

## "MAMÁ, NO ME APAGUES LA LUZ"

### -LA CONTINUIDAD DEL MARCO DE PROTECCIÓN CONCURSAL-<sup>(1)</sup>

GUSTAVO MIRÓ QUESADA MILICH

Abogado por la Universidad de Lima.  
Ex miembro del Consejo Directivo de *ADVOCATUS* Nueva Época.

#### SUMARIO:

I. Introducción.- II. Marco de Protección Concursal: I. Marco de protección legal al patrimonio, suspensión de la exigibilidad de obligaciones y el Concurso; 2. Inicio y término del marco de protección concursal.- III. El Procedimiento Concursal y el Estado de Concurso: 1. Procedimiento concursal vs. Estado de concurso; 2. Inicio y término del estado de concurso.- IV. Inicio del Concurso Ordinario y Pluriactivista del Marco de Protección Concursal: 1. Conclusión del concurso preventivo e inicio del concurso ordinario; 2. Vigencia del marco de protección concursal; 3. Autonomía de las partes.- V. Conclusiones.

*"Since time immemorial, dogs have responded to the command 'stay' by resting on their behinds and forgoing intended activity. While no scholarly commentator has traced the origins of the bankruptcy stay to this tradition, the link is striking. The stay does for the debtor and the estate what its canine equivalent does for the neighbor's cat: protection from harassment, pursuit and dismemberment".*

Brian A. Blum

#### I. INTRODUCCIÓN

Cuando un niño le teme a la oscuridad, normalmente pide que, al acostarse, se deje la luz de su habitación encendida, de modo que este pueda conciliar el sueño sin mayor sobresalto. Una vez dormido el chiquillo, la madre regresará al dormitorio y apagará la luz puesto que, aparentemente, carecerá de objeto que la luz se mantenga encendida. Sin embargo, ¿qué ocurrirá si ese niño despierta en medio de la noche, desamparado por la luz que lo protegía, que lo acompañó en su trance al sueño? Evidentemente, pegará un grito de auxilio suplicando por su madre y por aquella luz protectora. Vendrá la madre enseguida, encenderá la luz, calmará al niño y el ciclo se iniciará nuevamente.

En este ciclo, podría ocurrir que el niño duerma de forma continua y que despierte coincidiendo con la luz del día, situación en la cual no habría sido necesario volver a encender la luz. Sin embargo, también podría ocurrir que el niño despierte más de una vez durante la noche (o, que la sola vez en que el niño despierte sea suficiente para generarle un poderoso trauma). Siendo éste el escenario, la madre deberá optar por: (i) correr de dormitorio en dormitorio encendiendo y apagando la luz según la necesidad del niño, o; (ii) dejar la luz encendida durante toda la noche, hasta que el niño venza, en definitiva, el miedo a la oscuridad.

En el ejemplo propuesto, la primera alternativa claramente expone grandes perjuicios para la madre; como correr incontables veces a la habitación de su hijo prendiendo y apagando la luz,

<sup>(1)</sup> Dedicado a "Merolú", por el ejemplo y la revisión del presente trabajo.

Agredoo los valerosos comentarios y predilección de Javier Castro Salme y Rafael Piasso Salme. Sin embargo, togo más los desaciertos que propongo este artículo.

impidiendo conciliar continuamente el sueño y para su hijo, el posible trauma frente a la oscuridad. La segunda alternativa, en cambio, supondrá para la madre una asunción de costos que, en algunos casos, resultaría exagerada pero que, dependiendo de la aversión del niño a la oscuridad, estará completamente justificada.

A modo de analogía, el presente trabajo está dirigido a analizar la posibilidad de que una empresa (niño con temor a la oscuridad) inmersa en un procedimiento concursal preventivo<sup>1</sup> sea sometida a un procedimiento concursal ordinario<sup>2</sup>, sin que, entre el momento en que concluya el procedimiento concursal preventivo y el momento en que se publique el aviso del inicio del procedimiento concursal ordinario (cuando se pueda considerar apagada la luz), algunos o todos los acreedores concursales puedan requerir el pago de los créditos que mantengan frente al deudor, en vías distintas al concurso.

En esta línea, analizaremos de modo particular, a la luz de lo dispuesto en la Ley General del Sistema Concursal, Ley 27809 (en adelante, la "LGSC"); (i) cuándo se inicia y cuándo concluye el marco de protección concursal, (ii) si puede la Junta de Acreedores (en adelante, la "Junta"), encontrándose el deudor inmerso en un procedimiento concursal preventivo, decidir el inicio de un procedimiento concursal ordinario, inclusive si no se produce un incumplimiento del Acuerdo Global de Refinanciamiento y, (iii) si en dicho escenario, puede iniciarse un procedimiento concursal ordinario sin que, en la transición, la empresa quede excluida del marco de protección concursal.

## II. MARCO DE PROTECCIÓN CONCURSAL

### 1. El Marco de Protección Legal del Patrimonio, la suspensión de la Exigibilidad de Obligaciones y el Concordato

Según lo dispone la LGSC, el marco de protección legal del patrimonio supone que, a partir de la fecha de la publicación referida en el artículo 32<sup>3</sup> de la referida norma (en adelante, la "Fecha de Corte"), la autoridad que conoce de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial seguidos contra el deudor, no ordenará, bajo responsabilidad, ninguna medida cautelar que afecte su patrimonio, y, si ya están ordenadas, se abstendrá de trabajarlas.

