

## LA NUEVA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL ¿HACIA DÓNDE VAMOS? ¿AVANCE O RETROCESO?

HUÁSCAR EZCURRA RIVERO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Master en Derecho (LLM) por la Universidad de Yale.

Profesor de Derecho Concursal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

### SUMARIO

I. Introducción.- II. ¿Cuál es la finalidad de la LGSC?.- III. ¿Dónde se tramita el concurso? ¿Quién es competente?.- IV. ¿Está protegiendo el patrimonio del deudor concursado?.- V. El procedimiento concursal ordinario: "El mundo al revés".-VI. ¿De vuelta a la quiebra de la edad media?.- VII. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Desde el 9 de octubre de 2002 tenemos una nueva ley concursal: la Ley General del Sistema Concursal (LGSC). ¿Cuáles son los principales cambios que introduce la nueva ley? ¿Estamos mejor o peor? ¿La nueva ley pone en mejor pie a los acreedores para el recupero de sus acreencias frente a empresas en crisis? o, por el contrario, ¿son los deudores los grandes ganadores con la nueva ley? En el presente artículo, luego de hacer un breve recorrido sobre algunas de las principales disposiciones que trae la LGSC, trataremos de dar respuesta a estas y otras interrogantes. Lamentablemente, si algo quedará claro después de este breve recorrido que proponemos al lector, será que nada está realmente claro bajo la nueva ley. Como explicaremos en nuestro análisis, la ley no es una ley que favorece a los deudores, así como tampoco es una ley que favorece a los acreedores. Entonces ¿Qué busca la ley concursal nueva? ¿Cuál fue el motivo de la reforma? Como veremos, la ley concursal nueva no tiene un "norte" claro. No se define. Es confusa en su finalidad y se demuestra como inconsistente y contradictoria conforme más profundizamos en un intento infructuoso de estudiarla y entenderla. ¿Hacia dónde vamos entonces? Lamentablemente eso tampoco está claro. La sensación que deja hoy esta ley es que ella misma, por sus lamentables inconsistencias internas, no será capaz de llevarnos a ningún lado.

### II. ¿CUÁL ES LA FINALIDAD DE LA LGSC?

En teoría, bastaría leer el Artículo I del Título Preliminar de la LGSC para conocer cuál es el objetivo del sistema concursal peruano. Esa, entiendo, habría sido la finalidad de incluir en la ley un Título Preliminar que precisara una especie de declaración de principios o de definición del "norte" del sistema concursal peruano. Veamos ahora si tal declaración de principios ha cumplido su finalidad.

Lamentablemente, la explicación del objetivo que contiene el artículo I no deja el tema claro. En efecto, dicho artículo señala que el objetivo del sistema concursal es: *"la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa"*.

De los tres objetivos mencionados los únicos que son realmente compatibles entre sí son proteger el crédito y proteger el patrimonio de la empresa. En efecto, para proteger el crédito se requiere previamente tener mecanismos efectivos para proteger el patrimonio de la empresa en crisis, de eventuales intentos de ejecución individual de sus deudores. Tales mecanismos de protección de activos están contenidos en los

artículos 17, 18, 19 y 20 de la LGSC: la suspensión de la exigibilidad de obligaciones del deudor sometido a concurso, y la declaración de ineficacia de actos del deudor ocurridos durante el año anterior al inicio del concurso.

Sin embargo, proteger la permanencia de la unidad productiva no necesariamente será compatible con proteger el crédito. En efecto, en algunas ocasiones, si lo que se quiere es proteger el crédito en forma efectiva, para ello habría que liquidar la unidad productiva, y no proteger su permanencia. Esto ocurriría en los casos en los cuales el valor que se puede obtener del negocio en crisis si se liquida, es un valor mayor al valor que se obtendría si el negocio se mantiene en marcha. Imaginemos que el valor del negocio en liquidación es 100 y el valor del negocio en marcha es 80. En tal caso, para proteger el crédito en forma efectiva se debería liquidar la unidad productiva pues así los acreedores obtendrían un valor de 100 en lugar de un valor de 80.

Ahora bien, de acuerdo a la LGSC lo que se quiere es proteger la permanencia de la unidad productiva y, al mismo tiempo, proteger el crédito. Ello señores es imposible de lograr cuando, como hemos explicado, el valor del negocio en liquidación es superior al valor del negocio en marcha. Entonces, para ser consistentes, habría que optar por un objetivo o por el otro: o protegemos negocios en crisis o protegemos el crédito.

Si nuestra ley quiso proteger el crédito en forma efectiva, pues esa debió ser su única declaración de objetivos en el artículo I del Título Preliminar. Al haber hecho referencia a que también se quiere proteger la permanencia de la unidad productiva, siembra la duda sobre si esta ley quiere proteger el crédito realmente, o si, por el contrario, pretende ser una "ley flotador" que quiere salvar empresas en crisis a cualquier costo.

