier otra decisión.

Por otro lado, es muy ilustrativo para comprender qué rol corresponde al Estado en los casos de falta de decisión de la junta de acreedores, el siguiente extracto de la decisión de la Sala en el caso de Fábrica de Calzado Peruano S.A. que comentamos:

"(...) concluir que la junta de acreedores cuenta con facultades para tomar una decisión sobre el destino de la empresa optando por la reestructuración patrimonial aun cuando se haya verificado cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 26° y 82° de la Ley, es coherente con el hecho de que la junta de acreedores es sin duda el instrumento más eficaz para decidir el destino de la empresa insolvente y para supervisar la ejecución de los acuerdos que ésta adopte para la recuperación

de sus créditos, teniendo en consideración que son justamente los acreedores, y no el Estado quienes se encuentran en aptitud de tomar la decisión más eficiente por ser los principales afectados por la situación de insolvencia del deudor.

Asimismo, lo anterior es consistente con el hecho de que sólo excepcionalmente y ante la falta de una decisión adoptada en junta corresponderá que el Estado, en cabeza de la autoridad administrativa disponer el inicio del proceso de disolución y liquidación. En efecto, como se ha referido anteriormente el diseño legal contenido en la Ley de Reestructuración Patrimonial es claro en darle una intervención *excepcional y subsidiaria* a la autoridad administrativa en lo que respecta al destino del deudor insolvente" (las cursivas son mías).

En conclusión, el carácter irreversible de la decisión de liquidar del INDECOPI no es consistente con el objetivo de la LGSC de recuperar el crédito ni con el carácter siempre subsidiario que debe tener la intervención del INDECOPI. Se trata de una regla que para proteger a los acreedores, sin embargo, les "expropia" la facultad de decidir. La contradicción es evidente. Se trata de una regla contraria a lo que expresamente dispone el artículo VII de la LGSC: "(...). *La intervención de la autoridad concursal es subsidiaria*".

Es cierto que, bajo la aplicación de la Ley de Reestructuración Empresarial (Ley N° 26116) y la subsiguiente Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo N° 845), se observaba frecuentemente casos de juntas de acreedores que nunca decidían. La falta de decisión entonces se constituyó en un problema repetido y numeroso. Había por tanto que establecer plazos perentorios para la toma de decisiones. El objetivo fundamentalmente era incentivar a los acreedores a decidir, pues si ellos no decidían en los plazos perentorios establecidos, el INDECOPI decidiría liquidar. Estoy de acuerdo con la necesidad de los plazos perentorios como mecanismo que busque incentivar a los acreedores a tomar una decisión. No obstante, decir a continuación que lo que el INDECOPI decida es irreversible, ya no solo escapa al objetivo de motivar a los acreedores a decidir (¿cómo motivarlos a decidir si la ley les expropió dicha facultad?) sino que además contraría el objetivo de proteger a los acreedores. Si de motivar a los acreedores a tomar decisiones oportunas se trataba (con lo que coincido) con establecer plazos perentorios y con que el INDECOPI cumpla la ley, resolviendo la liquidación inmediatamente luego de vencido el plazo. Qué mayor incentivo para los acreedores para tomar un acuerdo (cuando este todavía es posible) que tener que revertir una decisión de liquidación tomada por el INDECOPI que los perjudica.

Por las razones anteriores, creo que la regla es equivocada. Debería eliminarse la referencia al carácter irreversible de las decisiones del Estado. La autonomía privada (de los acreedores en este caso) debe prevalecer, sin importar si se ejerce a tiempo o tardíamente.