Este marco de protección legal es un primer efecto del sometimiento al concurso, que pretende evitar "la puesta en marcha de acciones individuales de otros acreedores, ante la inminente crisis patrimonial del deudor", puesto que, dichas acciones generarían "la imposibilidad material de arribar a acuerdos colectivos que ayuden a adoptar una postura eficiente respecto al destino del negocio".<sup>4</sup>

Por otro lado, la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones es un segundo efecto del concurso que, como el anterior, busca proteger y fortalecer el patrimonio del deudor concursado, evitando así "las exigencias inmediatas de pago que podrían llevar a adoptar decisiones ineficientes al interior del concurso (...)".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Concurso Preventivo.

<sup>2</sup> Concurso Ordinario.

<sup>3</sup> Artículo 32 de la LGSC:

"32.1 Consciente o frente la resolución que dispone la apertura del procedimiento, la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI depositará la publicación semanal en el Diario Oficial El Peruano de un listado de los deudores que, en la semana precedente, hayan quedado sometidos a los procedimientos concursales.

32.2 En la publicación se requerirá a los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos, se les informará sobre el plazo para el otorgamiento al procedimiento y se pondrá a su disposición en las oficinas de la Secretaría Técnica la relación de obligaciones otorgada por el deudor".

<sup>4</sup> CARBONELL O'BRIEN, Esteban, Interpretación a la Nueva Ley General del Sistema Concursal Peruano, Editorial San Marcos, Primera Edición, 2003, p. 84.

<sup>5</sup> Loc. Cit. Idem.

<sup>6</sup> Ibid. p. 82.

Este segundo efecto supone que, a partir de la Fecha de Corte, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha, hasta que la Junta apruebe el acuerdo global de refinanciamiento, el Plan de Reestructuración o el Convenio de Liquidación, documentos en los que se establecerán condiciones distintas, referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento; siendo dichas condiciones oponibles a todos los acreedores comprendidos en el concurso.

Así, aprobado el acuerdo global de refinanciamiento, el plan de reestructuración o el convenio de liquidación; se generará un tercer efecto, según el cual todas las obligaciones del deudor (generadas con anterioridad a la Fecha de Corte, en los dos primeros casos) se reprogramen, reestructuren o liquiden, obligando a todos los acreedores a respetar todas y cada una de las condiciones de pago contenidas en dichos documentos.<sup>7</sup>

Para efectos del presente artículo, llamaremos indistintamente y en conjunto a la suspensión de la exigibilidad de obligaciones, al marco de protección legal del patrimonio y al sometimiento de todos los acreedores al concordato como el "Marco de Protección Concursal" y, como lo hicimos con la luz en el ejemplo del niño temeroso, indicaremos cuándo se inicia y cuándo termina este marco de protección, para luego continuar con nuestra teoría con respecto a la continuidad del Marco de Protección Concursal.

## 2. Inicio y término del Marco de Protección Concursal

Como hemos visto, el artículo 32 de la LGSC señala que, una vez consentida o firme la resolución que declara la situación de concurso del deudor, la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI dispondrá la publicación de un listado de los deudores que hayan quedado sometidos en alguno de los procedimientos concursales, evento que hemos denominado Fecha de Corte. Es a partir de esa fecha de corte que se suspenderá la exigibilidad de las obligaciones que el deudor tiene pendientes de pago, ergo, el Marco de Protección se iniciará con la referida publicación y con el primer y segundo efecto que ello supone.

En efecto, con la Fecha de Corte se inicia, en los casos que hubiese sido solicitada, la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio. De otro lado, con la aprobación del acuerdo global de refinanciamiento, plan de reestructuración y convenio de liquidación se reemplazarán esos dos primeros efectos por el acuerdo de las partes intervinientes en el concurso con respecto a la forma en que se pagarán los créditos que adeuda la empresa concursada.

Finalmente, con la desaprobación del acuerdo global de refinanciamiento o plan de reestructuración, su resolución por incumplimiento o con el cumplimiento definitivo del mismo, de igual forma, acabará el sometimiento de los acreedores y del deudor a las condiciones referidas en dichos documentos.

En concordancia con lo anterior, podemos afirmar que el Marco de Protección Concursal se extiende desde la Fecha de Corte (inicio de cualquier procedimiento) hasta que la Junta desaprobe<sup>8</sup> (en definitiva) o resuelva (en caso de incumplimiento luego de aprobados) el acuerdo global de

<sup>7</sup> En efecto, el artículo 108 de la LGSC establece que:

108.1 Cuando el árbitro lo solicite al iniciarse el procedimiento, la publicación o que se refiere el Artículo 32 suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el concursado tuviera pendientes de pago de aquí en adelante hasta dicha fecha, sin que este hecho constituya una renuncia de tales obligaciones. La suspensión antes mencionada durará hasta que se apruebe el Acuerdo Global de Refinanciamiento en el que se establecerán las condiciones referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable de ser el caso. (...)

108.4 El Acuerdo Global de Refinanciamiento aprobado por la Junta obliga al concursado y a todos sus acreedores, o al acuerdo se hayan ajustado a los acuerdos, no hayan existido o la Junta por cualquier motivo, o se hayan solicitado operativamente el reintegro de sus créditos, con las limitaciones establecidas en el Artículo 68.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Salvo en el caso previsto en el artículo 109 de la LGSC.

refinanciamiento, plan de reestructuración, o el convenio de liquidación, o que los mismos cumplan su cometido.<sup>9</sup>

### III. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL Y EL ESTADO DE CONCURSO

#### 1. Procedimiento Concursal vs. Estado de Concurso

La diferenciación entre el procedimiento concursal y el estado de concurso puede parecer, hasta cierto punto, una disquisición bizantina o absurda, sin embargo, como se verá más adelante, resulta de suma importancia cuando la vocación de un deudor es permanecer en el fuero concursal y los mecanismos de funcionamiento y de ingreso a dicho fuero terminan.