Sin embargo, los artículos II y III del Título Preliminar nos dan algunas pautas que parecerían querer inclinar la balanza hacia la protección efectiva del crédito (en lugar de proteger la permanencia de la unidad productiva).

El artículo II del Título Preliminar señala que:

*"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, la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción".*

Por su parte, el artículo III del Título Preliminar dispone 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".*

Entonces, si la LGSC pretende constituirse en un instrumento efectivo para reducir los costos de transacción existentes cuando el deudor deviene en crisis, y pretende que una vez reducidos tales costos de transacción, la decisión sobre si la empresa se mantiene en marcha o se liquida, sea una decisión de los acreedores -y no del deudor ni del Estado-, de ello podríamos deducir que la LGSC busca en realidad proteger el crédito. En efecto, parecería que la ley busca proteger el crédito pues le da al acreedor la posibilidad de decidir sobre si el negocio se reestructura o se liquida. De esa forma, el acreedor hará un análisis de viabilidad a partir del cual asignará valores, a valor del negocio en marcha y valor del negocio en liquidación y optará por aquél mayor valor que le garantice una mejor y mayor recuperación de sus créditos.

Entonces, cuando sea imposible cumplir con el objetivo de lograr la permanencia de la unidad productiva y, al mismo tiempo cumplir con el objetivo de proteger el crédito (pues el negocio vale más liquidado que reestructurado), la ley deja la decisión en manos de los acreedores y, con eso la ley, aparentemente, quiso inclinarse por preferir el crédito.

En conclusión, hasta esta parte, podemos decir que sin perjuicio de que el artículo I del Título Preliminar siembra dudas sobre si ésta será una "ley flotador" o una ley procrédito, los artículos II y III parecen querer indicarnos que la ley busca proteger el crédito, y que en la eventualidad de tener que optar por uno de los dos objetivos (mantener la unidad productiva en marcha o proteger el crédito) se preferirá el crédito.

Queda por ver, sin embargo, cómo se dibuja la LGSC cuando profundizamos en el análisis de sus disposiciones específicas.

### III. ¿DÓNDE SE TRAMITA EL CONCURSO? ¿QUIÉN ES COMPETENTE?

En Derecho Concursal, la determinación de quién será la autoridad competente para pronunciarse sobre el concurso y darle trámite, puede terminar siendo un aspecto fundamental del proceso, pues normalmente ocurre que el lugar donde se tramita el proceso, termina siendo también el lugar donde los acreedores se reúnen, negocian y deciden el destino del deudor.

Teniendo en consideración que lo que busca la LGSC es constituirse en un sistema efectivo para reducir los costos de transacción existentes y, de esa forma, permitir que los acreedores se encuentren en aptitud de tomar la decisión mejor para maximizar el recupero de sus acreencias, la determinación de dónde se llevará a cabo el proceso y dónde se negocia y decide el destino es fundamental.

Me explico. Si el sistema le diera al deudor la posibilidad de por sí sólo, o por acuerdo con algún acreedor amigo, determinar dónde se llevará a cabo el proceso, lo más probable será que el deudor se comportará estratégicamente, e intentará que el proceso se lleve a cabo ante una sede que sea de más difícil acceso para la mayoría de los acreedores. Así, el deudor podrá lograr que el proceso se lleve a cabo en un lugar al que solamente acudirán unos cuantos acreedores, con los que seguramente ya negoció la mejor decisión para él y tales acreedores. Evidentemente, dicha decisión no tendrá en cuenta los intereses de los acreedores, que se busca, no se apersonen al proceso. No será entonces una decisión que necesariamente garantice una maximización de valor para los acreedores, vistos colectivamente.

Ejemplo del comportamiento estratégico referido, sería el caso de un deudor cuyo negocio tiene domicilio social y la planta principal del negocio ubicados en Lima, lugar donde además celebra la mayoría de sus transacciones comerciales y tiene ubicados a la mayor cantidad de sus acreedores. Dicho deudor, cuando ve que la crisis se avecina y observa que tendrá que acudir al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOP) para intentar una reestructuración patrimonial, si la ley le permitiera decidir qué autoridad conocerá y tramitará su proceso concursal, podría elegir que el proceso sea tramitado por la autoridad competente de Iquitos, por ejemplo. Con ello, en lugar de tener un sistema concursal que contribuye a reducir costos de transacción, tendríamos un sistema concursal que incrementa costos de transacción, pues si el deudor puede llevar a Iquitos un caso que naturalmente debió ventilarse en Lima, entonces para todos los acreedores será más costoso apersonarse al proceso, informarse y negociar en Iquitos.

