

JUAN GARCÍA MONTÚFAR SARMIENTO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard.
Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

KUNO KAFKA PRADO

Abogado por la Universidad de Lima.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El problema del deudor y sus acreedores.
- III. Los procedimientos concursales y los acreedores:
 1. Toma de una decisión;
 2. Acreedores y Junta de Acreedores;
 3. Roles: Acreedores y Junta de Acreedores.
- IV. El rol de la junta de acreedores en Perú:
 1. Rol en el procedimiento concursal ordinario:
 - 1.1. Rol en supuesto de reestructuración;
 - 1.2. Rol en supuesto de liquidación.
 2. Rol en el procedimiento concursal preventivo.
- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Todo procedimiento concursal tiene como elemento fundamental la participación de los acreedores del deudor concursado.

Sin embargo, corresponde preguntarse cuáles son las funciones que los acreedores deben cumplir en el procedimiento, cuál es el rol que la reunión de acreedores o junta de acreedores debe cumplir, partiendo del interés que se busca tutelar.

Por consiguiente, procederemos a analizar primero cuáles son los intereses en juego en el procedimiento concursal para sobre esa base desarrollar el rol que se ha asignado a la junta de acreedores.

II. EL PROBLEMA DEL DEUDOR Y SUS ACREEDORES

Todo negocio depende de dos grupos de actores fundamentales: los clientes y los acreedores (proveedores, bancos, entre otros).

Durante la etapa de la marcha normal del negocio, la empresa cumple con satisfacer las necesidades de sus clientes y, con los ingresos producidos por la actividad realizada, procederá a cumplir las obligaciones con sus acreedores.

Cada acreedor durante esta etapa se relaciona de manera individual con la empresa deudora. En la medida que los acreedores se han vinculado al deudor como consecuencia de una relación jurídica patrimonial —cualquiera sea su clase— su interés consiste en el cumplimiento por parte del deudor de las obligaciones asumidas en virtud de dicha relación.

Por lo tanto, en caso de incumplimiento de la obligación, cada acreedor buscará utilizar alguna de las vías legales que una legislación determinada le permita a efectos de exigir el cumplimiento de la obligación debida.

Ello puede ocurrir ejerciendo acciones de cumplimiento, ejecutando las garantías que pudieran haber asegurado su crédito, solicitando

embargos sobre los bienes del deudor, entre otras opciones previstas por las normas civiles, comerciales y procesales.

Siendo ello así, podría pensarse que ya las normas civiles, comerciales y procesales proveen de medios suficientes para que los acreedores satisfagan sus intereses, en particular si se considera que se trata de satisfacer intereses individuales en época de normalidad de la marcha del negocio. Por consiguiente, mientras la empresa tenga suficiente patrimonio y capacidad de pago, cada acreedor podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones debidas de manera individual. Sin embargo, en épocas de crisis la lógica es distinta.

En efecto, pese a que el interés de los acreedores es cobrar sus créditos, no necesariamente la mejor manera de satisfacer dicho interés es a través de las pretensiones individuales. La lógica egoísta de "cobro porque tengo derecho" puede resultar incluso contraproducente, generando al final del día que solo algunos acreedores cumplan con su objetivo o tal vez que, por la situación particular del deudor, ni siquiera puedan satisfacer el cobro total de su crédito.

Precisamente en respuesta a este problema el Derecho Concursal establece normas de comportamiento para los acreedores y crea el concepto de "junta de acreedores", el cual tendrá mayor o menor protagonismo dependiendo de las legislaciones particulares de cada país.

De lo expuesto podemos concluir que el interés de los acreedores es ver pagado su crédito, pero que en una situación de crisis de la empresa dicho interés se verá satisfecho en el marco de una junta de acreedores que tendrá como propósito general conjugar los intereses individuales de todos los acreedores.

III. LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Y LOS ACREEDORES

1. Toma de una decisión

Una regulación concursal puede tener distintas motivaciones, entre otras: (i) defender los intereses particulares de cada uno de los acree-

dores para permitirles una forma adecuada de proteger sus créditos; (ii) generar un sistema ordenado que permita la salida al mercado de empresas ineficientes; o, (iii) evitar la salida intempestiva de empresas que pese a encontrarse en una crisis temporal podrían superar la misma con un control adecuado y a tiempo. Hay, por supuesto, más razones y algunos autores estarán de acuerdo con unas y otros con otras.

Sin embargo, al margen de la razón que justifique al propio sistema concursal, lo cierto es que al establecerse una regulación concursal se genera un régimen de excepción que altera el normal comportamiento de los individuos en el mercado. Se suspende por un momento en el tiempo la lógica jurídica común que permite a cada acreedor cobrar directamente ante el incumplimiento del deudor; se suspende la facultad de ejecutar de manera individual el patrimonio del deudor.

Generada la regulación especial, independientemente de la manera como sea que se lleve cabo el procedimiento, lo cierto es que este se inicia con la finalidad de que alguien tome una decisión para solucionar el problema del deudor y sus acreedores.

La forma de resolver el problema, sin embargo, puede ser variada. La facultad de decidir podría dejarse en distintas manos, como las del propio deudor, las de un tercero o las de los acreedores, y en cada supuesto pueden surgir varias combinaciones. Analicemos estas posibilidades.

a) Facultad de decidir en manos del propio deudor

Una opción por la que podría optar un legislador es imponer la obligación de tomar una decisión sobre la forma de solucionar el conflicto deudor-acreedores al propio deudor.

Bajo este esquema, se facultaría al deudor a decidir por sí mismo cómo y cuándo cumplirá con sus obligaciones, y los acreedores estarían obligados a acatar dicha decisión.

En este escenario el rol decisivo lo tendría el deudor y los acreedores no tendrían ningún rol

dentro del procedimiento concursal, más allá que el de aceptar la decisión del deudor.