El procedimiento concursal es aquel mecanismo regulado por ley que tiene por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre el deudor y sus acreedores, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o de refinanciación de obligaciones o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción. El estado de concurso, en cambio, es la situación a la que ingresó el deudor vía uno de los procedimientos concursales (mecanismos) establecidos por ley, en donde la propia ley enmarca al deudor y le brinda determinadas contemplaciones.

El estado de concurso necesariamente empieza con el inicio de un procedimiento concursal y eventualmente termina con la conclusión de un procedimiento concursal pero, paradójicamente, no necesariamente el término del mecanismo de ingreso supondrá, como veremos, la conclusión del estado de concurso.

#### 2. Inicio y término del Estado de Concurso

El estado de concurso se inicia, como hemos indicado, con el inicio de un procedimiento concursal (procedimiento concursal preventivo o procedimiento concursal ordinario) y acompaña al deudor, de ser el caso, inclusive hasta su liquidación y disolución. Así, cuando un deudor se somete a un procedimiento concursal preventivo y por la situación de la empresa se decide la conclusión de dicho procedimiento y el inicio de un procedimiento concursal ordinario, no podremos afirmar que el estado de concurso del deudor ha concluido, sino que el vehículo que lo conduce por dicho estado ha variado.

Asimismo, si ante la imposibilidad de reestructurar o rescatar a un insolvente vía un procedimiento concursal ordinario, la Junta decide el paso a una liquidación, la situación de concurso del deudor se mantendrá hasta que se declaren extintas todas sus obligaciones o se declare la quiebra definitiva del deudor, pero no será hasta ese momento que el deudor quede fuera del estado de concurso al que ingresó.

Por supuesto, está de más aclarar que, en un escenario en donde el vehículo (procedimiento) elegido fue suficiente para restaurar la cesación de pagos del deudor y no solo ello, sino también para cumplir con todas sus obligaciones pendientes, la conclusión de dicho procedimiento supondrá asimismo la conclusión del estado de concurso, al ya no ser necesario; vale decir, porque el deudor ya no tiene la vocación de estar sometido a sus acreedores ni a las contemplaciones de ley.

---

<sup>9</sup> Cabe precisar que, según nuestra tesis, las causas de terminación de un procedimiento concursal no necesariamente determinarán la conclusión del estado de concurso del deudor. Por ello, cuando afirmamos que el marco de protección termina coincidiendo con las causas de terminación de un procedimiento concursal, solo pretendemos sostener ello cuando dicha terminación suponga también la conclusión del estado de concurso del deudor, entendiéndose esto como el descrito en el punto III del presente trabajo.

#### IV. INICIO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO

##### 1. Conclusión del Procedimiento Concursal Preventivo e Inicio del Procedimiento Concursal Ordinario

En virtud a lo dispuesto en el artículo 9 de la LGSC<sup>14</sup>, resulta imposible que, con respecto a un mismo deudor, existan dos procedimientos concursales de distinta naturaleza.

En efecto, según lo dispone la LGSC, el único supuesto en donde cabría la posibilidad de que la Comisión declare el inicio de un procedimiento concursal ordinario para una empresa ya inmersa en un procedimiento concursal preventivo (ya sea a solicitud de parte de los acreedores que conforman la Junta, un acreedor tercero que no solicitó originalmente el reconocimiento de sus créditos o un acreedor post-concursal)<sup>15</sup> sería aquel en donde el procedimiento concursal preventivo hubiese concluido.<sup>16</sup>

Según lo dispone el artículo 106.4 de la LGSC, la desaprobación del acuerdo global de refinanciamiento determina la conclusión del procedimiento concursal preventivo y, asimismo, el artículo 110 de la LGSC establece que cuando el deudor incumpla con el pago de alguna de sus obligaciones en los términos establecidos en el acuerdo global de refinanciamiento este quedará automáticamente resuelto (de pleno derecho).

Estando a ello, podemos señalar que el procedimiento concursal preventivo se inicia, al igual que el marco de protección concursal, con la fecha de corte y que, asimismo, concluye con la desaprobación del acuerdo global de refinanciamiento, su incumplimiento una vez aprobado o con el cumplimiento definitivo del mismo.

Ocurrido ello, es decir, concluido el procedimiento concursal preventivo, podrá decretarse entonces el inicio de un procedimiento concursal ordinario. Pero, estando a que la empresa objeto de nuestro análisis ya se encontraba en situación de concurso, surge la interrogante de cuándo se reputa iniciado este nuevo procedimiento.

Sin mayor preámbulo, diremos que, al igual de lo que ocurriría con el procedimiento concursal preventivo, el nuevo procedimiento concursal (ordinario) se iniciará con la nueva Fecha de Corte, vale decir, con la publicación que efectúa la autoridad concursal informando del nuevo escenario concursal en que se encuentra el deudor.

##### 2. Vigencia del Marco de Protección

Como hemos visto, el Marco de Protección para una empresa en concurso se inicia con en la Fecha de Corte y termina con el cumplimiento o la desaprobación del acuerdo global de

<sup>14</sup> Artículo 9 de la LGSC.