Es más, para muchos acreedores seguramente será imposible apersonarse en Iquitos. Los costos de negociar en Iquitos serán prohibitivos para muchos. Con ello, en Iquitos la decisión estará en manos de los pocos acreedores que puedan asumir tales mayores costos.

La determinación de la competencia en materia concursal es de orden público. Ello quiere decir que cuando la legislación determina la regla para la determinación de competencia que deberá aplicarse, deberá pensar en cuál es aquella regla que mejor contribuye a reducir costos de transacción existentes entre los acreedores. Dicho de otra forma, el legislador debe procurar identificar aquella regla que simula la decisión a la que habrían llegado los acreedores si hubieran estado en la posibilidad de celebrar un contrato a este respecto. Y la regla que finalmente establezca la legislación, deberá ser una que no admita una modificación unilateral del deudor ni un pacto en contrario celebrado entre el deudor y algún o algunos acreedores, pues ello como hemos explicado, se prestaría a comportamientos estratégicos que perjudicarían el objetivo del sistema como instrumento de reducción de costos de transacción.

Ahora bien, ¿Cuál podría ser dicha regla de determinación de competencia concursal? ¿Qué dice la LGSC a este aspecto? ¿Nuestra LGSC contribuye a reducir costos de transacción en este punto? ¿La disposición prevista es una disposición pro deudor o pro acreedor?

La LGSC regula el tema en sus artículos 6.5 y 7. En el artículo 6.5 se establece que:

*"La competencia de las Comisiones se determina teniendo en cuenta el lugar donde se encuentre domiciliado el deudor. En tal sentido:*

- a) Si el deudor domicilia en la provincia de Lima o la provincia Constitucional del Callao, la competencia corresponderá a cualquiera de las Comisiones Delegadas que funcionen en dichas provincias.*
- b) Si en la provincia en la que domicilia el deudor no funciona ninguna Comisión Delegada, la competencia corresponderá a la Comisión Delegada que hubiere en la provincia territorialmente más cercana, salvo que existiese otra Comisión Delegada que, de acuerdo a las vías de acceso, resultase más próxima a la provincia en que domicilia dicho deudor." (el subrayado es nuestro).*

Como habrá podido observarse, si bien el artículo 6.5 establece que será en función de dónde tenga su domicilio el deudor que se determinará qué Comisión Delegada será competente para tramitar el caso, el mismo artículo no precisa qué se entiende por domicilio del deudor, aspecto éste que resulta fundamental para la determinación de la autoridad que será competente.

Es el artículo 7 de la LGSC el que precisa qué debe entenderse por domicilio del deudor. El artículo 7 dispone que:

*"El domicilio del deudor, para efectos de identificar la competencia territorial, será determinado de acuerdo a los criterios señalados a continuación:*

- a) Personas jurídicas: el domicilio es la localidad señalada en los estatutos del deudor, debidamente inscrito en Registros Públicos.*
- b) Personas naturales, sociedades conyugales y sucesiones indivisas: El*

*domicilio de las personas naturales y sociedades conyugales es aquél determinado en el Código Civil. El domicilio de las sucesiones indivisas es el último domicilio conocido del causante.*" (el subrayado es nuestro)

Como podrá observarse, la LGSC ha preferido darle al deudor la posibilidad de, por sí sólo, determinar quién será la autoridad competente para tramitar el concurso. En efecto, cuando el artículo 7 señala que domicilio del deudor en el caso de personas jurídicas es el domicilio señalado en los estatutos sociales o inscrito en los registros públicos, lo que se ha hecho es darle al deudor la posibilidad de determinar unilateralmente cuál será la sede ante la cual se tramitará su caso.

Con ello, casos como el de nuestro ejemplo, serán ahora más frecuentes. Serán más los casos en que el deudor modificará sus estatutos sociales únicamente para efectos de intentar un proceso concursal más amigable, con el único objetivo de burlar a varios de sus acreedores, por la vía de encarecerles el acceso al proceso.

En conclusión, en lo que se refiere a las reglas para determinar competencia concursal, nuestra LGSC hace todo lo contrario a lo que debió haber hecho. Nuestra ley dice que el deudor determinará autoridad competente en forma unilateral. Nuestra ley dice que el deudor puede dificultar a sus acreedores el apersonamiento al proceso y la negociación sobre su destino. Entonces, el artículo 7 contiene una disposición que incrementa costos de transacción en lugar de reducirlos. Una disposición, además, claramente pro deudor. Este es sin duda un lamentable error que debiera ser corregido rápidamente. Caso contrario, presumo que comenzaremos a tener más casos en Iquitos, que naturalmente debieron haberse tramitado en Lima.

#### IV. ¿ESTÁ PROTEGIDO EL PATRIMONIO DEL DEUDOR CONCURSADO?

Otro aspecto que resulta también fundamental para el buen funcionamiento de un sistema concursal, son las disposiciones de la ley que buscan proteger el patrimonio del deudor sometido a concurso.