**NOMBRAMIENTO DEL LIQUIDADOR Y APROBACIÓN DEL
CONVENIO DE LIQUIDACIÓN(*)**

“ARTÍCULO 97°.- Nombramiento del Liquidador y Aprobación del Convenio de Liquidación

- 97.1. La notificación a que se refiere el artículo anterior, contendrá a su vez una citación a los acreedores a una única Junta para pronunciarse exclusivamente sobre la designación del liquidador y la aprobación del Convenio de Liquidación.
- 97.2. Dicha Junta se instalará con la presencia de los acreedores reconocidos que hubieren asistido, y las decisiones se tomarán con el voto favorable de acreedores que representen un importe superior al 50% del total de los créditos asistentes.
- 97.3. Esta reunión, únicamente podrá ser suspendida por un plazo no mayor a cinco (5) días.
- 97.4. En el caso de que dicha Junta no se instale o instalándose no adopte el acuerdo pertinente a la liquidación, la Comisión podrá designar, de oficio, al liquidador responsable, previa aceptación de éste. Si no hay liquidador interesado, renuncia el designado por la Comisión o queda sin efecto su designación de conformidad con el numeral 120.5 del artículo 120°, se dará por concluido el proceso. En los casos en que el proceso se hubiese iniciado en virtud de lo dispuesto en el artículo 703°(**) del Código Procesal Civil, se remitirán los actuados al Juzgado de origen para la declaración de quiebra del deudor¹.
- 97.5. El liquidador designado deberá realizar todos los actos tendientes a la realización de activos que encontrase, así como un informe final de la liquidación, previo a la presentación de la solicitud de declaración judicial de quiebra. El liquidador designado por la Comisión no requerirá de Convenio de Liquidación para ejercer su cargo, salvo que la Junta de Acreedores acuerde lo contrario².”

Una vez verificado cualquiera de los supuestos que habilitan al INDECOPI a decidir la disolución y liquidación y tomada esta decisión por el INDECOPI, debe observarse que todavía subsiste el problema de fondo que motivó la intervención estatal como medida excepcional. Me refiero al problema de elevados costos de transacción que impidieron que los acreedores tomaran cualquier tipo de acuerdo. Entonces, si los costos de transacción elevados impidieron que los acreedores decidieran el destino del deudor, cómo podría implementarse y llevarse adelante la Liquidación si los acreedores, es muy probable, no puedan ponerse de acuerdo en absolutamente nada.

Obsérvese que, una vez decidida la disolución y liquidación, corresponde que

(*) HUÁSCAR EZCURRA R.

(**) La mención es al artículo 692°-A del C.P.C.

1-2 Texto del numeral según art. 26 del D. Leg. 1050 (P. 27-06-08, vigente a partir 27-07-08).

La mención al artículo 703° del CPC es alusiva al artículo 692°-A del CPC.

los acreedores definan quién será el Liquidador que tendrá a su cargo la administración y representación del patrimonio del deudor, así como la tarea de vender los activos y pagar los pasivos ¿Podrán tomar esta decisión si no pudieron tomar la decisión de destino? Todo indicaría que no ¿Qué hacer?

El artículo 97° de la LGSC trata justamente de resolver este problema.

Mi opinión es que las reglas contenidas en el artículo 97° citado arriba constituyen un mecanismo eficaz para promover la adopción de acuerdos, a pesar de que la situación en la que se desenvuelven los acreedores sea una de costos de transacción elevados.

En efecto, como se podrá observar, las reglas contenidas en el artículo 97 de la LGSC, lo que hacen es establecer un sistema de convocatoria a reunión de acreedores y un sistema de quórum y mayorías para la adopción de decisiones, que buscan facilitar el proceso de negociación de los acreedores y de esa forma se procura brindar a los acreedores una nueva oportunidad para decidir. Me refiero específicamente a los artículos 97°.1 y 97°.2 de la LGSC.

En efecto, si bien los acreedores no lograron ponerse de acuerdo en la decisión de destino (pues no se alcanzó una mayoría calificada de más del 66,6% para esos efectos), como medida excepcional para estos casos, el legislador promueve la posibilidad de que los acreedores logren ponerse de acuerdo en la designación del Liquidador, así como en el Convenio de Liquidación y, para ese fin, dispone que la junta se instalará con los acreedores que asistan (lo que obviamente facilita la instalación) y dice, asimismo, que los acreedores tomarán acuerdo con más del 50% de los créditos asistentes (lo que obviamente facilita que se alcance un acuerdo).