No es necesario que sigamos haciendo una descripción detallada de esta forma de regular el procedimiento concursal para darnos cuenta de que una salida así sería ridícula, pues no puede estar en manos de quien ha incumplido la facultad de decidir cómo tratar las obligaciones asumidas con los acreedores.

Como es evidente, el deudor actuará en resguardo de sus propios intereses, por lo que la solución más fácil para él es optar por condonar todos los créditos, si las normas se lo permiten; si no lo permitieran, entonces optaría por reprogramar todas sus obligaciones en un plazo lo más extenso posible.

b) Facultad de decidir en manos de un tercero

Otra opción para solucionar el problema del deudor y sus acreedores puede ser dejar en manos de un tercero imparcial la facultad de decidir. Esta es la forma más común de resolver conflictos de intereses en el campo del Derecho.

Como consecuencia, ni los acreedores ni el deudor tendrían un rol activo dentro del procedimiento concursal. Por el contrario, su rol sería pasivo, limitado a aceptar la decisión del tercero.

El razonamiento para desarrollar este tipo de solución no requiere de mayor explicación. Cuando dos partes tienen un interés en conflicto cada una busca únicamente satisfacer exclusivamente su propio interés, encontrándose imposibilitada de analizar el problema con objetividad.

Por ello, la solución está en dejar que un tercero imparcial analice el problema y tome una decisión para dar una solución imparcial y "justa".

Esta es una función que en el campo del derecho procesal se atribuye normalmente a los jueces o árbitros.

Considerando que el problema del deudor y sus acreedores es un conflicto de intereses (el primero no quiere, no puede, o no podrá,

cumplir, mientras que los segundos quieren que se cumpla), dejar que la decisión sea adoptada por un tercero parece razonable.

Así, la regulación concursal podría establecer que sea un tercero (juez, árbitro u órgano estatal) el encargado de dirigir todo el proceso, de tomar la decisión que considere más eficiente sobre el destino de las actividades del deudor y la forma de pago a los acreedores, para luego notificar de la misma a estos, quienes estarían obligados a acatar dicha decisión.

Nótese que lo importante en este punto no es dónde se desarrolle el procedimiento concursal, sino quién toma las decisiones. En efecto, el procedimiento se puede seguir ante un juez, pero las decisiones deben adoptarse por el deudor o por los acreedores. El supuesto que tratamos en este punto consiste en que sea el propio juez quien, además de dirigir el proceso, tome las decisiones.

Sin perjuicio de lo anterior, no es usual que sean los terceros quienes estén llamados a tomar por sí solos las decisiones más importantes dentro del concurso.

Ello es así, porque si bien es cierto que entre acreedores y deudor existe un conflicto de intereses, la solución a este conflicto normalmente no es matemática. Son muchas las variables que hay para analizar al momento de adoptar una decisión; estas normalmente van más allá del mero análisis de lo que el deudor está en capacidad de hacer, pues las formas en que los acreedores pueden dar por cumplida la obligación son múltiples.

Así, por ejemplo, un grupo de acreedores podría estar conforme con el hecho de que se condone el 20% de sus créditos, siempre y cuando se pague en un corto plazo; mientras que otro grupo de acreedores podría considerar inaceptable tal opción y preferir que se pague la totalidad de sus créditos aunque a largo plazo. Como se

puede apreciar, para adoptar decisiones así no se puede tomar en cuenta solo la situación del deudor, sino la de cada uno de los acreedores, los que luego tendrán que conciliar sus intereses particulares.

Por ello, dejar al absoluto arbitrio de un tercero la facultad de decidir el conflicto entre el deudor y los acreedores tampoco parece la alternativa más indicada.

c) *Facultad de decidir en manos de los acreedores*

Por otro lado, una regulación concursal puede establecer que sean los propios acreedores quienes tomen las decisiones importantes para satisfacer sus intereses.

En este escenario el rol decisorio lo tendrían los acreedores y ni el tercero ni el deudor tendrían algún rol dentro del procedimiento concursal, más allá que el de aceptar la decisión de los acreedores.

La lógica de adoptar una regulación así es sencilla; nadie mejor que los propios acreedores para decidir cómo el deudor deberá cumplir con sus obligaciones.

En este sentido, al ser los acreedores quienes "sufren" ante el incumplimiento del deudor, son ellos quienes tienen incentivos para dar una solución al problema. Asimismo, como los bienes del deudor son recursos escasos que deben reasignar, los acreedores deberán participar del procedimiento concursal buscando la forma más eficiente de reasignar dichos recursos. La norma concursal en este supuesto debe generar factores de incentivo de las conductas cooperativas entre acreedores.¹

Como vimos en el ejemplo del punto anterior, la adopción de la decisión más eficiente depende no solamente de la situación del deudor, sino también de los intereses particulares de cada

1. Al respecto: DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMORCURCIO, Paolo. *Apuntes sobre el dilema del prisionero: ¿Puede la teoría de los juegos explicarnos acerca del sentido del derecho concursal?* En: Revista *Advocatus* No. 8, Año 2003 -I, p.450.

acreedor, pues son los acreedores quienes tendrán que decidir hasta qué punto están dispuestos a ceder y asumir los costos de cada decisión que se adopte. Es por ello que son estos quienes están en mejor capacidad de adoptar una decisión.

Aunque no de manera absoluta, este sistema es muy similar al adoptado por nuestra legislación. Por ello más adelante dedicaremos una sección especial para estudiar el rol de la junta de acreedores bajo este tipo de regulación.

d) *Facultad mixta: decisión en manos de acreedores y tercero*

Algunas legislaciones concursales optan por soluciones mixtas, que suponen un punto medio entre las soluciones descritas anteriormente.