Si el sistema concursal busca constituirse en un instrumento efectivo para reducir costos de transacción entre acreedores, el sistema deberá asegurar que tanto antes de iniciado el proceso, como durante el proceso una vez iniciado éste, ningún acreedor se encontrará en posibilidad de -individualmente o coludido con el deudor- disponer de activos o recursos del negocio para provecho propio, en perjuicio de los demás acreedores.

Cualquier sistema concursal que pretenda ser efectivo para reducir costos de transacción, y para permitir que los acreedores mantengan la posibilidad de maximizar el valor del negocio *ex post* el concurso, con el objeto de maximizar el recupero de sus acreencias, deberá ser un sistema efectivo en evitar que algún acreedor y/o el deudor, puedan cobrar o extraer recursos de la masa "por debajo de la mesa".

Para este fin de protección legal del patrimonio del deudor sometido al concurso, pueden distinguirse dos tipos de mecanismos en la LGSC: (i) las disposiciones que regulan el periodo de sospecha; y, (ii) las disposiciones que regulan la inexigibilidad de obligaciones.

Veamos a continuación si las normas establecidas en la LGSC han sido diseñadas de tal forma que podamos prever que cumplirán con su finalidad.

En lo que se refiere a las disposiciones que determinan la inexigibilidad de obligaciones del deudor sometido al concurso, corresponde revisar lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la LGSC.

El artículo 17 de la LGSC dispone que a partir de la publicación que hará el INDECOPI del inicio del proceso concursal (sea este un proceso de concurso ordinario o un proceso concursal preventivo), se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha. Dicha suspensión, durará hasta que la junta apruebe el plan de reestructuración, el acuerdo global de refinanciación o el convenio de liquidación, según cuál sea el caso, en los que se establezcan condiciones diferentes referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento.

Determinada la inexigibilidad de las obligaciones sometidas al concurso, el artículo 18 de la LGSC precisa que dicha inexigibilidad conlleva que ninguna autoridad pueda dar trámite a una medida de ejecución del patrimonio del deudor concursado. En ese sentido, el artículo 18.1 señala que a partir de la fecha de publicación del proceso, la autoridad que conoce de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial, seguidos contra el deudor, no ordenará, bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte su patrimonio, y si ya están ordenadas, se abstendrá de trabarlas. El artículo 18.4 por su parte precisa que en ningún caso el patrimonio del deudor sometido a concurso podrá ser objeto de ejecución forzosa, y el artículo 18.6 establece que difundido el procedimiento no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados por garantías.

Vemos entonces que la LGSC ha sido muy precisa en establecer mecanismos efectivos de protección del patrimonio del deudor concursado, que se harán efectivos una vez que se hace público el concurso a través de la publicación que deberá efectuar el INDECOPI.

Consideramos que el diseño legal respecto de las medidas de protección del patrimonio que entran a funcionar *ex post* el concurso, es un diseño adecuado para su finalidad. Sin embargo, la efectividad de nuestro sistema a este respecto dependerá finalmente de que la autoridad judicial, se encuentre dispuesta a hacer primar la LGSC cada vez que se ventile ante su despacho un proceso de ejecución o un pedido de medida cautelar frente a un deudor que se encuentra sometido a concurso.

Veamos ahora los mecanismos de protección del patrimonio del deudor concursado que entran a funcionar *ex ante* el inicio del proceso, es decir, las disposiciones que regulan el llamado "período de sospecha".

A este respecto, es pertinente tener en consideración lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la LGSC.

El artículo 19 acerca de la ineficacia de los actos del deudor, señala en el artículo 19.1 lo siguiente:

*"El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, imponentes, 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*

*concursoales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación.” (los subrayados son nuestros).*

Asimismo, el artículo 19.3 establece que:

*“Podrán ser declarados ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que 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 y liquidación, hasta el momento en que la junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación (...)” (los subrayados son nuestros).*

El artículo 20.1 de la LGSC señala a este respecto que la declaración de ineficacia y su consecuente inoponibilidad frente a los acreedores del concurso se tramita en la vía de proceso sumarísimo. El artículo 20.2 precisa los efectos de la declaración de ineficacia referida, señalando que el juez que declara la ineficacia de los actos del deudor ordenará el reintegro de los bienes a la masa concursal o el levantamiento de los gravámenes constituidos, según corresponda.

Vemos entonces que la LGSC ha sido bastante clara en señalar que se sancionará con ineficacia a todos aquellos actos de disposición o afectación del patrimonio del deudor concursado que ocurran: (i) un año antes del inicio del concurso; o, (ii) entre la fecha de inicio del concurso y la fecha en que la junta de acreedores designe su administración.