Se trata entonces de una disposición consistente con el principio de que los acreedores deciden mejor que el Estado (pues son sus intereses los que están en juego) y consistente, asimismo, con el rol subsidiario y el carácter siempre excepcional de la intervención estatal. Es decir, en lugar de establecer que el INDECOPI decide, pues los costos de transacción son altos, lo que se prevé es un mecanismo para facilitar el acuerdo incluso con costos de transacción altos ¿Cómo? Reduciendo el quórum necesario para instalar la junta y reduciendo las mayorías exigidas para tomar acuerdo. Se trata, en ese sentido, de una regla consistente con los objetivos de la LGSC de recuperar el crédito, facilitando la negociación entre los acreedores y promoviendo, de esa forma, el pleno ejercicio de la autonomía privada, antes que la intervención estatal.

CUANDO LA FALTA DE ACUERDO DETERMINA QUE SE RESTITUYA LA VIGENCIA DEL CONTRATO INDIVIDUAL

Merece un comentario final el artículo 97°.4 de la LGSC, disposición que regula cuáles serían las consecuencias de que los acreedores no logren tomar un acuerdo, si fracasan todas las facilidades —recién comentadas— que brinda la LGSC para fomentar la adopción de acuerdos.

Si la junta de acreedores no se instala o instalándose no logra tomarse un acuerdo, el artículo 97°.4 dispone que en tal caso corresponderá al INDECOPI designar a la entidad que tendrá a su cargo la Liquidación de la empresa en cuestión.

Ahora bien, y siendo que el INDECOPI no podría obligar a una entidad Liquidadora a contratar y llevar adelante un proceso de liquidación, el mismo artículo 97°.4 dispone que en tal caso el INDECOPI designará de oficio a la entidad Liquidadora.

pero esta tendrá que estar de acuerdo con su designación para considerarla válidamente nombrada. Con ello, si no hay aceptación de la entidad Liquidadora, simplemente no hay Liquidadora designada. La consecuencia en este caso (falta de entidad Liquidadora por falta de interés de la Liquidadora en asumir el encargo) sería que el proceso concursal se daría por concluido levantándose todos los efectos del mismo.

Dejar sin efecto el concurso, principalmente, tendría como consecuencia dejar sin efecto las medidas de protección del patrimonio del deudor concursado y la inexigibilidad de sus obligaciones, las cuales devienen nuevamente en exigibles de acuerdo con las condiciones inicialmente pactadas.

Con todo ello, los acreedores readquieren sus derechos para hacer valer sus créditos por las vías legales que estimen más convenientes, dependiendo del tipo de contrato que tengan con el deudor y de las garantías que tengan constituidas a su favor, de ser el caso.

Mi opinión es que sancionar la falta de acuerdo (después de que no tuvieron éxito todos los intentos de la LGSC por promover el acuerdo) con el levantamiento de todos los efectos del concurso, es perfectamente consistente con la finalidad de la LGSC de recuperar el crédito.

En efecto, la falta de acuerdo no debería, en ningún caso, beneficiar al deudor, manteniéndolo sometido al concurso de modo indefinido y con patrimonio protegido frente a sus acreedores, los que no pueden hacer nada, pues justamente no logran ponerse de acuerdo. Por el contrario, la falta de acuerdo debe tener como desenlace que los acreedores recuperen la plena vigencia y efectividad de su contrato con el deudor y, con ello, recuperen la plena posibilidad de hacer valer su contrato, por las vías que consideren más convenientes.

Recuérdese que la LGSC encierra una paradoja: busca promover la autonomía privada de la junta de acreedores, limitando para ese fin la autonomía privada de los acreedores individualmente considerados. Se prefiere y superpone, en ese sentido, el interés colectivo de los acreedores (representado en las decisiones de la junta de acreedores) al interés individual de cada uno de ellos (representado en su contrato con el deudor y los derechos que este les confiere). Eso es justamente lo que consagra el artículo V de la LGSC cuando dispone que "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".

Por ello, la legislación concursal afecta el contrato de cada acreedor individualmente considerado, determinando que, por aplicación de la LGSC, el contrato deviene en *inexigible*. Se trata de una medida excepcional de afectación de la autonomía privada (consagrada en el contrato) a favor de promover la autonomía privada de los acreedores considerados como colectivo (la junta de acreedores).