En legislaciones concursales como la Argentina, por ejemplo, todo el procedimiento concursal se lleva a cabo en sede judicial. Bajo este sistema, es el juez quien tiene la labor de tomar las decisiones importantes a lo largo del procedimiento y de autorizar comportamientos por parte del deudor (autorización para celebración de contratos, constitución de garantías, etc.). Si bien es cierto que para ello tiene que escuchar la opinión del síndico y los representantes de cada grupo de acreedores, la decisión final es suya. Los acreedores adquieren un rol decisivo únicamente al momento de aprobar o desaprobar la

propuesta de acuerdo preventivo que elabora el deudor para cada categoría de acreedores.²

No obstante, el acuerdo de cada grupo de acreedores no es autónomo ni inmediatamente vinculante, pues luego de que cada grupo de acreedores (según su categoría) haya llegado a un acuerdo, es al juez a quien corresponde homologar la decisión para que esta sea efectiva.

Legislaciones similares, pero con otros matices regulatorios se aprecia en países como España y México.

Al igual que en el caso de Argentina, bajo este tipo de regulaciones mixtas, lo común es que el rol decisorio sobre el destino del deudor y su forma de comportamiento durante el procedimiento lo tenga el tercero y que la facultad de decidir sobre la propuesta presentada por el deudor para reestructurar las deudas la tengan los acreedores, cuya decisión, no obstante, deberá ser evaluada y aprobada por el tercero (en la mayoría de los casos por un juez).

2. Acreedores y Junta de Acreedores

Es importante hacer la distinción entre los acreedores que se vinculan únicamente con el deudor de manera individual y no tienen ninguna relación con los demás acreedores, con la junta de acreedores.

2. Así, por ejemplo, conforme a la Ley 24.522 de la República de Argentina, una vez iniciado el procedimiento de concurso preventivo, es necesaria la autorización judicial para realizar cualquier acto relacionado con bienes registrables, actos de disposición o locación de fondos de comercio, actos de emisión de *debenture* con garantía especial o flotante, emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante, de los de constitución de prenda y los que excedan la administración ordinaria del giro comercial. La norma citada establece que la autorización se tramita con audiencia del síndico y del comité de acreedores, y que para su otorgamiento el juez ha de ponderar la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores. Como se puede apreciar, en este caso el juez escucha al síndico y a los acreedores, pero es él quien decide por los intereses de estos últimos. La forma en que debe continuar desarrollándose el negocio luego del inicio del concurso depende del juez y no de los acreedores. Bajo esta regulación los acreedores tienen capacidad decisoria relativa al momento de decidir si aprobarán o no la "propuesta de acuerdo preventivo" que elabora el deudor para proponer a sus acreedores la forma de reestructurar sus deudas. Al respecto, cada clase de acreedores (garantizados, laborales, quirografarios) deberá aceptar la propuesta correspondiente a su respectiva clase. Una vez aprobada toda la propuesta por cada clase, las conformidades de estas se presentan al juez, quien es el encargado de declarar la existencia de "acuerdo preventivo" a través de una resolución judicial y luego (en caso se hayan superado o no haya impugnaciones) de homologar el acuerdo y disponer de las medidas judiciales necesarias para su cumplimiento. Una vez homologado el acuerdo, y tomadas y ejecutadas las medidas tendientes a su cumplimiento, el juez declara finalizado el concurso.

Al respecto, Bonfanti y Garrone consideran que conforme al principio de colectividad en un régimen concursal "los acreedores no aparecen en el procedimiento de quiebra (u otro concurso) como individuos *à singuli*, sino como agregados entre sí, como masa (sin que haya que personalizarla). Por tanto, las ejecuciones individuales están prohibidas"³.

En este sentido, en la medida que en el concurso se crea un régimen excepcional que impide a los acreedores cobrar sus acreencias de manera individual y canibalizar el patrimonio del deudor, la junta de acreedores se presenta como una entelequia jurídica bajo la cual se agrupan todos los acreedores, mientras dure la situación de concurso de un deudor, a efectos de intervenir, en mayor o menor medida, en dicho concurso para satisfacer colectivamente sus intereses.

Queremos llamar la atención a la importancia de una regulación funcional de junta de acreedores, pues el principio de colectividad adquiere sentido únicamente en la medida que los acreedores tengan una participación que influya en algún grado las decisiones que se tomen a lo largo de un procedimiento concursal. Por ejemplo, votando conjuntamente la aprobación o desaprobación de un acuerdo para re-financiar deudas. Si ello no ocurriera y la presencia de los acreedores en un concurso se realizara únicamente para reconocerlos frente a un tercero encargado de dirigir el proceso, entonces no nos encontraríamos frente a una junta de acreedores.

3. Roles: Acreedores y Junta de Acreedores.

Habiendo hecho la distinción entre los acreedores y la junta de acreedores, es posible distinguir entre distintos tipos de roles que estos pueden cumplir en el marco de un procedimiento concursal y cuáles corresponden exclusivamente a la junta de acreedores como órgano:

- a) **Rol como iniciador del concurso:** Antes del inicio de un procedimiento concursal los

acreedores no se conocen. Por lo tanto, es muy difícil que estos entren en contacto y se pongan de acuerdo a efectos de iniciar un procedimiento concursal contra un deudor que se encuentra en situación de incumplimiento.

Es por ello que la mayoría de las legislaciones permiten que cualquier acreedor —una vez se comprueben determinados requisitos para ello— pueda "llevar a un deudor a concurso", de manera tal que se dé inicio al procedimiento concursal en su contra.

Por lo tanto, la facultad de solicitar el inicio de un procedimiento concursal no es característica de la junta de acreedores. Por el contrario, esta facultad suele ser conferida al propio deudor o a sus acreedores actuando de manera individual.

- b) **Rol como impulsador del concurso:** Una vez iniciado el procedimiento concursal, la labor de impulsarlo puede estar dada, según la legislación de que se trate, al deudor, a los acreedores o al tercero.