Podrá observarse que la LGSC ha introducido cambios importantes respecto de la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo No. 845, que derogó. Por un lado, la LGSC ya no sanciona con nulidad si no con ineficacia los actos de disposición indebidos y, por el otro, el “periodo de sospecha” ya no es de tan sólo de seis meses, sino de un año.

Pero ¿son estos cambios, cambios realmente importantes? ¿Tendrán por consecuencia una protección más efectiva del patrimonio del deudor concursado? ¿Se ha mejorado realmente nuestra regulación sobre el periodo de sospecha?

El principal problema que enfrenta nuestra regulación a este respecto -para lograr ser realmente efectiva- es el problema que enfrenta nuestra administración de justicia. Si la declaración de ineficacia (como la llama la LGSC) de un acto de disposición indebido es una declaración que, como dice la ley, sigue en manos del Poder Judicial, pues me animaría a decir que no hemos avanzado nada en este punto.

La falta de recursos del Poder Judicial, su falta de predictibilidad, su falta de tecnicismo y su eventual falta de autonomía, determinará que -como casi siempre ocurre hasta ahora- sean muy pocos los casos de actos de disposición indebidos que alguien esté dispuesto a ventilar ante el Poder Judicial.

Entonces de nada habrá servido llamar ahora ineficacia a lo que antes la ley llamaba nulidad, de nada habrá servido tampoco que el “periodo de sospecha” que antes era de seis meses anterior al inicio del concurso, ahora sea de hasta un año. Pongámoste así: si con un tramo de sólo seis meses a analizar el Poder Judicial no se encontró en aptitud de aplicar en forma efectiva estos dispositivos, menos aún podrá hacerlo cuando el tramo a analizar sea un tramo de hasta un año.

Analizar un acto de disposición de recursos ocurrido en "período de sospecha" y determinar si dicho acto de disposición fue en detrimento del patrimonio del deudor y en perjuicio de los acreedores del concurso, es un análisis muy técnico que requiere de conocimientos especializados no sólo en materia concursal, sino eventualmente en materia económica, financiera, contable y empresarial. Además, una investigación de estos casos normalmente puede involucrar la revisión de profusa documentación, y cuando menos varios meses de arduo trabajo. ¿Nuestro Poder Judicial podría encargarse de tamaña tarea? Les aseguro que no.

Se hubiera logrado un cambio real en este punto, si se hubiera tomado la decisión de: (i) atribuir un rol más importante al INDECOPI en el análisis de estos casos y la detección del fraude; y, (ii) establecer que la sanción para el deudor y/o el acreedor será no sólo una sanción civil (ineficacia), sino además una sanción administrativa (multas) y eventualmente hasta penal (cárcel).

Sin embargo, la LGSC ni siquiera le ha atribuido al INDECOPI atribuciones para interponer una demanda en la que se pretenda la declaración de ineficacia de un acto de disposición indebido, y el reintegro a la masa de los bienes transferidos. Ello podría haber sido de suma utilidad, pues si bien en muchos casos para los acreedores afectados detectar el problema y preparar la investigación correspondiente hubiera resultado demasiado costoso, para el INDECOPI detectar el problema y preparar una concienzuda investigación hubiera resultado posible; además que se le hubiera brindado al INDECOPI la oportunidad de asumir un rol importante en la tarea de detectar el fraude en defensa de los intereses de todos los acreedores y dar mensajes claros al mercado en el sentido de que "el que la hace la paga".

Por otro lado, los artículos 125.2 y 125.3 de la LGSC que disponen que el INDECOPI cuenta con facultades para imponer sanciones de hasta 100 UIT al deudor y/o acreedor que realicen actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones que no se refieran al desarrollo normal de su actividad, no precisa si se refiere a los actos de disposición ocurridos un año antes del inicio del concurso (en "período de sospecha"), si se refiere a los actos de disposición ocurridos entre el inicio del concurso y la fecha en que la junta de acreedores designe su administración (actos de disposición *ex post* concurso); o a ambos. Para una aplicación debida de la norma este tema debiera ser precisado por el INDECOPI, más todavía si esto podría implicar que el INDECOPI cuente con atribuciones para sancionar con hasta 100 UIT si verifica cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 19 de la LGSC.

En nuestra opinión, no habría porqué hacer distinciones que la norma no hace. Entonces, los artículos 125.2 y 125.3 deberían entenderse como aplicables para los actos de disposición a que se refiere el artículo 19 de la LGSC.

Vemos entonces que, aparentemente, INDECOPI sí tendría una posibilidad de asumir un rol importante en la detección del fraude.