<sup>15</sup> 9.1 Cuando se presenten solicitudes de inicio de procedimientos concursales de distinta naturaleza frente a un mismo deudor, prevalecerá el procedimiento en que se presentó la solicitud con fecha anterior, decretándose la suspensión del procedimiento iniciado posteriormente.

9.2 Si dichas solicitudes hubieran sido presentadas en la misma fecha, prevalecerá el procedimiento Concursal de naturaleza preventiva, decretándose la suspensión del procedimiento de naturaleza ordinaria.

9.3 Si en el procedimiento en el que se impugna el trámite no se aprueba el acuerdo global de refinanciamiento, o no se declara el otorgamiento al concurso, se levantará la suspensión decretada y se continuará con el trámite del procedimiento subsiguiente. En caso contrario, los procedimientos suscitados concluyen sin declaración sobre el fondo.

9.4 En aquellos casos en los que se haya difundido el inicio de un procedimiento Concursal conforme al Artículo 32, no procederá el inicio de cualquiera de los procedimientos regulados por este mismo respecto del deudor cuya procedencia fue difundida.

<sup>16</sup> Esto efecto era dado por lo señalado en el artículo 67 de la LGSC, que establece que el acuerdo global de refinanciamiento es oponible a todos los acreedores, inclusive a los que se opusieron o no participaron de la Junta de Acreedores.

<sup>17</sup> El procedimiento concursal preventivo concluye: (i) con el cumplimiento de sus objetivos, (ii) por un supuesto de resolución por incumplimiento y, (iii) por la desaprobación del acuerdo global de refinanciamiento. Ahora bien, existen distintos supuestos en los que el procedimiento concursal preventivo termina, que, en algunos casos, coincidirán con los causales de conclusión del marco de protección.

refinanciamiento, el plan de reestructuración o con el convenio de liquidación o, con el levantamiento de la situación de concurso del deudor.

En efecto, "el beneficio o marco de protección legal del patrimonio se extiende hasta que la Junta de Acreedores apruebe el Acuerdo Global de Refinanciación en el que los acreedores pueden establecer las condiciones de actualización de la deuda suspendida por mandato legal (...)". Asimismo recordemos que, en caso este beneficio no se hubiera solicitado, será el Acuerdo Global de Refinanciación el que determine las condiciones de tratamiento de estas obligaciones devengadas con anterioridad a la publicación del concurso.

Sin embargo, para el supuesto de un procedimiento concursal preventivo en donde el deudor solicitó la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones, la LGSC señala un escenario especial.

En efecto, el artículo 109 de la LGSC, citado anteriormente, establece, a la letra, lo siguiente:

*"109.1 De no aprobarse el Acuerdo Global de Refinanciación, en el caso en que el deudor solicitó la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones desde la publicación establecida en el Artículo 32, la Comisión emitirá resolución disponiendo el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de dicho deudor, siempre que más del 50% de sus acreedores, en la Junta donde se desaprobo el Acuerdo Global de Refinanciación, acordaron el ingreso a dicho procedimiento. La resolución emitida por la Comisión es inimpugnable.*

*109.2 En el caso anterior, la Comisión dispondrá la publicación a que se refiere el Artículo 32.*

*109.3 Asimismo, para efectos del apersonamiento de los acreedores, no se requerirá nuevas solicitudes de reconocimiento de créditos de aquellos acreedores que concurrieron al Procedimiento Concursal Preventivo, salvo que invoquen la ampliación de sus créditos".*

En virtud a ello, debemos entender que el paso de un procedimiento concursal preventivo a un procedimiento concursal ordinario por decisión de la Junta supone un cambio de procedimiento en razón de la situación de crisis de la deudora (que la administración, bajo correctos criterios de eficiencia y economía procesal, ha sabido enrumbar) sin que para ello se tenga que hacer una pausa a la situación de concurso del deudor—entra el término del procedimiento concursal preventivo y el inicio del procedimiento concursal ordinario— y, consecuentemente, se desproteja a la deudora en el interin. Así, cuando iniciado un procedimiento concursal preventivo<sup>18</sup>, la Junta desaprobó el acuerdo global de refinanciamiento, el procedimiento concursal preventivo concluye, pero no así el marco de protección de la empresa concursada.<sup>19</sup>

En efecto, si bien para el inicio del procedimiento concursal ordinario, la Comisión deberá emitir una resolución en ese sentido y, posteriormente, publicar el aviso de la nueva situación de concurso del deudor, el reconocimiento de los acreedores que se presentaron originalmente en el escenario del procedimiento concursal preventivo mantendrá aún su vigencia y los acreedores formarán parte de la Junta dentro del nuevo procedimiento concursal ordinario.

Asimismo, dado que la vigencia de la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones solicitada por el deudor solo termina con la aprobación del acuerdo global de refinanciamiento (puesto que se

<sup>18</sup> No olvidemos que esto se inicia con la publicación del aviso del estado de concurso del deudor.

<sup>19</sup> A este respecto, diremos brevemente que el marco de protección se perderá en definitivo entre el momento en que se desaprueba el acuerdo global de refinanciamiento y el momento en que se realice la publicación de la nueva situación de concurso del deudor; es decir el inicio del procedimiento concursal ordinario. En vista de que, como hemos visto, la suspensión de la exigibilidad de obligaciones dejó de ser aplicable desde el momento de aprobación del acuerdo global de refinanciamiento y que, asimismo, la protección que brindaba la reprogramación de obligaciones contenida en el acuerdo global de refinanciamiento habría quedado en efecto.



sustituye por las condiciones contenidas en este último) o con el levantamiento del estado de concurso, resulta lógico que ésta suspensión continúe si el acuerdo global de refinanciamiento no es aprobado<sup>15</sup>, estando condicionada dicha suspensión al destino que se adopte para la empresa; es decir, al inicio de un procedimiento concursal ordinario, o la vuelta a su condición de una empresa fuera de concurso.