Ahora bien, asumiendo por un momento que la legislación respectiva tiende a dejar en los acreedores la labor de impulsar el proceso, la referencia a acreedores estaría hecha tanto a los acreedores, de manera independiente, como a la junta de acreedores.

En efecto, si el rol decisorio recae en los acreedores y el proceso entero ha sido creado para que estos logren regular sus intereses de la manera más eficiente, entonces tanto los acreedores de manera individual, como la junta de acreedores, deben estar dotados de mecanismos suficientes para impulsar el procedimiento. Ello se traduce en la capacidad de exigir conductas de los demás actores del proceso, tales como emisión de resoluciones, cumplimiento de determinados actos dentro de los plazos legales, etc.

3. BONFANTI, Mario y GARRONE, José. *Derecho Concursal. Teoría General*. En: *Concursos y Quiebra*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 49.

Vale la pena destacar que este rol variará sustancialmente dependiendo del tipo de procedimiento concursal y las reglas especiales que se le atribuyan en cada país. Así, por ejemplo, en Argentina, el rol impulsador lo tiene el juez.⁴ En Perú, en cambio, este rol lo tienen las partes del procedimiento.

- c) **Rol negociador:** En una regulación concursal que tenga como interés generar un ambiente adecuado para que el deudor y sus acreedores lleguen a un acuerdo sobre la forma en que se resolverá su conflicto de intereses, la junta de acreedores tiene un rol negociador, en la medida que el presupuesto de dicho acuerdo consiste en que las partes hayan discutido previamente cada uno de los términos y condiciones del mismo.

En ese sentido, la regulación concursal deberá enfocarse en procurar maximizar el bienestar del grupo. Al respecto Thomas F. Jackson y Robert E. Scott señalan que "las concesiones recíprocas son inevitables para preservar las eficiencias del régimen colectivo".⁵ Por lo tanto, la regulación del rol negociador de la junta de acreedores deberá ser entendida desde una perspectiva de concesiones de intereses individuales en aras de una maximización del interés colectivo de la junta de acreedores.

Por otro lado, lo común es que la facultad de negociar no se encuentre expresamente reconocida en las normas legales, pues esta facultad se desprende de la potestad de la junta de acreedores de aprobar la propuesta de acuerdo que realice el deudor.

- d) **Rol decisorio:** Dentro del procedimiento concursal el rol más importante es el de adoptar las decisiones que se requieren para dar solución al problema entre el deudor y sus acreedores.

Como hemos visto anteriormente, este rol podrá estar a cargo de distintas personas dependiendo del sistema que se adopte. No obstante, para efectos de este punto lo que nos interesa remarcar es que si nos encontramos frente a una legislación que busca dejar la capacidad decisoria en los acreedores. En este caso la referencia a acreedores debe entenderse realizada exclusivamente a la "junta de acreedores".

En efecto, si la facultad de decidir fuera dada a cada acreedor de manera particular, entonces no habría ninguna diferencia entre encontrarse en el procedimiento concursal o fuera de este, pues cada acreedor buscaría de manera individual satisfacer su propio interés al margen de los demás acreedores. Es por ello que si la facultad de adoptar decisiones está dada a los acreedores es porque ellos deben adoptar una decisión conjunta sobre el tratamiento que se dará a sus créditos.

La razón para que ello sea si es muy sencilla, el patrimonio del deudor es uno solo y los acreedores muchos. Por lo tanto, todos los acreedores de manera conjunta tienen que acordar cómo se distribuirán ese patrimonio o cómo harán que el negocio del deudor se enfoque en generar la riqueza necesaria para satisfacer de la mejor manera a todos los acreedores.

Al comprenderse esto se entiende también por qué, en legislaciones como la Argentina, que hemos comentado anteriormente, es necesario que un juez apruebe la decisión de los acreedores, luego de que cada grupo (garantizados, quirografarios, etc.) apruebe la propuesta del deudor respecto de la forma de pago de su crédito, pues se requiere que alguien mire todos los acuerdos adoptados sobre una parte del problema, los ponga en perspectiva global

4. Artículo 274 de la Ley 24.522 de la República de Argentina.

5. JACKSON, THOMAS F. y SCOTT, Robert E. *La naturaleza del concurso: un ensayo sobre compartir los riesgos concursales y el acuerdo entre acreedores*. En: *Themis* No. 45, 2002, p. 29.

y evalúe si todas las propuestas en conjunto son compatibles entre sí. De lo contrario podría ocurrir que el deudor acuerde con los quirografarios pagarles con el producto de la venta de todo su inventario de activos disponibles y que haga lo mismo con los garantizados. Así, existiendo solo un inventario, el acuerdo sería de imposible cumplimiento para ambos grupos de acreedores.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda claro que el rol decisorio debe ser exclusivo de una junta de acreedores (cuando se atribuye a estos y a nadie más la facultad de decidir) y no a los acreedores actuando de manera individual o en grupos.

La forma de viabilizar este rol decisorio al interior de la junta de acreedores es estableciendo normativamente mecanismos de votación. Al respecto, Huáscar Ezcurra señala que *"el mecanismo de votación constituye una manera eficiente para determinar si un grupo de accionistas considera una transacción conveniente o no para la empresa, toda vez que dicho mecanismo permite sumar las preferencias individuales y, a través de dicho proceso, obtener la preferencias del grupo entendido como un todo."*⁶

Finalmente, como se puede intuir de lo que hemos visto hasta este momento, el rol decisorio en marco de un procedimiento concursal puede regularse como uno amplio o uno restringido.

Al respecto, el rol decisorio será restringido cuando, en el marco de un procedimiento concursal, este se encuentre limitado a la facultad de aprobar o desaprobado una propuesta realizada por el deudor para dar solución a la crisis. Ello independientemente del contenido de la propuesta.

