

## LAS GARANTÍAS REALES Y LA NUEVA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL

GUILLERMO PUELLES OLIVERA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú  
Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Lima y de  
la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

### SUMARIO

- I. Introducción.- II. Las garantías reales y las afectaciones sobre bienes del deudor.-  
III. El caso especial de los *warrants* a favor de entidades del sistema financiero.

### I. INTRODUCCIÓN

Cuando uno se aproxima al estudio del derecho concursal surgen, de inmediato, diversas interrogantes cuya respuesta no suele ser fácil. La primera de ellas concierne a la legitimidad misma del sistema: ¿Por qué existe un mecanismo legal que permite a un deudor la suspensión temporal de sus pagos, la intangibilidad de su patrimonio y la posibilidad de llegar a acuerdos con sus acreedores para aliviar su carga financiera, mientras que los demás actores en el mercado tienen que lidiar con sus acreedores sin esas ventajas? La respuesta a esta pregunta tiene necesariamente que ver con el objetivo del sistema concursal, que en el caso de la Ley General del Sistema Concursal (en adelante LGS) debería consistir en la *protección del crédito*, recogido en el artículo I de su Título Preliminar. Y decimos "debería" ser porque en el citado artículo se han agregado otros objetivos adicionales como "*la permanencia de la unidad productiva*" y la protección del "*patrimonio de la empresa*", nociones ambas que pueden resultar incluso contradictorias con el principio de protección del crédito. En cualquier caso, entendemos que la idea directriz que inspiró el proyecto de la LGSC fue la tutela del crédito como objetivo central del sistema concursal.<sup>1</sup>

Dentro de los diversos mecanismos que existen para que los acreedores logren una protección efectiva de sus créditos, tienen especial importancia las garantías personales o reales que respaldan el cumplimiento de las obligaciones del deudor. De cara al sistema concursal, estas garantías pueden ser, además, clasificadas en aquellas constituidas por el propio deudor sobre sus bienes y aquellas constituidas por terceros, ya sean éstos garantes personales, como los fiadores y avalistas, o reales, como los garantes prendarios o hipotecarios.

En el presente trabajo, abordaremos algunos aspectos específicos de la LGSC relativos a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor en respaldo de sus obligaciones, a fin de entender el funcionamiento en sede concursal de estos elementos esenciales de tutela del crédito.

### II. LAS GARANTÍAS REALES Y LAS AFECTACIONES SOBRE BIENES DEL DEUDOR

Como se sabe, una vez publicado el aviso que informa del inicio de un procedimiento concursal, se produce la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección patrimonial del deudor concursado, de conformidad con los

<sup>1</sup> El Proyecto de la LGSC originalmente preparado por el INDECOP, se limitaba a establecer la protección del crédito como objetivo esencial del sistema concursal.

artículos 17 y 18 de la LGSC. Los efectos anotados son expresión del principio de colectividad, en virtud del cual el interés colectivo de la masa de acreedores es superior al interés de cada acreedor individual.

En esa línea, quedan en suspenso las ejecuciones individuales del patrimonio del deudor concursado y se pasa a un estado de ejecución colectiva, a través de las decisiones de la Junta de Acreedores. Como consecuencia de ello, queda temporalmente en suspenso la posibilidad de los acreedores de ejecutar individualmente las garantías reales constituidas por el propio deudor, así como los embargos y otras medidas cautelares trabadas contra su patrimonio. No obstante ello, las garantías y afectaciones son sumamente importantes en el concurso, por cuanto determinan un orden de preferencia privilegiado para el acreedor beneficiario de las mismas.

En efecto, de conformidad con el artículo 42, los acreedores que cuentan con garantías reales o medidas cautelares sobre bienes del deudor, se encuentran en el tercer orden de preferencia para el pago de sus créditos en un eventual escenario de liquidación del deudor concursado. Según el texto de la norma, están comprendidos en el tercer orden mencionado:

*"Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberá estar inscrita (sic) en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aún cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos."*

Es importante advertir que según el texto del artículo 42 de la LGSC, el orden de preferencia allí previsto se aplica en el caso de liquidación del deudor concursado. No obstante, la determinación de las garantías que serán reconocidas a efectos de la preferencia en el pago se ha hecho en función de la fecha de publicación del inicio del concurso y no en función de la fecha de inicio de la liquidación. En este extremo, la norma es similar a la contenida en la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial (en adelante LRP).