Así, la LGSC proporciona un mecanismo según el cual, los acreedores de la empresa en crisis, puedan empezar a negociar ordenadamente con el deudor el refinanciamiento de sus créditos y, en caso de no considerarlo posible, puedan con el mismo orden y seguridad, decidir la reestructuración del negocio.<sup>16</sup>

Adicionalmente, debemos considerar que la posibilidad de que un deudor solicite la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones en su acogimiento a un procedimiento concursal preventivo, supone un mecanismo que brinda la ley<sup>17</sup> para que, el mismo deudor que considere que, en un periodo tiempo muy corto (entre el acogimiento al procedimiento concursal preventivo y la Fecha de Corte del procedimiento concursal ordinario), los acreedores podrían requerir forzosamente el pago de sus acreencias, impidiendo con ello cualquier escenario de negociación entre acreedores y deudor, convirtiendo a la empresa en insolvente, puede hallar un espacio de respiro económico-financiero, constituido por un escenario de negociación obligado y ordenado.<sup>18</sup>

Ahora bien, no podemos dejar de evidenciar que este mecanismo de protección provisto por la LGSC importa, a entender de muchos autores, un riesgo para el deudor; debido a que, podría ocurrir que, de un escenario preventivo, ahora se cuestione la solvencia de la empresa y, se inicie por ello, un procedimiento concursal ordinario.<sup>19</sup>

En efecto, como señala Juan Francisco Rojas, *"la desaprobación del convenio, en el caso que se hubiera hecho uso del beneficio de la inexigibilidad de las obligaciones y la protección patrimonial, más la manifestación en esa línea de acreedores con voto superior al 50% de los créditos participantes en la Junta de Acreedores, dará lugar a que la autoridad administrativa disponga el inicio de un Procedimiento Concursal Ordinario"* y que ocurrida ella, *"deberá efectuarse una nueva publicación que determinará la fecha de corte para el concurso"*.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Puesto que no incurrimos en la causal de vencimiento de la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones establecida en el artículo 10B de la LGSC, citado en el punto I.) del presente informe.

<sup>16</sup> La LGSC "es fundamentalmente un instrumento de reducción de costos de transacción que, a través de sus distintas disposiciones, favorece las posibilidades de que acreedores y deudor insolvente se identifiquen, se reúnan, se informen y negocien, bajo un marco de transparencia que les permita emitir o decisiones eficientes para la mejor satisfacción de los intereses de los acreedores y para el buen funcionamiento del mercado." ESCURRA RIVERO, Hilarco, Especial de "Estudios sobre Reestructuración Patrimonial", Gaceta Jurídica, 1998, p. 27.

<sup>17</sup> Debido a que, "ante la falta de un marco legal que regule estas situaciones de crisis que imposibilitan el pago de las obligaciones de forma ordenada y equitativa, los procesos de ejecución ordinaria aparecen como única alternativa." Estos procesos de ejecución ordinaria "devenen en ineficaces e injustos en tanto en los cuales los activos de la empresa en crisis resultan ser escasos para asumir el pago de todas las obligaciones, todo vez que finalmente sólo llegarán cubrir los acreedores que cuentan con mayores recursos y la mejor posición, quedando los demás acreedores desprovistos de una vía adecuada para el tratamiento de su problema". Op. Cit., p. 29.

<sup>18</sup> " (...) nuestro marco legal tiene como finalidad proporcionar mecanismos de solución colectiva de conflictos originados en la crisis financiera de un determinado patrimonio (...)", Resolución No. 0838-2003/SCO-INDECOPI.

<sup>19</sup> " (...) dentro del PCO, de una parte, la junta de acreedores puede acordar la reestructuración patrimonial con cambio en el régimen de la administración y de parte, igual peticionaria que ingresó regularmente a un PCP termine desprovista de su patrimonio, de su empresa, por un PCO con cambio en el régimen de administración; de otra parte, que la junta acuerde, directamente, la disolución y liquidación de su deudor; o que llegue a ello vía la no aprobación del ADR en el proceso de reestructuración patrimonial; y de una tercera parte, que se abra algún proceso o asociación procedimental y la comisión, sea arregla al artículo 96 y siguientes, disponga una final disolución y liquidación del deudor, que lo calificamos así porque ni siquiera puede ser revocada por decisión de la junta de acreedores". BEAUMONT CALLRIGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José, Comentarios a la Nueva Ley del Sistema Concursal, Editorial Gaceta Jurídica S.A., p. 328.

<sup>20</sup> Ver, ROJAS LEO, Juan Francisco, Op. Cit., p. 325.

Sin embargo, ese "riesgo" es entendiblemente asumido por una empresa que considera que si no se le brinda esa protección momentánea, no tendría siquiera la oportunidad de pasar por un procedimiento concursal ordinario, sino que probablemente entraría directamente a un escenario de Liquidación.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento concursal ordinario, el procedimiento concursal preventivo busca, como hemos visto, prevenir situaciones de insolvencia, entendiendo que prevenir esa situación de crisis resulta más eficiente y menos costoso que tratarla una vez que ya se ha presentado. Así, este procedimiento busca abrir un espacio de negociación entre el deudor y sus acreedores para la refinanciación de las obligaciones del deudor, sin otorgar a los acreedores (en un primer momento) la facultad de decidir el destino del deudor, ni separar al deudor de la administración de su patrimonio.