Por el contrario, el rol decisorio será amplio cuando la junta de acreedores tenga la capacidad de adoptar decisiones de todo tipo destinadas a defender sus intereses.

En este supuesto nos referimos especialmente a facultades intervenir en la administración del deudor o decidir quién lo intervendrá, decidir el curso del destino del deudor y además aprobar el documento en el cual se estructure la forma en que el deudor cumplirá con las obligaciones a su cargo. Es decir, bajo esta perspectiva, los acreedores no solo quedan facultados para decidir cómo deberá cumplir el deudor, sino que además pueden tomar todo tipo de decisiones destinadas a asegurar dicho cumplimiento.

IV. EL ROL DE LA JUNTA DE ACREEDORES EN PERÚ

Debemos empezar por señalar que, conforme al artículo V del título preliminar de la Ley General del Sistema Concursal, aprobada por la Ley 27809 (en adelante, la "LGSC"), *"los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor"*. Es decir, en el procedimiento concursal se busca tutelar el interés de todos, como único grupo, antes que a cada uno de manera individual o en grupos dispersos.

Nuestra LGSC en una modificación reciente⁷ ha dejado en claro que todas las disposiciones de dicha norma están destinadas a crear un ambiente idóneo para que los acreedores se pongan de acuerdo a efecto de regular sus intereses y adopten decisiones eficientes sobre la forma en que aprovechar el patrimonio del deudor.⁸

6. EZCURRA, Huáscar. *El derecho de voto de los acreedores vinculados al deudor insolvente: aproximación al tema a partir de un análisis económico*. En: Themis No. 42, 2001, p. 254.
7. Ver Legislativo No. 1050, publicado el 27 junio 2008.
8. Al respecto, el artículo I del título preliminar de la LGSC establece que el objetivo de la ley es *"la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor."*

En este sentido, el artículo II del título preliminar de la LGSC establece 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, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción"*. De ello se desprende el rol negociador de la junta de acreedores.

Por su parte, el rol decisorio de la junta de acreedores en Perú se desprende claramente del artículo III del título preliminar de la LGSC, según el cual *"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"*. ¿Acaso queda alguna duda con esa redacción de que la norma peruana busca crear un ambiente adecuado para que los acreedores, en conjunto, tomen una decisión eficiente sobre el destino del deudor?

Nótese que la norma general deja en total libertad de acreedores la facultad de decidir si es viable que el deudor continúe o no. De esta manera, podría ocurrir que desde el punto de vista de un analista financiero el negocio del deudor pudiera ser considerado como viable, pero si la junta de acreedores no lo considera así, sea por la motivación que fuere, puede declarar lo contrario.

Es importante notar que nuestra legislación, ha dejado en quienes son realmente interesados en que el proceso continúe, la labor de promover el proceso. Así, el rol impulsor se desprende claramente de artículo X del título preliminar de la LGSC según el cual *"el Estado, a través del IN-DECDPI, facilita y promueve la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales con las formalidades de ley"*.

El Estado y las normas concursales en Perú no tienen otra finalidad que la de crear un ambiente idóneo para que los acreedores se pongan en contacto y tomen la decisión más eficiente

sobre el destino del deudor y la forma de recuperar sus créditos. El Estado claramente no tiene un rol decisorio en el procedimiento concursal, como sí ocurre en otras legislaciones.

Para cumplir con dicho objetivo la LGSC, considerando que la situación del deudor frente a sus acreedores es distinta en diferentes momentos, ha regulado dos procedimientos distintos, el procedimiento concursal preventivo y el ordinario. No es objeto de este trabajo analizar la naturaleza de cada uno de ellos, ni su conveniencia, pero sí analizar cuál es el rol que juega la junta de acreedores en cada uno de ellos.

1. Rol en el procedimiento concursal ordinario

En el procedimiento concursal ordinario, la LGSC le ha dado a la Junta de Acreedores un rol decisorio amplio.

En efecto, el artículo 50.4 ha establecido que en la reunión de instalación de la junta de acreedores, esta podrá pronunciarse sobre los siguientes temas, es decir, tendrá las siguientes facultades: (i) Elegir de sus autoridades; (ii) Decidir sobre el destino del deudor; (iii) Aprobar el régimen de administración o designación del Liquidador, de ser el caso; (iv) Aprobar el Plan de Reestructuración o del Convenio de Liquidación, de ser el caso; (v) Nombrar el Comité de Junta de Acreedores y delegación de facultades.

De manera más específica, en el artículo 51 de la LGSC se ha precisado claramente cada una de estas facultades, las cuales pasamos a analizar:

(i) Decidir el destino del deudor

En este punto, la norma precisa que la junta de acreedores está facultada para optar entre cualquiera de las siguientes alternativas referidas al destino del deudor: (a) Iniciar una reestructuración patrimonial; o, (b) Acordar la disolución y/o liquidación del deudor con excepción de los bienes inembargables, en cuyo caso ingresará a una disolución y liquidación.

Con esta disposición la LGSC reitera el rol decisorio amplio que tiene la junta de acreedores. Es a esta y a ninguna otra persona u ente estatal a quien corresponde tomar la decisión sobre el destino del deudor sometido a un procedimiento concursal ordinario. Solo en determinados supuestos particulares la decisión sobre el destino queda en manos del órgano estatal.

Nótese que el procedimiento concursal ordinario puede ser iniciado a voluntad del deudor o por sus acreedores. Sin embargo, una vez que este se ha iniciado, la junta de acreedores toma control total sobre el destino que se seguirá, perdiendo el deudor capacidad para influir en las decisiones.

Además, la facultad decisoria es exclusiva, ilimitada e inmotivada. La junta de acreedores no tiene que justificar su decisión, la norma ni siquiera ha impuesto un deber de razonabilidad.