No obstante lo anterior, hubiera sido mejor una regla según la cual la multa administrativa a imponerse fuera una multa cuyo monto se estableciera en función al valor para la masa de los bienes que fueron indebidamente dispuestos. Hoy, con una sanción que tiene como máximo 100 UIT, habrán algunos casos que serán disuadidos por el riesgo de verse sancionados con una multa de esa magnitud. Pero habrán otros que no lo serán, pues se preferirá llevar a cabo el acto de disposición y pagar el costo de 100 UIT si se es detectado, pues el valor de la transacción es tal que justifica asumir tal costo de 100 UIT.

Finalmente, en lo que respecta a las sanciones penales para este tipo de actos fraudulentos, los artículos 209 y siguientes del Código Penal no han sido modificados por la LGSC. De ello se desprende que los actos de disposición patrimonial ocurridos en el "periodo de sospecha" que la LGSC extiende hasta un año, no serán sancionables penalmente, pues las normas penales se refieren solamente a actos de disposición patrimonial ocurridos dentro de un procedimiento concursal, y con ello, excluye la posibilidad de sancionar los actos de disposición anteriores al inicio del concurso.

Entonces, con la LGSC, el deudor que transfiere recursos en periodo de sospecha y el acreedor que se beneficia, aparentemente sólo podrán ser sancionados civilmente, vía una declaración de ineficacia del acto de disposición en cuestión, y eventualmente, administrativamente, con una multa de hasta 100 UIT.

Por tanto, con nuestra nueva LGSC puede todavía seguir siendo un gran "negocio" disponer de activos antes del inicio del concurso. La amenaza de 100 UIT puede todavía valer la pena el intento. Entonces, el problema se mantiene.

Los negocios que lleguen al INDECOPÍ no necesariamente llegarán con todos los bienes que deberían haber llegado de haber existido un régimen de protección de activos eficaz. Seguramente muchos llegarán en "cascarón" pues algunos acreedores "amigos" lograron cobrar antes del ingreso al INDECOPÍ. En conclusión, no hemos avanzado mucho realmente en materia de protección del patrimonio de una empresa concursada y, el gran perdedor con ello, nuevamente, es el crédito.

## V. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO: "EL MUNDO AL REVÉS"

Como se sabe, la LGSC ha eliminado el Procedimiento Simplificado de la anterior Ley de Reestructuración Patrimonial, y mantiene solamente dos procedimientos concursales: El Procedimiento Concursal Ordinario y el Procedimiento Concursal Preventivo. En el presente trabajo solamente comentaremos algunas disposiciones del Procedimiento Concursal Ordinario que consideramos de importancia.

El Procedimiento Concursal Ordinario es lo que en la anterior Ley de Reestructuración Patrimonial era el procedimiento de insolvencia. Sin embargo, como explicaremos a continuación, los cambios son sustanciales.

Por un lado, el procedimiento concursal ordinario podrá ser iniciado a pedido del deudor y a pedido de acreedores.

Cuando el procedimiento se inicia a pedido del deudor, de acuerdo al artículo 24 de la LGSC, el deudor deberá acreditar: a) que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un periodo mayor a treinta días calendario; o, b) que tiene pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

A este respecto, el artículo 24.2 de la LGSC señala que al presentar su pedido, el deudor deberá expresar si buscará una reestructuración patrimonial o una disolución y liquidación. De ser el caso que el deudor quiera intentar una reestructuración patrimonial, deberá acreditar que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado. Y de haber pedido la reestructuración patrimonial, pero no haber podido acreditar no encontrarse en la situación anterior, la solicitud será declarada improcedente, conforme dispone el artículo 24.3 de la LGSC.

Puede observarse hasta este punto que la LGSC busca que en el procedimiento

concurzal ordinario los deudores que quieran tentar una reestructuración lo hagan sólo si su situación patrimonial no se encuentra sumamente deteriorada. Aparentemente, la LGSC ha buscado que el deudor sea realista, de tal forma que si éste viene arrojando pérdidas, le cierra las puertas para intentar una reestructuración, y le dice que su única opción bajo la ley es la disolución y liquidación.

Por otro lado, en lo que respecta al inicio del procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedores, en lo fundamental, se mantiene el esquema de la Ley de Reestructuración Patrimonial. En efecto, de acuerdo a lo que dispone el artículo 26.1 de la LGSC, podrán solicitar el procedimiento concursal ordinario de su deudor, uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos en más de 30 días, y que en conjunto superen las 50 UIT.

Sin embargo, el parecido de este procedimiento concursal ordinario con su antecesor el procedimiento de insolvencia, es sólo aparente. Como explicaremos en seguida, la LGSC ha introducido cambios sustanciales en el diseño ¿Quién gana o quién pierde con estos cambios? Veamos.