Es entendible por el lado de los acreedores que, solicitada la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, estos puedan decidir el inicio de un procedimiento concursal ordinario para el deudor concursado (considerando que esa, en la mayoría de los casos resulta la decisión más eficiente, porque la empresa requiere una reingeniería económica) puesto que, sus otras alternativas de cobro fueron suprimidas inclusive antes de ingresar el espacio de negociación previsto por el sistema concursal.

En este orden de ideas, resultaría absurdo sostener que el Marco de Protección se pierde entre el paso de un procedimiento concursal preventivo a un procedimiento concursal ordinario en el supuesto descrito en el artículo 109 de la LGSC, debido a que, dicha desprotección momentánea habilitaría a algunos acreedores, inclusive a terceros no intervinientes en el proceso, a perjudicar – con la cobranza forzada de sus créditos – el espacio para la negociación ya creado con el procedimiento concursal preventivo, entre el deudor y sus acreedores. En efecto, advierte Huáscar Ezcurra en que "la incertidumbre que genera entre los acreedores el que exista la posibilidad de que algún acreedor ejecute el reducido patrimonio de la empresa insolvente, introduce en ellos un incentivo natural a buscar ejecutar el patrimonio de su deudor lo antes que fuere posible y, en consecuencia, a no buscar un acuerdo colectivo".<sup>21</sup>

Entender el supuesto previsto en el artículo citado precedentemente de manera distinta a la expuesta, supondría admitir la utilización ineficiente de los recursos de la administración y de los acreedores, así como la posibilidad de desmedro de la masa concursal debido a que, de no existir una continuidad del Marco de Protección Concursal entre el procedimiento concursal preventivo y procedimiento concursal ordinario, los acreedores tendrían que presentar nuevas solicitudes de reconocimiento (pagando sus respectivas tasas por ello) y la administración tendría que evaluar nuevamente (una por una) estas solicitudes, ocurriendo todo ello, mientras que la empresa en crisis empieza a ser "canibalizada" por sus acreedores (incluyendo, como hemos dicho, a terceros ajenos al concurso) y perdiendo oportunidades de negocio en el mercado, justamente por su situación de crisis sin solución.

Lo anterior, nos lleva a pensar que, inclusive aprobado el acuerdo global de refinanciamiento, la Junta podría solicitar el inicio de un procedimiento concursal ordinario para el deudor, cuando las circunstancias de la empresa deudora determinen que la misma caerá en incumplimiento de las obligaciones asumidas en dicho acuerdo global de refinanciamiento, la misma deudora lo reconozca o que, para la viabilidad de la empresa, esta y la Junta consideren necesaria una reestructuración<sup>22</sup> y que ello no suponga que en el interín no exista un Marco de Protección.

En efecto, la empresa deudora tuvo, dentro de la esfera de su voluntad, la decisión de acogerse o no a un procedimiento concursal preventivo. Asimismo, decidió solicitar o no el Marco de Protección

<sup>21</sup> Op. Cit. p. 32.

<sup>22</sup> Consejo de la Casa opina que la empresa en crisis puede ser conducida a buen puerto: (i) si se avisa de las dificultades a tiempo, (ii) si se cuenta con la responsabilidad y el esfuerzo de sus administraciones para adecuar la reconducción de la empresa y (iii) si los acreedores participan de la estrategia de salvación y apoyan su implementación. (ver Revista de Derecho *ADVOCATUS* Nueva Época No 3, Diciembre 2001, p. 271.)



ofrecido por la LGSC, "arriesgándose" con ello a que se le inicie un procedimiento concursal ordinario. Asimismo, se respetó la voluntad de la deudora cuando esta presentó su acuerdo global de refinanciamiento para ser aprobado por la Junta. De otro lado, la voluntad de los acreedores se respetó cuando ellos se presentaron al concurso (dado que el solicitar el reconocimiento de los créditos es voluntario) así como cuando ellos, reunidos en Junta, decidieron refinanciar los créditos que mantenían frente al deudor. Más aún, la voluntad de las partes (deudor y acreedores) prevaleció cuando se pusieron de acuerdo en un documento que contenía las condiciones de sus derechos y obligaciones, atribuyéndole un carácter vinculante y obligatorio a dicho documento. Entonces, si en todo el transcurso del concurso se respetó la voluntad de las partes, ¿cómo podría sostenerse que estas no pudieran, de mutuo acuerdo, continuar dicho concurso, pero en otro procedimiento más adecuado, sin que ello signifique que los acreedores puedan hacer valer sus créditos por vías extra concursales? Evidentemente, no se les puede negar un beneficio concebido por la LGSC para que las partes involucradas continúen buscando la solución más eficiente a su crisis, en el escenario más idóneo que, además, es el previsto por la propia ley.

En este sentido, debemos entender que la LGSC, cuando faculta a la Junta a decidir el inicio de un procedimiento concursal ordinario para el deudor cuyo acuerdo global de refinanciamiento ha sido desaprobado, no pretende que, como ocurre en otros supuestos de terminación de un procedimiento concursal preventivo, el Marco de Protección se pierda, sino que se produzca una transición igual de ordenada del procedimiento concursal preventivo al procedimiento concursal ordinario, tal como la que ocurrió entre el inicio del procedimiento concursal preventivo y la casión de Junta en que se desaprobó o, en nuestro caso, aprobó el acuerdo global de refinanciamiento.