En efecto, aún cuando el deudor o cualquier tercero considerasen que la decisión más eficiente es continuar con las actividades para lograr en un corto plazo cumplir con todas las obligaciones, la junta podría decidir liquidar al deudor sin incurrir por ello en ningún tipo de responsabilidad.

Al respecto, es importante notar que los deudores no tienen ningún recurso contra la decisión que adopte la junta (salvo que la decisión fuera adoptada en incumplimiento de los requisitos legales), por lo que ningún deudor podría reclamar luego una indemnización a la junta de acreedores por haber declarado su disolución y liquidación, aun en el supuesto que el deudor considerase que su negocio era viable.

- (ii) *Supervisar la ejecución de los acuerdos que haya adoptado con relación al destino del deudor*

En este punto, la norma precisa que la junta de acreedores podrá tomar todas las medi-

das que considere pertinentes para asegurar el cumplimiento del acuerdo adoptado.

La facultad de supervisar, nuevamente, está dada desde una perspectiva amplia, de forma que la junta de acreedores no requiere la anuencia de ningún tercero para adoptar todo tipo de decisiones destinadas a generar medidas para el cumplimiento de sus acuerdos.

- (iii) *Solicitar al administrador o liquidador, según el caso, la elaboración de informes económicos financieros que considere necesarios para la adopción de sus acuerdos*

Como es evidente, la junta de acreedores requiere contar con todas las herramientas necesarias para adoptar una decisión eficiente.

Por lo tanto, la norma ha dejado claro que la junta de acreedores puede solicitar los informes que sean necesarios de manera que pueda formarse una idea sobre la situación real del deudor.

No obstante, consideramos que esta disposición está comprendida en la facultad comentada en el punto anterior, pues la facultad de tomar todas las decisiones que se considere pertinentes incluye, qué duda cabe, la facultad de solicitar todo tipo de informes.

- (iv) *Designar de entre sus miembros a un Comité*

Sobre este punto, en la norma se ha precisado que se podrá delegar en el Comité — en todo o en parte — las atribuciones que la LGSC le confiere a la junta de acreedores, con excepción de las siguientes facultades:

- (a) Decidir sobre el destino del deudor.
(b) Aprobar el Plan de Reestructuración o Convenio de Liquidación, según el caso, y sus modificaciones.

La junta de acreedores, entendida como colectividad, involucra a todos los acreedores,

Sin embargo, es evidente desde una perspectiva práctica que todos los acreedores no pueden estar permanentemente supervisando al deudor y adoptando decisiones cotidianas, cuando ello es requerido.

No olvidemos que para cada acreedor, participar del procedimiento concursal de uno de sus deudores no es su actividad principal. Por el contrario, es —o al menos debería ser— una actividad totalmente excepcional.

Ya es bastante trabajo para un acreedor tener que presentarse al procedimiento concursal para solicitar el reconocimiento de sus créditos, como para que además tenga que estar permanentemente pendiente del mismo o del cumplimiento de los acuerdos adoptados.

Por ello, la LGSC ha previsto que salvo por las decisiones más importantes, todas las demás pueden ser delegadas en un Comité, elegido por la propia junta de acreedores y que, por lo tanto, debe representarla cumpliendo con las facultades otorgadas y en defensa de sus intereses.⁹

Nótese que al analizar la facultad de la junta de acreedores sobre la adopción del acuerdo sobre el destino del deudor, explicamos que esta tiene una capacidad ilimitada para la toma de decisiones, sin que sus decisiones generen responsabilidad frente al deudor.

No obstante, conforme al artículo 51.2 de la LGSC *“los acreedores que forman parte del Comité, así como los administradores y liquidadores, responden, ilimitada y solidariamente, ante los propios acreedores, accionistas y terceros por los daños y perjuicios que causen*

por los acuerdos o actos contrarios a la Ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave”.¹⁰

Esta disposición no contradice en absoluto la lógica sobre la responsabilidad comentada anteriormente. Dicha disposición no es una contradicción al principio sino, por el contrario, una precisión del mismo.

En efecto, la junta de acreedores puede tomar todo tipo de decisiones y no puede ser sancionada por ello, por supuesto, siempre que sus decisiones se ajusten al marco legal. De la misma manera, el Comité que representa a la junta de acreedores puede realizar todos los actos que sean necesarios para cumplir con la voluntad de esta, pero siempre que dichos actos se encuentren dentro del marco de las facultades otorgadas, se ajusten a ley y se realicen mediante un comportamiento diligente.

(v) *Capitalizar deudas, en caso de reestructuración*

En caso de que la Junta de Acreedores decida por la reestructuración y opte por la capitalización de sus acreencias, esta podrá en cualquier momento ajustar el patrimonio del deudor, previa auditoría económica realizada por auditores autorizados.

Cabe remarcar que el hecho de que la LGSC haya establecido que para proceder a capitalizar créditos y ajustar el patrimonio del deudor se requiere de una previa auditoría económica, no significa en absoluto que se limite la facultad decisoria de la junta de acreedores.

Por el contrario, nótese que el único requerimiento de la norma es que se haya

9. Al respecto, el artículo 51.3 de la LGSC establece que *“Es responsabilidad del Comité el cumplimiento de los acuerdos de la Junta, salvo que ésta haya dispuesto algo distinto”*.

10. De igual manera el artículo 51.4 de la LGSC establece que *“los miembros del Comité son asimismo responsables con los miembros que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubiesen cometido si, conociéndolos, no los denunciaron por escrito a la Junta”*.

efectuado una auditoría económica, sin importar el resultado de esta.

En otras palabras, se busca que la junta de acreedores se informe antes de tomar una decisión, pero no se limita en forma alguna la facultad de tomar esa decisión.