El texto original de la norma contenida en la LRP no aludía a la fecha de constitución de la garantía real, limitándose a otorgar la preferencia a los acreedores que tuviesen garantías reales sobre bienes del deudor, con prescindencia de su fecha de otorgamiento o inscripción, de ser el caso. Esta norma fue modificada después, debido a que en diversos casos ocurrió que posteriormente a la publicación del concurso del deudor se constituirían garantías a favor de ciertos acreedores o bien las autoridades judiciales seguían disponiendo, indebidamente, la realización de medidas cautelares contra el patrimonio del deudor concursado, en perjuicio de los acreedores de la masa.

Sin embargo, la modificación llegó al otro extremo, pues solamente se reconocerían para efectos del concurso las garantías constituidas por el deudor hasta la fecha de publicación del inicio del concurso. Esta norma ha sido recogida sin mayores variantes en la nueva LGSC, con lo cual existen dos problemas importantes, a saber:

- 1) Uno primero, que ya existía en la derogada LRP, es que la LGSC contiene una norma de excepción a la prohibición de trabar medidas cautelares contra el deudor una vez publicado el inicio de su concurso. En efecto, el artículo 18.2 de la LGSC establece que **no quedará suspendida** la ejecución de medidas cautelares que únicamente impliquen la inscripción en el registro o que no impliquen la desposesión de bienes del deudor.

Tales medidas cautelares podrán ser trabadas a pesar de la situación de concurso del deudor y con posterioridad a la fecha de su publicación. No obstante, tales garantías no podrán ser ejecutadas, como consecuencia del marco de protección del patrimonio del deudor una vez iniciado su concurso.

Ahora bien, ¿qué utilidad tiene permitir la excepcional ejecución de ciertas medidas cautelares en virtud del artículo 18.2 de la LGSC si éstas no serán tomadas en consideración para efectos de otorgar un privilegio al acreedor en caso de liquidación del deudor?

Si durante la reestructuración no habrá seguramente posibilidad de ejecutar tales embargos y si en la liquidación no serán tomados en cuenta, entonces de poca o ninguna utilidad resultará el texto del artículo 18.2 comentado. Si la intención del legislador era permitir la inclusión de tales garantías en el concurso, debió establecerse la excepción expresa en el artículo 42 de la LGSC.

- 2) Un segundo problema y más importante aún es que con el artículo 42 de la LGSC resulta inútil la constitución de garantías reales sobre bienes del deudor con posterioridad al inicio de su concurso.

No es que la norma citada establezca una prohibición de constituir garantías en forma posterior al inicio del concurso, sino que, de llegar a constituirse, tales garantías no serían tomadas en cuenta en un eventual escenario de liquidación del deudor.

Esta disposición tiene sentido, pero sólo hasta un cierto punto. En efecto, una vez iniciado el concurso el artículo 19 de la LGSC dispone la ineficacia de ciertos actos del deudor, entre los cuales están los actos de gravamen por los que éste afecta su patrimonio en beneficio de alguno o algunos acreedores en particular. Esta declaración de ineficacia debe ser, sin embargo, obtenida a través de un proceso judicial y por ello puede ocurrir que, ya sea por desconocimiento, desinformación o falta de recursos, no existan acreedores que lleguen a impugnar un gravamen indebidamente constituido por el deudor en violación del artículo 19 de la LGSC.

Ante ello parece razonable que, no pudiendo el INDECOPI atribuirse el rol jurisdiccional de declaración de ineficacia de tales gravámenes, la LGSC disponga que para efectos concursales (en caso de liquidación) sólo se tomarán en cuenta las garantías reales constituidas e inscritas hasta la fecha de publicación del inicio del concurso del deudor.

Sin embargo, la sanción de ineficacia de actos del deudor contemplada en el artículo 19 de la LGSC únicamente es aplicable hasta que la Junta de Acreedores nombra o ratifica al administrador del deudor concursado en un escenario de reestructuración o designa al liquidador en el caso de la disolución y liquidación del deudor.

Una vez que la Junta de Acreedores opta por la reestructuración patrimonial del deudor y designa al administrador, no parece existir razón para no admitir la constitución de nuevas garantías, siempre que se tenga la aprobación de la Junta en el marco de un plan de reestructuración. Si la LGSC debe constituir un marco adecuado de negociación entre acreedores y deudor, no debería ocurrir que sus normas restrinjan las posibilidades de autorregulación de los actores del proceso.