Así, si esto ocurre cuando aplicamos el supuesto previsto en el artículo 109 de la LGSC, lo mismo debería ocurrir cuando la desaprobación del acuerdo global de refinanciamiento es posterior.

Vale decir, si la Junta decide desaprobado un acuerdo global de refinanciamiento e iniciar un procedimiento concursal ordinario para un deudor cuya situación preventiva a la insolvencia se torne invariable, **el Marco de Protección no puede cesar**; sí puede aquel extremo de este marco referido a los acuerdos contenidos en el acuerdo global de refinanciamiento, pero no la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, debido a que, sin dicha suspensión, la empresa concursada probablemente sería "descuartizada", desprotegiendo claramente con ello los intereses colectivos de la Junta. Lo contrario no se concedería, evidentemente, con los principios de proporcionalidad<sup>23</sup> y colectividad<sup>24</sup> que recoge la LGSC, así como con su objetivo primordial que es la protección al crédito.<sup>25</sup>

Como corolario de lo antes expuesto, podemos concluir en que el marco de protección se tendría que mantener en esta escenario, es decir, en el interin del paso de un procedimiento concursal preventivo a un procedimiento concursal ordinario, independientemente si hubo o no un acuerdo global de refinanciamiento aprobado, siempre que la solicitud de inicio del procedimiento concursal ordinario se presente cuando aún tuvo vigencia el procedimiento concursal preventivo.

### 3. Inicio del Procedimiento Ordinario por Autonomía de las Partes

Como señala Manuel de la Puente y Lavalle, "la autonomía privada es precisamente la libertad concedida a las personas para que, de común acuerdo, puedan crear, regular, modificar o extinguir entre sí

<sup>23</sup> LGSC, Título Preliminar VI: "Los acreedores participan proporcionalmente en el repartido económico de los procedimientos concursales, en la medida de la insolvencia del deudor, de satisfacer con su patrimonio los créditos concursales, salvo los créditos de preferencia establecidos expresamente en la presente ley".

<sup>24</sup> LGSC, Título Preliminar V: "Los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores (incluidos en la crisis del deudor). El interés colectivo de la masa de acreedores se subordina al interés individual de cada uno de ellos".

<sup>25</sup> LGSC, Título Preliminar I: "El objetivo del Sistema Concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Los agentes del mercado procurarán una solución eficiente de sus problemas durante los procedimientos concursales creando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis".

relaciones patrimoniales o, en otras palabras, el poder reconocido a éstas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí.<sup>26</sup>

A partir de este precepto, la Sala Concursal del INDECOPI ha concluido en anteriores oportunidades que "[...] si la autonomía de las partes involucradas en el procedimiento se traduce en la libertad de celebrar el acuerdo de refinanciamiento que consideren más conveniente a sus intereses, no debe existir impedimento alguno para restringir el derecho de las partes a modificar el mencionado acuerdo [...]" (ver Resolución No. 0838-2003/SCO-INDECOPI)

Adicionalmente, conviene identificar, a partir de la teoría ecléctica que nosotros suscribimos, que la naturaleza jurídica del acuerdo global de refinanciamiento es contractual, legal y procesal.<sup>27</sup> Es de naturaleza contractual por que las obligaciones allí contenidas nacen del acuerdo entre los acreedores que han votado favorablemente para la aprobación del mismo y el deudor. Es legal, porque dicho concordato le es oponible inclusive a aquellos que votaron en contra de la aprobación del acuerdo global de refinanciamiento o que simplemente no votaron. Finalmente, es de naturaleza procesal por que, para su aprobación, debe acudirse previamente ante una autoridad determinada.

Siendo de naturaleza contractual, las partes intervinientes en el concordato (acuerdo global de refinanciamiento) deberían tener la libertad suficiente, no solo para prorrogarlo, modificarlo o ceder sus derechos en él, sino que inclusive, tendrían que estar facultadas para resolverlo o para cambiarlo de esconario si así lo desean. Esta libertad contractual se encuentra consagrada, como sabemos, en nuestra Constitución, así como en nuestro Código Civil.

Entonces, siguiendo esta línea de ideas podemos decir que, si aprobado el acuerdo global de refinanciamiento se torna irrevocable, los acreedores y el deudor, a partir de la misma autonomía de la que gozaron para aprobar el acuerdo global de refinanciamiento originalmente, podrían modificarlo, respetando su objetivo inicial, y evitar, de esa manera, poner en riesgo el patrimonio del deudor.<sup>28</sup>

En efecto, nuestro marco legal busca proporcionar mecanismos de solución colectiva de conflictos originados en la crisis financiera de un patrimonio determinado con un claro privilegio a la decisión autónoma de las partes involucradas. Por lo mismo, si bien fueron los propios acreedores los que aprobaron el acuerdo global de refinanciamiento presentado por el deudor, que supuestamente cubriría sus expectativas, es cierto también que las condiciones necesarias para que ese acuerdo se cumpla pueden variar con el tiempo y, asimismo, la situación de la empresa en crisis deteriorarse al punto de que resulte imposible cumplir con el acuerdo global de refinanciamiento aprobado.