1.1. Rol en supuesto de reestructuración

Ya hemos visto que la junta de acreedores tiene facultades ilimitadas de decisión. La primera y más importante de las decisiones es la del destino del deudor.

En el marco de un procedimiento concursal ordinario, si la junta de acreedores decide por la continuación de las actividades del deudor, entonces las decisiones sobre el cobro de sus créditos se tomarán en el marco de un régimen de reestructuración patrimonial, el cual durará por el plazo que establezca el Plan de Reestructuración que apruebe la junta de acreedores, hasta que se pague la totalidad de las obligaciones que contemple el cronograma de pagos contemplado en el Plan de Reestructuración.

Bajo el régimen de reestructuración patrimonial es donde se refleja de manera más clara el rol decisorio ilimitado de la junta de acreedores sobre el deudor, el que podrá ser ejercido hasta que se haya pagado el último crédito conforme al Plan de Reestructuración.

La máxima expresión de este rol decisorio ilimitado se desprende del artículo 63.1 de la LGSC, según el cual *"durante la reestructuración quedará en suspenso la competencia de la Junta de Accionistas o de Asociados o el titular, cuyas funciones serán asumidas por la Junta"*.

Así, en el marco de una reestructuración patrimonial los accionistas del deudor no pueden adoptar ningún acuerdo y, por el contrario, es la junta de acreedores la que queda facultada

para adoptar todo tipo de acuerdos conforme a la ley y al estatuto, el cual incluso puede ser modificado por decisión de la junta de acreedores.¹¹ Esta facultad se mantendrá hasta que se declare la conclusión de la reestructuración patrimonial, momento en el cual la administración designada según el estatuto del deudor y la junta de accionistas, socios o asociados del deudor —según corresponda— reasume sus funciones conforme lo dispone el artículo 72.1 de la LGSC.

Como hemos dicho antes, las facultades de la junta de acreedores son incuestionables, tanto que de manera expresa el artículo 72.2 de la LGSC establece que *"no son susceptibles de revisión los acuerdos que hubiere adoptado la Junta durante el plazo de su mandato"*.

Por si no fuera suficiente con las facultades amplias que otorgan a la junta de acreedores las normas sobre el procedimiento concursal ordinario, el artículo 63.2 de la LGSC señala expresamente que en el marco de un régimen de reestructuración patrimonial:

"(...) la junta de acreedores por sí sola, podrá adoptar todas las acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante el procedimiento, inclusive la aprobación de balances, transformación, fusión o escisión de la sociedad, cambio de razón, objeto o domicilio social, así como los que importen modificaciones estatutarias incluyendo aumentos de capital por capitalización de créditos, conforme a las formalidades establecidas para la capitalización en el Artículo 68".

La norma peruana aunque redundante, deja claro que el rol de la junta de acreedores en el ámbito de una reestructuración patrimonial es el más amplio posible.

Sin perjuicio de dichas facultades, conforme al artículo 64.1 de la LGSC los accionistas no

11. Al respecto, el artículo 63.3 de la LGSC establece que *"el estatuto del deudor bajo reestructuración patrimonial mantiene su vigencia, siempre que no se oponga a los acuerdos de la Junta o la Ley. La Junta sustituye en todas sus funciones, derechos y atribuciones al órgano societario de máxima jerarquía"*.

pierden su derecho de separación cuando se adopte alguna decisión que, conforme a la Ley General de Sociedades, los faculte para ejercer tal derecho.

Finalmente, debemos señalar que el rol decisivo amplio de la junta de acreedores se expresa también a través de la facultad de aprobar el plan de reestructuración.

Al respecto, si bien la LGSC señala que es el deudor quien presenta la propuesta de plan de reestructuración, pudiendo presentar más de una propuesta, lo cierto es que en la práctica la junta tiene la facultad de decidir sobre el régimen de administración y adoptar todas las decisiones que estime pertinente, por lo que puede tener un control absoluto sobre los términos y condiciones que estarán contenidos en la propuesta de Plan de Reestructuración.

1.2. Rol en supuesto de liquidación

La disolución y liquidación del deudor puede ser acordada por la junta de acreedores, o puede ser decidida por la Comisión de Procedimientos Concursales en determinados supuestos establecidos expresamente en la LGSC.¹²

El rol decisivo de la junta de acreedores durante un proceso de disolución y liquidación concursal se evidencia en su capacidad de revertir el acuerdo de disolución y liquidación en cualquier momento, con la única excepción de los casos en que la disolución y liquidación haya sido iniciada por la Comisión.

Ahora bien, al acordar la disolución y liquidación los acreedores han determinado que la mejor forma en que estos podrán satisfacer sus créditos impagos es a través de la ejecución del patrimonio del deudor. Por ello, conforme a los artículos 74.1 y 74.2 de la LGSC a partir de la suscripción del Convenio de Liquidación

el deudor no podrá continuar desarrollando la actividad propia del giro del negocio, salvo que se hubiera acordado la liquidación en marcha, por estimarse que se obtendrá un mayor valor de realización bajo esa modalidad.

Siendo ello así, salvo que se decida revertir la disolución y liquidación, durante esta etapa el rol decisivo de la junta de acreedores está destinado fundamentalmente a:

- Aprobar el Convenio de Liquidación.
- Verificar el cumplimiento del acuerdo del Convenio de Liquidación.
- Supervisar las labores del liquidador, estando facultada para cambiarlo de ser necesario.

No obstante, ello no significa que la junta de acreedores pierda las facultades generales que tiene conforme a la regulación común del procedimiento concursal ordinario.

2. Rol en el procedimiento concursal preventivo

El procedimiento concursal preventivo mantiene una lógica totalmente distinta a la del procedimiento concursal ordinario, por eso el rol de la junta de acreedores es también distinto.