Así, el reordenamiento de garantías para incentivar a quienes apoyan financiera o comercialmente al reestructurado o para respaldar a quienes no tienen garantías, la previsión de que los nuevos bienes que adquiera el deudor reestructurado sean afectados en garantía de los acreedores, entre otras, son medidas razonables y justificadas que, sin embargo, no encontrarán amparo a tenor de lo dispuesto por el artículo 42 de la LGSC. A nuestro entender, deberían admitirse para efectos de la liquidación no sólo las garantías constituidas hasta la fecha de inicio del concurso, sino aquellas que, siendo posteriores, cuenten con la aprobación expresa de la Junta en el marco de un plan de reestructuración y con criterios objetivos que justifiquen su constitución.

Problema adicional y significativo de la no admisión de garantías posteriores al inicio del concurso resulta el de las acreencias denominadas "post-concursales", es decir, aquellas generadas o devengadas después de la fecha de publicación del aviso que informa sobre el inicio del procedimiento concursal del deudor.

Como sabemos, los artículos 16.3 y 74.6 de la LGSC dan lugar al denominado "fuero de atracción" de los créditos post - concursales, en virtud del cual tales créditos se incorporan al proceso (se convierten en parte de la masa de acreencias concursales) en caso de liquidación del deudor, debiendo ser reconocidos por la autoridad concursal. Con ello, si durante la reestructuración los créditos post-concursales se pagan a su normal vencimiento y pueden ser ejecutados individualmente por el acreedor con prescindencia del concurso del deudor, no pasará lo mismo en la liquidación, donde los créditos post-concursales pasarán a formar parte de la masa de acreencias y deberán ser pagados por el liquidador respetando el orden de preferencia del artículo 42 de la LGSC.

Es interesante notar que el artículo 42 de la LGSC no contiene mención o tratamiento específico para los créditos post-concursales en el orden de preferencia establecido en el artículo 42 de la nueva LGSC. Con ello, la nueva norma parece eliminar cualquier privilegio para estos créditos en un proceso de liquidación, por lo que estarían comprendidos en el quinto y último orden de preferencia.

Esta situación se agrava por cuanto, como hemos visto, el artículo 42 de la LGSC sólo admite para efectos de la liquidación las garantías constituidas antes de la fecha de inicio del concurso. Cabe anotar que ha sido práctica usual y razonable que el deudor constituya nuevas garantías reales sobre sus bienes en respaldo de los créditos post - concursales (v.g. financiamientos nuevos de capital de trabajo, adquisición de bienes, etc.), pero la aplicación del artículo 42 de la LGSC traerá como consecuencia la pérdida de todo sentido para tales garantías, en la medida que por su propia naturaleza serán constituidas después del inicio del procedimiento concursal del deudor.

Con esto, las entidades financieras y los acreedores en general no tendrán ningún incentivo y, más bien, muchos riesgos en otorgar nuevos créditos a un deudor en concurso, dado que la LGSC parece haberlos relegado al último lugar en un eventual

proceso de liquidación. En nuestra opinión, este es un aspecto de la LGSC que debería ser revisado a fin de no crear un "desincentivo legal" a decisiones de financiamiento que podrían estar perfectamente justificadas y sustentadas de cara a la reestructuración de un determinado deudor.

### III. EL CASO ESPECIAL DE LOS WARRANTS A FAVOR DE ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas en el punto anterior, menciono aparte merece el tema de los warrants a favor de entidades del sistema financiero. Como se sabe, en virtud del inciso 8) del artículo 132 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros (en adelante la Ley General)<sup>2</sup>, estas garantías pueden ser ejecutadas por la entidad del sistema financiero, con prescindencia del concurso del deudor.

Surge la duda de si las disposiciones de la LGSC han derogado este privilegio de las entidades del sistema financiero o si, por el contrario, permanece intacta la posibilidad de ejecución privilegiada de los warrant emitidos a favor de dichos acreedores, con prescindencia del concurso del deudor.

Cabe recordar que el artículo IV del Título Preliminar de la LGSC consagra el denominado "principio de universalidad", en virtud del cual los procedimientos concursales producen sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, con las excepciones establecidas expresamente por la ley.