Por ello, "las condiciones que las partes inicialmente pactaron para la refinanciación de las obligaciones pueden verse afectadas por situaciones no previstas al momento de celebrar el acuerdo".<sup>29</sup>

Entonces, debe entenderse que si uno puede modificar algo aprobado, puede dejarlo sin efecto de igual manera, de modo que, en ambos casos, los objetivos de los contratantes concuerden y se logre una salvaguarda eficiente, tanto de la empresa en crisis, como de los créditos pretendidos por los acreedores.<sup>30</sup> Téngase presente que "las normas concursales pueden reducir el costo del crédito

<sup>26</sup> DE LA FUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Palestra Editores, Lima, 2001, T.I, p. 199.

<sup>27</sup> Ver: García Parra, "Procesos Concursales", Vol I, Temis, Colombia, 1992 p. 19.

<sup>28</sup> Más aún considerando que, en virtud a lo señalado por la Resolución No. 120-97-TDC de la Sala del INDECOPI, los acreedores poco más y estarían obligados a hacerle toda vez que dicho instrumento dispuso que "el impago del proceso, así como su falta o fracaso, dependan única y exclusivamente de los acreedores y de la diligencia que ellos demuestren a lo largo del mismo".

<sup>29</sup> Considerando No. 19 de la Resolución No. 0838-2003/SCO-INDECOPI.

<sup>30</sup> "[...] La magnitud de la afectación del patrimonio, así como las condiciones necesarias para la superación de tal circunstancia así una decisión que corresponda a los acreedores involucrados, pues son ellos quienes por efecto de la crisis tienen el mayor interés en recuperar sus créditos comprometidos". Resolución No. 0838-2003/SCO-INDECOPI.

no sólo creando sistemas concursales eficientes, sino también permitiendo a las partes contratar los sistemas que prefieran”.<sup>21</sup>

En este sentido, mediante Resolución No. 120-97-TDC, la Sala Concursal del INDECOPI estableció que “la legislación concursal transfiere a los acreedores la responsabilidad de las decisiones que afectan el patrimonio y la carga del impulso de los procedimientos. Sin embargo, el mayor derecho que tienen no significa que el Estado deba privilegiarlos dándoles un tratamiento especial o protegiéndolos de cualquier contingencia que pueda surgir en los procedimientos. Por el contrario, dada esta situación de especial interés en los resultados, los acreedores tienen la obligación y la responsabilidad, consigo mismos, de actuar y conducir los procedimientos en firme eficiente; de lo contrario serán ellos quienes asumirán las consecuencias del fracaso”.

En el sentido de lo señalado, podemos sostener que el paso de un procedimiento concursal preventivo a un procedimiento concursal ordinario debería ser posible por medio del acuerdo de los acreedores que representen la mayoría de la Junta (puesto que fue justamente esta mayoría la que, de haber desaprobado originalmente el acuerdo global de refinanciamiento, pudo disponer el inicio del procedimiento concursal ordinario para el deudor, según lo dispone, como hemos visto, el artículo 109 de la LGSC)<sup>22</sup>, con el consentimiento del concursado de ingresar a este nuevo espacio de negociación entre los acreedores y su deudor, sin que en la transición se pierda el Marco de Protección Concursal, como lo hemos entendido.

En caso de no contar con el consentimiento del deudor para ello, la Junta deberá insistir en sus esfuerzos de hallar la solución más conveniente dentro del procedimiento concursal preventivo y, de ser imposible ello, simplemente aguardar a que se produzca un incumplimiento por parte del deudor en el acuerdo global de refinanciamiento, concluya por ello el procedimiento concursal preventivo, y se active entonces las posibilidades de dichos acreedores a hacer valer sus acreencias por vías extra-concursales o iniciando un procedimiento concursal ordinario, sin gozar de la continuidad del marco de protección que el estado de concurso analizado en nuestro primer punto brinda.<sup>23</sup>

## V. CONCLUSIONES

Luego del pequeño estudio contenido en el presente artículo podemos aventurarnos a afirmar que: (i) el estado de concurso y el procedimiento concursal son dos conceptos distintos pero ligados entre sí; (ii) el Marco de Protección Concursal es un beneficio que acompaña a la situación o estado de concurso del deudor; (iii) la conclusión de un procedimiento concursal no necesariamente determina la conclusión de este beneficio; (iv) los acreedores y el deudor –encontrándose este último en un procedimiento concursal preventivo– pueden decidir el inicio de un procedimiento concursal ordinario sin que cese, en el intermedio, el estado de concurso del deudor, así como tampoco el Marco de Protección Concursal; y, (v) sostener la continuidad del Marco de Protección Concursal está justificado, como el dejar la luz encendida en el ejemplo propuesto, con la diferencia que, en el escenario concursal, no se incurrirá en un incremento de costos.

<sup>21</sup> SCHWARTZ, Alan, Una aproximación contractual a la sucesión empresarial. En: *Revista de Derecho THEMIS* No. 45, p. 127, Segundo Semestre, Año 2002.

<sup>22</sup> Insistimos en que, de no permitir que la Junta adopte la decisión de modificar el destino del deudor, elevando necesariamente los costos de transacción de las negociaciones entre deudor y sus acreedores, pues, además de tener que presentar nuevas solicitudes de reconocimiento para declararse una nueva situación de concurso y ello, resultaría más que peligroso estando a que, el cumplimiento del acuerdo global de refinanciamiento podría durar algunos meses, a pesar de que la empresa continuara descapitalizándose durante ese lapso.

<sup>23</sup> Encaricando con ello el procedimiento y desprotegiendo el patrimonio del deudor (futuro masa concursal).