El artículo 26.2 de la LGSC dispone lo siguiente:

*"No procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario por obligaciones impagas que se encuentren garantizadas con bienes del deudor o de terceros, salvo que el proceso de ejecución de dichas garantías resulte infructuoso."*

Lo anterior significa que cualquier crédito garantizado que no haya sido pagado, aun cuando sea un crédito que cumpla con los requisitos de ser de más de 50 UIT y de encontrarse vencido en más de 30 días, no podrá ser un crédito que dé mérito al inicio de un procedimiento concursal ordinario, pues antes, el acreedor garantizado deberá intentar ejecutar la garantía y fallar en el intento. Sólo si su intento de ejecución de la garantía fue "infructuoso", entonces éste ahora sí sufrido acreedor, podrá intentar el procedimiento concursal ordinario ante el INDECOPI.

Vemos entonces que de acuerdo con la LGSC el acreedor que en su momento fue diligente y exigió la constitución de garantías a su favor, fue en realidad un gran tonto, pues al obtener la garantía, lo que hizo en realidad fue darle a su deudor la posibilidad de protegerse frente a cualquier intento de que mañana más tarde lo quieran llevar al INDECOPI. El mundo al revés. De acuerdo a la LGSC las garantías ya no protegen al acreedor, sino que en realidad protegen al deudor. El que logra que se constituyan garantías a su favor ya no se protege frente al riesgo de incumplimiento, sino que por el contrario se desprotege, y protege a su contraparte.

Como es evidente, esta es una norma que claramente protege al deudor. Una norma que no tiene absolutamente nada que ver con proteger el crédito. Los deudores son entonces los grandes ganadores esta vez.

Veamos otras novedades de la LGSC que mantienen esta misma línea pro deudor y anti crédito.

El artículo 26.3 de la LGSC establece que:

*"No procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario respecto de deudores que se encuentren tramitando su disolución y liquidación, al amparo de las disposiciones de la Ley General de Sociedades".*

Este artículo 26.3 le brinda al deudor un arma adicional para protegerse del riesgo de ser llevado al procedimiento concursal ordinario. Ante la menor amenaza de ser llevado al INDECOPI -y de ser el caso que en su momento no hubiera constituido una garantía de difícil ejecución a favor de su acreedor- el deudor todavía tendrá la oportunidad de protegerse frente a INDECOPI, bastando para ello con reunir a su junta de accionistas y acordar la disolución y liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades.

Esta, nuevamente, es una disposición claramente pro deudor, pues le brinda al deudor la posibilidad de incumplir con el pago de sus obligaciones, y evitar que sus acreedores utilicen la vía que consideren más adecuada para la cobranza de sus créditos.

No entendemos realmente el sentido de haber tomado la decisión de eliminar las disposiciones de la Ley de Reestructuración Patrimonial, que permitían someter a concurso deudores que habían incumplido con el pago de créditos garantizados, así como a deudores que se encontraran sujetos a un procedimiento de disolución y liquidación.

No comprendemos cómo es que una ley que en su Título Preliminar se declaró a sí misma como pro acreedor, en la parte que comentamos finalmente le brinda al deudor mecanismos para "camuflarse" frente al intento de cualquier acreedor de llevarlo al INDECOPI.

## VI. ¿DE VUELTA A LA QUIEBRA DE LA EDAD MEDIA?

De lo dicho hasta esta parte parecería que la LGSC – contrariamente a lo que señala en su Título Preliminar- no busca proteger el crédito realmente, sino que busca proteger a los deudores.

Si tal fuera el caso, la tremenda inconsistencia legislativa podría, sin embargo, corregirse modificando el Título Preliminar y punto. Habría una solución relativamente fácil a la vuelta de la esquina. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la lamentable decisión que se habría tomado al proteger a los deudores y no ya al crédito, pues el crédito de ahora en adelante, en tanto más difícil de recuperar *ex post* la crisis, sería más oneroso para todos *ex ante* la crisis. Pero bueno, por lo menos la ley podría lograr ser consistente consigo misma y los agentes de mercado tendríamos una señal clara (negativa pero clara).

Sin embargo, no es tan claro que esta ley sea pro deudor solamente, pues contiene otras disposiciones que son fundamentalmente pro crédito. Ello complica la tarea de entender hacia dónde vamos con la LGSC y de buscarle una salida viable al problema que se ha creado.

Un claro ejemplo de lo anterior es la regulación del procedimiento de quiebra que contiene la LGSC; en particular las sanciones que la ley prevé para los quebrados.

El artículo 100 de la LGSC establece que el quebrado estará impedido de:

- a) Constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas;
- b) Ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas en general;

- c) Ser tutor o curador o representante legal de personas naturales; y,
- d) Ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la Ley.