Es justamente dicho carácter excepcional el que determina que si, luego de recorrido un largo camino, se llega a la conclusión de que la junta de acreedores simplemente no puede tomar decisión alguna (por los altos costos de transacción existentes) entonces lo razonable es que si la LGSC pretende recuperar de modo efectivo el crédito, se restituya la plena vigencia de los contratos que cada acreedor tiene celebrado con el deudor, levantándose para ello todos los efectos del concurso. Esa es precisamente la regla consagrada en la LGSC. El acierto del legislador es claro.

REGULACIÓN SUPLETORIA(*)

"ARTÍCULO 98°.- Regulación Supletoria

98.1. En aquellos procesos que no cuenten con Convenio de Liquidación, serán de aplicación las siguientes disposiciones:

- a) Previamente al inicio del proceso de realización de un activo, el liquidador deberá presentar a la Comisión, copia de la tasación de los activos del deudor efectuada por perito, bajo su responsabilidad.
- b) La realización de los activos se hará vía remate, siendo de aplicación las disposiciones contenidas en el Capítulo V del Título V de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, en lo que resulten aplicables. Se procederá a la adjudicación por venta directa, si efectuadas tres convocatorias a remate no hubiese sido posible realizar el mismo. Todos los remates se harán por martillero público.
- c) Los honorarios a percibir por el liquidador serán determinados en función a un porcentaje del valor obtenido por la transferencia de los activos realizables y el valor líquido de otros activos recuperados de tipo no realizable.

98.2. La Comisión sancionará al liquidador que incumpla alguna de las obligaciones contenidas en el numeral anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 123°.

98.3. Una vez tomados los acuerdos a los que se refiere el artículo anterior o una vez que la Comisión haya designado un liquidador, son aplicables al proceso de disolución y liquidación iniciado por la Comisión las normas contenidas en el Capítulo VI del Título II, en todo cuanto no estuviera expresamente regulado¹."

Como su propio título lo indica, el artículo 98° de la Ley contiene las normas aplicables cuando los acreedores no logran ponerse de acuerdo en definir las reglas de liquidación mediante la celebración y aprobación del convenio de liquidación. Se trata, en ese sentido, de disposiciones que, como toda norma de aplicación supletoria, contribuyen a la tarea de reducción de costos de transacción.

Así, los artículos 98°.1 y 98°.2 disponen cuáles son las reglas de la liquidación en aquellos casos en que no se cuente con un convenio de liquidación. Por un lado, el artículo 98°.1.a exige que en estos casos el liquidador presente a la Comisión una copia de la tasación de los activos efectuada por perito, exigencia fundamental para garantizar que los acreedores conozcan aquellos activos que forman parte de la masa y cuál es su valor de tasación. El artículo 98°.1.b dispone cómo se venderán los activos en estos casos, estableciendo que en primera instancia se intentará su venta por remate, y si ello no es posible luego de tres convocatorias, la venta se

(*) HUÁSCAR EZCURRA R.

1 Texto según art. 27 del D. Leg. 1050 (P. 27-06-08, vigente a partir 27-07-08).

podrá efectuar como venta directa. Finalmente, el artículo 98°.1.b dispone que el honorario del liquidador será determinado en función de un porcentaje del valor obtenido por la venta de los activos. Como se puede observar, a falta de convenio nacido como resultado del acuerdo de los involucrados, el legislador ha querido garantizar ciertas reglas mínimas, exigiendo tasación, estableciendo la forma de venta de los activos, y definiendo criterios generales para la determinación de los honorarios del liquidador.

Por otro lado, el artículo 98°.2 precisa que si se incumplen alguna de estas reglas mínimas, serán aplicables al liquidador las sanciones previstas en el artículo 123° de la Ley.

Finalmente, como se observa, el dispositivo contenido en el artículo 98°.3 no merece comentario especial, pues simplemente dispone que son normas de aplicación supletoria al proceso de disolución y liquidación iniciado por la Comisión, las normas sobre disolución y liquidación de la LGSC contenidas en el Capítulo VI del Título II. Se trata entonces de una norma de remisión que completa la regulación de este supuesto excepcional de liquidación decidida por el Indecopi, disponiendo que las normas de la disolución y liquidación acordada por los acreedores son aplicables supletoriamente en lo que fuere pertinente.