Para entender esta diferencia vale la pena mencionar que los procesos concursales, en principio, están relacionados con lo que de manera genérica se conoce como estado de insolvencia del deudor. Así, la mayoría de regulaciones del mundo opta por generar una regulación excepcional como es la concursal cuando el deudor se encuentra en una situación tal que no puede cumplir con sus acreedores.

Ahora bien, es necesario notar que el concepto de insolvencia ya no se encuentra recogido como tal por nuestra legislación concursal, pero sí lo estuvo en las normas anteriores. Al respecto,

12. Al respecto, el artículo 96.1 de la LGSC establece que "si luego de la convocatoria a instalación de Junta, ésta no se instala, o instalándose, ésta no tomase acuerdo sobre el destino del deudor, no se aprobara el Plan de Reestructuración, no se suscribiera el Convenio de Liquidación o no se designara un reemplazo del liquidador renunciante en los plazos previstos en la Ley, la Comisión, mediante resolución, deberá disponer la disolución y liquidación del deudor [...]".

los supuestos de insolvencia regulados por la anterior Ley de Reestructuración Patrimonial tenían la misma esencia que los supuestos que permiten hoy en día el inicio de un procedimiento concursal ordinario, que son básicamente cesación de pagos a los acreedores por parte del deudor o una situación en la cual el deudor tuviera pérdidas que redujeran su patrimonio de manera significativa.

Sobre el particular, señala Jean Paul Calle que un procedimiento preventivo se orienta básicamente a prevenir la problemática de la potencial crisis patrimonial de un deudor, a diferencia del procedimiento concursal ordinario, el cual está destinado a enfrentar y revertir (de ser ello posible) una crisis manifiesta. En ese sentido, el procedimiento concursal preventivo es un mecanismo de reestructuración de obligaciones ante la imposibilidad inmediata de pago o dificultad de honramiento futuro de deudas, anterior al estado de insuficiencia patrimonial o cesación de pagos definitiva, que son problemas que se buscan resolver a través del procedimiento concursal ordinario.¹³

Debido a esta lógica el artículo 103.1 del LGSC establece que una empresa puede iniciar un procedimiento concursal preventivo siempre que no se encuentre en uno de los supuestos previstos para el inicio de un procedimiento concursal ordinario (que son aquellos que comúnmente se conocen como supuestos de crisis patrimonial y que incluyen tanto la incapacidad para cumplir con sus obligaciones frente a los acreedores como la incidencia en supuestos legales que obligan a la disolución y liquidación de la empresa).

Siendo ello así y considerando que, en principio, al momento en que se inicia un procedimiento concursal preventivo no hay un interés actual de los acreedores que se haya lesionado, no hay razón para que el procedimiento les permita tener un rol decisorio amplio.

En ese sentido, el rol de la junta de acreedores en un procedimiento concursal preventivo se limita a reunirse para aprobar o desaprobado el Acuerdo Global de Refinanciación que proponga el deudor, por lo que podemos afirmar que en este caso su rol decisorio es restringido.

Sin embargo, en el supuesto que el deudor hubiera solicitado el inicio del procedimiento concursal preventivo con la suspensión de todas sus obligaciones —de forma que ningún acreedor esté en capacidad de ejecutar su patrimonio y el Acuerdo Global de Refinanciación fuera desaprobado— la junta de acreedores, con la aprobación de más del 50% de los créditos reconocidos o asistentes, podrá acordar el ingreso del deudor al procedimiento concursal ordinario, en aplicación del artículo 109.1 de la LGSC.

Nótese que al requerirse una mayoría determinada de créditos reconocidos o asistentes se ratifica el hecho de que la atribución en este caso corresponde a la junta de acreedores y no a los acreedores de manera individual.

V. CONCLUSIONES

A través de un procedimiento concursal se busca satisfacer el interés de los acreedores cuyas obligaciones han sido o serán incumplidas por el deudor.

Teniendo ello en consideración, la regulación de un procedimiento concursal debe tender a generar un espacio dentro del cual los acreedores tengan la posibilidad de tomar la decisión más eficiente sobre la forma en la cual el deudor cumplirá con dichas obligaciones.

En ese sentido, en un sistema concursal como el peruano el rol de la junta de acreedores es fundamentalmente decisorio, pues se requiere del acuerdo organizado de la junta de acreedores a efectos de adoptar las medidas que sean necesarias para tomar una decisión eficiente

13. CALLE CASUSOL, Jean Paul y ALVA RODRIGUEZ, Sonia. *Guía Rápida de preguntas y respuestas sobre la Nueva Ley General del Sistema Concursal*. Editorial, Gaceta Jurídica, Lima, 2003. p. 261.

sobre la forma en que se logrará que el deudor cumpla con sus obligaciones frente a ellos.

Ahora bien, bajo nuestra legislación se debe distinguir el rol de la junta de acreedores en un procedimiento concursal ordinario y en un procedimiento concursal preventivo.

Al respecto, cuando se trata de un procedimiento concursal ordinario, el rol de la junta de acreedores es amplio, en vista que la LGSC otorga a la misma facultades suficientes para decidir el destino del deudor y adoptar todo tipo de medidas necesarias para monitorear y controlar el comportamiento de este durante el procedimiento concursal. Ello incluye la facultad

de adoptar todo tipo de decisiones y acuerdos que, en principio, solo podría adoptar la junta general de accionistas del deudor.

Por otro lado, en un procedimiento concursal preventivo, el rol de la junta de acreedores es restringido, en vista que este se limita a adoptar la decisión de aprobar o desaprobar el Acuerdo Global de Refinanciación propuesto por el deudor.

Sin embargo, el hecho que el rol de la junta de acreedores sea amplio en un supuesto y restringido en otro no debe ser visto como una diferenciación negativa, sino, por el contrario, como un efecto natural de la diferencia intrínseca de cada uno de estos procedimientos.