Por su parte, el artículo 100.3 de la LGSC dispone que tales impedimentos al quebrado, se le aplicarán también al Presidente del Directorio de la empresa concursada, así como al titular de ésta. A este respecto, no queda claro qué debemos entender por titular, pues si por titular se entiende a los titulares de la empresa -sean estos accionistas o socios por ejemplo- las sanciones que la LGSC impone a los quebrados no son sólo bastante duras con los deudores, sino que, además, rompen con el principio de limitación de responsabilidad, permitiendo que los efectos de la quiebra alcancen a los mismos titulares del negocio.

El artículo 101.1 de la LGSC establece que el estado de quiebra termina luego de transcurrido el plazo de 5 años contados desde la fecha en que se expidió la resolución judicial declarando la quiebra.

De lo anterior se desprende que por el hecho de ser declarado en quiebra, el quebrado (y aparentemente hasta sus mismos titulares en el caso de personas jurídicas) quedará prácticamente impedidos de desarrollar actividad empresarial durante un periodo de cinco años.

La sanción es muy dura. No es sólo haberlo quizá perdido casi todo después de un largo proceso concursal de disolución y liquidación ante el INDECOPI, sino que, además, la LGSC impide que el deudor quebrado intente rehacer su vida empresarial, pues durante cinco años le dice que tendrá que mantenerse inactivo, simplemente esperando. Parecería que hemos vuelto al concepto de la quiebra punitiva, concepto de quiebra éste más propio de la Edad Media que de los tiempos actuales.

Ésta es sin duda una disposición claramente pro crédito, pues por la vía de establecer un procedimiento muy duro con el deudor, se tendría por efecto disuadir a los deudores de sobre endeudarse irracionalmente y poner en riesgo el pago de sus obligaciones. En teoría, la amenaza de la quiebra (por los cinco años de "muerte empresarial" que hoy implica) motivaría que los deudores sean, por un lado, más racionales al momento de endeudarse y, por el otro, más cumplidos con sus obligaciones una vez que tomaron la decisión de endeudamiento.

## VII. CONCLUSIONES

Este muy breve recorrido por tan sólo algunas de las principales disposiciones de la LGSC ha sido suficiente para percatarnos de que esta ley no busca proteger el crédito como engañosamente señala en el artículo I de su Título Preliminar.

Una ley que le brinda al deudor la posibilidad de definir —vía una modificación estatutaria— dónde se tramitará su procedimiento concursal ordinario no hace sino desproteger a los acreedores. Una ley que le brinda al deudor (quizá coludido con un acreedor) la posibilidad de disponer de activos antes de iniciado el concurso sin ser sancionado en el intento, tampoco protege a los acreedores, pues éstos como colectivo, verán reducido el valor del negocio respecto del cual después les tocará decidir destino para maximizar el recupero de sus créditos.

Tampoco protege el crédito una ley que dice que las garantías son para proteger a los deudores (del riesgo de que alguien los lleve al INDECOPI) y no ya a los

acreedores. Y menos protege el crédito una ley que señala que el deudor podrá evitar que lo lleven al INDECOPI, si en junta de accionistas se acuerda la disolución y liquidación.

En consecuencia, esta LGSC no es una ley que protegerá el crédito. Ahora bien ¿Es acaso una ley que protegerá a los deudores?

Pues tampoco, una ley concursal que protege al deudor suele ser una ley amigable con ellos. Una ley que no sanciona la crisis empresarial, sino que por el contrario le permite al deudor trasladar el costo de la crisis a sus acreedores. Sin embargo, esta LGSC es todo lo contrario.

En efecto, la LGSC nos ha llevado de vuelta a la quiebra punitiva propia de la Edad Media, al determinar que quien es declarado quebrado, al mismo tiempo es declarado como "muerto empresarial" durante el largo periodo de cinco años. Una ley tan dura con el deudor no puede ser una ley que protegerá a los deudores.

Entonces, la LGSC no protegerá ni a deudores ni acreedores.

Ésta es una ley que no se define claramente, más allá de las poco claras y engañosas declaraciones de principios que contiene en su Título Preliminar. La única definición que hemos encontrado, en todo caso, es la definición de la inconsistencia, la definición de la falta de un objetivo claro, la definición de una falta de brújula y de sentido de ubicación.

¿A quiénes protege la LGSC entonces? Pues creo que a nadie realmente. Con esta ley el crédito está más desprotegido. Y, asimismo, los deudores se enfrentan a un sistema menos amigable, muy duro.

Lamentablemente no nos ha resultado posible definir a estas alturas hacia dónde vamos con la LGSC. Lo único que podríamos concluir es que no vamos a ningún lado. A menos que esta ley sea modificada (o mejor aún derogada y sustituida por una norma nueva), creo que esta ley no nos depara ningún avance. Muy por el contrario, me animaría a decir que la LGSC nos llevará a retroceder varios años en materia concursal. Lo avanzado en estos últimos diez años ha sido borrado de un plumazo. Habrá que volver a reconstruirlo todo.