Por su parte, el artículo 18 de la LGSC dispone que, una vez que se efectúa la publicación que da inicio al concurso, el patrimonio del deudor no puede ser ejecutado ni afectado en beneficio de uno o más acreedores, manteniéndose el status quo patrimonial del concursado como medio para facilitar y garantizar la viabilidad de las decisiones que tome el conjunto de acreedores. Esta norma, que regula el denominado "marco de protección legal del patrimonio" es expresión del criterio de universalidad antes expuesto y se complementa además con el "principio de colectividad" regulado en el artículo V del Título Preliminar de la LGSC, en virtud del cual todos los acreedores deben concurrir al proceso concursal, resultando el interés colectivo de la masa de acreedores es superior al interés individual de cada acreedor.

No obstante lo señalado en los párrafos anteriores, del propio texto del artículo IV del Título Preliminar de la LGSC se aprecia que el principio de universalidad no es absoluto, en la medida que se admite la existencia de ciertas excepciones legales que impliquen que alguna parte del patrimonio del deudor no quede sometida a los efectos del procedimiento concursal.

La existencia de excepciones al principio de universalidad también se aprecia en el artículo 14 de la LGSC, norma que dispone lo siguiente:

*"El patrimonio comprende la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del deudor concursado, con excepción de sus bienes embargables y aquellos expresamente excluidos por leyes especiales". (El subrayado es nuestro)*

<sup>2</sup> Artículo 132.- En aplicación del artículo 89 de la Constitución Política, con Arrieta evadente de nuevo al proceso, adicionalmente, la otorgación de riesgos para el ahorrado.

1. / 2. - La ejecución del Título de Crédito Hipotecario Negociable y del Warrant que garantizan obligativamente con estancias del sistema financiero por su tenedor, con exclusión de cualquier tenedor acreedor del consentimiento, concursal o no. La presente disposición se aplica los derechos de los Afiliados Generales de Depósitos de entrar los ahorros, arrendados y gastos de remite al afectar los miembros". (Debe precisar que la Ley 27087 modificó la redacción original de este artículo para incluir la ejecución del Título de Crédito Hipotecario Negociable).

Dos tipos de excepciones a la universalidad se advierten en este caso: (i) los bienes inembargables; y (ii) a otros bienes que se encuentren expresamente excluidos por leyes especiales.

Considerando estas excepciones: ¿se puede considerar que el inciso 8) del artículo 132 de la Ley General está dentro de las excepciones al principio de universalidad o no? De ser afirmativa la respuesta, se concluirá que las entidades del sistema financiero conservan su facultad de ejecutar los warrants emitidos a su favor aun cuando el deudor se encuentre sometido a concurso. De ser negativa la respuesta, se concluirá que el inciso 8) del artículo 132 de la Ley General ha quedado derogado en virtud del principio de universalidad de la LGSC.

En nuestra opinión, la LGSC no deroga las disposiciones de la Ley General que facultan a las entidades del sistema financiero a ejecutar los bienes afectados con warrants a su favor, con total independencia del concurso del deudor.

En efecto, ya hemos visto que tanto el Artículo IV del Título Preliminar como el artículo 14 de la LGSC plasman un principio de universalidad que no es absoluto y que admite excepciones sustentadas en normas especiales. Tal sería, en nuestro concepto, el caso de las disposiciones de la Ley General que regulan el tema de la ejecución de los warrants como una forma de protección del ahorro.

La Ley General contiene una disposición específica aplicable únicamente a las garantías a favor de entidades del sistema financiero, mientras que las disposiciones de la LGSC tienen carácter de norma general, al comprender en su ámbito de aplicación a toda garantía constituida sobre bienes del deudor concursado.

Debe recordarse, en este contexto, que la ley de carácter especial (en este caso la Ley General) prima sobre la ley de carácter general (en este caso la LGSC), por lo que no existe conflicto normativo entre ambas leyes sino una relación de especialidad que permite su coexistencia. Lo contrario implicaría sostener que la LGSC ha derogado tácitamente el inciso 8) del artículo 132 de la Ley General, al ser incompatible dicha norma con las disposiciones de la LGSC sobre la universalidad del patrimonio del deudor concursado, siendo que la LGSC es norma posterior a la Ley General.

No creemos, sin embargo, que la LGSC haya producido tal derogación tácita, pues ésta se produce cuando existe abierta y clara incompatibilidad entre la norma original y la norma posterior, o bien cuando la norma posterior regula de manera total y diversa la misma materia que regulaba la norma original.

Si las normas de la LGSC relativas al principio de universalidad y no ejecución del patrimonio del deudor concursado fuesen absolutas (es decir, si no admitieran excepción alguna a su aplicación) como en su momento fue el caso del artículo 17 de la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial, sería claro que las normas de la LGSC habrían derogado tácitamente el inciso 8) del artículo 132 de la Ley General, al ser incompatible el principio absoluto de universalidad del patrimonio del deudor concursado con el privilegio de las entidades bancarias para ejecutar warrants.

Sin embargo, las normas de la LGSC sobre el principio de universalidad no son absolutas y admiten expresamente supuestos de excepción fundados en normas especiales. El supuesto de excepción por excelencia permitido por la LGSC sería, entonces, el inciso 8) del artículo 132 de la Ley General.

Más aún, atendiendo a la evolución histórica de las normas concursales en esta

materia queda claro que si la intención del legislador hubiese sido derogar tácitamente el inciso 8) de la Ley General, habría tenido que establecer un principio de universalidad absoluto, que no admita excepciones a la prohibición de ejecutar el patrimonio del deudor concursado.

En efecto, el Decreto Legislativo N° 770, anterior y derogada Ley de Bancos, entró en vigencia en el año 1991 y contenía ya la previsión de que los bienes afectados por *warrants* a favor de entidades del sistema financiero podían ser libremente ejecutados por el acreedor con prescindencia del concurso del deudor. Posteriormente, en septiembre de 1996 entró en vigencia la recientemente derogada Ley de Reestructuración Patrimonial, la cual no contemplaba expresamente el principio de universalidad, pero sí contenía disposiciones que incluyeron dentro del ámbito de la protección patrimonial del deudor concursado a la totalidad de los bienes de este último, incluyendo aquellos que estuviesen afectados por *warrants*, sin distinción alguna.<sup>3</sup>

Con la Ley de Reestructuración y su principio implícito y absoluto de universalidad, se concluía que habían quedado derogadas tácitamente las disposiciones del Decreto Legislativo N° 770 que permitían a las entidades del sistema financiero la ejecución de los *warrants* emitidos a su favor sin importar la situación de concurso del deudor.

Esta situación cambió con la entrada en vigencia, en noviembre de 1996, de la actual Ley General, que volvió a establecer un régimen preferente para las entidades del sistema financiero, disponiendo que éstas podían ejecutar los *warrants* a su favor en cualquier momento, con prescindencia de la eventual situación de concurso del deudor.

En esta línea, si la LGSC hubiese buscado la eliminación del privilegio de ejecución de *warrants* de las entidades del sistema financiero, habría tenido que regular un principio de universalidad absoluto o bien habría tenido que derogar expresamente al inciso 8) del artículo 132 de la Ley General. Queda claro, de la revisión de la LGSC, que ninguno de los supuestos antes mencionados ha ocurrido y que, en consecuencia, se mantiene vigente la facultad de ejecución individual de los *warrants* a favor de las entidades del sistema financiero.

Debe admitirse, sin embargo, que existe una cierta falta de claridad en la LGSC sobre esta materia y que este privilegio especial de las entidades del sistema financiero dará lugar a muchas controversias. En esa medida, sirva la breve reflexión contenida en este artículo para enriquecer el debate.

<sup>3</sup> Al respecto, el artículo 3 de la Ley de Reestructuración Patrimonial, relativo al patrimonio comprendido en los procesos, establece: "El patrimonio consiste a los procedimientos derivados de la aplicación de la presente ley comprendido al conjunto de bienes y derechos de una persona natural o jurídica o de una sociedad anónima. En los casos de procedimientos frente a personas naturales, únicamente se ejecutará aquellos bienes que de conformidad con lo establecido en el artículo 243 del Código Procesal Civil tengan la calidad de inembargables." Por su parte, el artículo 17 de la citada ley estableció el marco de protección patrimonial del deudor desde la publicación de inicio del concurso, señalando expresamente la obligación de los administradores de Acreedores Generalistas de Depósito de suspender la ejecución de cualesquiera *warrants* sobre bienes del deudor concursado. Únicamente se prevé una excepción a esta prohibición en el caso de bienes en séquito de deudores o pólizas.