

MARIO REGGIARDO SAAVEDRA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo.
Profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho Procesal Civil en la
Pontificia Universidad Católica del Perú,
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad del Pacífico.

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Protección legal del patrimonio: medidas cautelares en procesos de cobranza de créditos:
 1. Prohibición a las medidas cautelares;
 2. Excepción a la prohibición de las medidas cautelares;
 3. Ejecución Forzada;
 4. Bienes perecibles;
 5. Créditos post-concursales y garantía a terceros;
 6. Continuación de etapa de cognición.
- III. Procesos judiciales con implicancia concursales:
 1. Competencia de INDECOPI y el Poder Judicial en la impugnación de resoluciones concursales;
 2. Competencia del Poder Judicial en asuntos constitucionales;
 3. Medidas cautelares que suspenden el procedimiento concursal;
 4. Proceso disciplinario contra actuaciones judiciales contrarias a la ley;
 5. Intervención del INDECOPI en los procesos judiciales;
 6. Efectos de procesos judiciales en materia concursal;
 7. Nulidad de cosa juzgada;
 8. Procedimiento concursal tras ejecución forzada de sentencias.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley General del Sistema Concursal en el Perú, Ley 27809 (en adelante, "LGSC") regula varias situaciones en las cuales el Poder Judicial es un operador central para complementar y, eventualmente, revisar las actividades de la autoridad concursal, los acreedores y el deudor concursado. Este trabajo no abordará todas aquellas disposiciones, sino solo las que considero relevantes o que generan dudas esenciales en su aplicación, sobretudo las ligadas a las medidas cautelares en los procesos de ejecución de créditos, así como al inicio de los procesos de amparo y contencioso-administrativos.

II. PROTECCIÓN LEGAL DEL PATRIMONIO: MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DE COBRANZA DE CRÉDITOS

Cuando en el mercado una empresa deja de pagar sus obligaciones, empieza una carrera de los acreedores por cobrar primero. Usualmente, son las entidades financieras y las autoridades tributarias quienes cuentan con mayores recursos, información y/o experiencia para iniciar los procesos de cobranza de créditos. Son ellas quienes arrancan la carrera en perjuicio de acreedores menores, que no suelen contar con los recursos para iniciar inmediatamente los procesos donde traben medidas cautelares que aseguren el pago de sus acreencias, como, por ejemplo, en el caso de los beneficios laborales de los trabajadores de la empresa deudora. De este modo, en la práctica podría quedar como letra muerta el derecho de preferencia de los trabajadores previsto en el artículo 24 de la Constitución Política. Por ello, señala Ezcurra, el sistema de procesos judiciales de cobranza es insuficiente, para que los deudores en crisis asuman el pago de todas sus obligaciones, pues solo logran cobrar los acreedores que cuenten con los recursos para reaccionar rápidamente, quedando los demás acreedores con sus créditos impagos¹.

Los acreedores de mayores recursos suelen embargar al deudor, inmediatamente los bienes de mejor realización, como inmuebles o maquinarias en buen estado. Dado que el resto de acreedores, también intentan asegurar el cobro de sus créditos con los bienes remanentes de la empresa deudora, es muy posible que en una situación de este tipo dicha empresa tenga que salir del mercado, a pesar que tenía viabilidad económica pues, por ejemplo, solo estaba enfrentando un problema de iliquidez temporal. Puede existir la posibilidad de que la empresa deudora siga en el mercado y genere la liquidez que le permita pagar a todos sus acreedores y no solo a los que la embargaron primero, pero los costos de transacción de que el deudor convenza a sus acreedores de dicha viabilidad y que no lo embarguen, así como los costos de transacción para que los acreedores se pongan de acuerdo entre ellos a fin de que decidan cómo enfrentar la situación del deudor, justifica la existencia del sistema concursal y de protección legal del patrimonio del deudor frente a las medidas cautelares que pueden trabar los acreedores. De este modo, se mantiene intangible el patrimonio del deudor hasta que los acreedores tomen una decisión respecto del uso eficiente del mismo, generándose además el incentivo para que los acreedores negocien una solución efectiva a la crisis del deudor².

Las anteriores legislaciones en materia concursal adolecían de una regulación ambigua, en relación al tipo y ejecución de las medidas cautelares que podían trabar los acreedores en los procesos de cobranza de créditos iniciados contra los deudores que estaban o entraban en situaciones de insolvencia. La LGSC ha corregido muchas de dichas imprecisiones.

1. Prohibición de medidas cautelares

La actual LGSC, tiene una regulación muy clara sobre la situación de las medidas cautelares. El

1. EZCURRA, Huáscar. *La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un instrumento de reducción de costos de transacción*. En: Estudios sobre Reestructuración Patrimonial. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, pp.28-29.

2. *Ibid*; pp. 28-29 y 33.

artículo 18.1 señala que a partir de la de la fecha de la publicación por la Comisión de Procedimientos Concursales del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, "INDECOPI") en el Diario Oficial del listado de los deudores sometidos a los procedimientos concursales, la autoridad que dirige los procesos judiciales o arbitrales, así como la que dirige los procedimientos coactivos o de venta extrajudicial, seguidos contra el deudor concursado, no debe ordenar medida cautelar alguna que afecte el patrimonio de éste. Si la medida ya ha sido ordenada antes de la publicación, entonces no puede ser efectivamente trabada. Si la medida cautelar ya ha sido trabada antes de dicha publicación, no podrá ser materia de ejecución forzada. Es decir, por ejemplo, si tras una orden judicial ya se había inscrito un embargo en forma de inscripción en los Registros Públicos, sobre un inmueble de propiedad del deudor concursado, por más que exista una sentencia con autoridad de cosa juzgada que ordene el pago definitivo, el Juez no podrá disponer que se inicie el procedimiento de remate del inmueble mientras dure el procedimiento concursal.

2. Excepciones a la prohibición de medidas cautelares

El artículo 18.2 establece que la disposición, para que el Juez no ordene que se traben medidas cautelares cuando ya se realizó la publicación prevista en el artículo 32 de la LGSC, no alcanza a las medidas pasibles de registro. Es decir, a pesar de la publicación, el Juez podrá ordenar, por ejemplo, un embargo en forma de inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular sobre un automóvil del deudor. La prohibición del artículo 18.1, tampoco alcanza a aquellas medidas cautelares que no impliquen la desposesión de bienes del deudor. Ello permite al Juez trabar, por ejemplo, un embargo en forma de depósito, pero sin desposeer al deudor concursado de su

bien si es que este mismo acepta convertirse en depositario, conforme al artículo 649° del Código Procesal Civil. La norma, también dispone que el Juez pueda trabar, en general, cualquier medida cautelar que por su naturaleza no afecte el funcionamiento del negocio. Bajo esa línea, no pueden trabarse secuestros conservativos ni sobre títulos de crédito, embargos en forma de retención sobre cuentas y créditos, embargos en forma de intervención en recaudación ni embargos en forma de administración de bienes. Por último, las medidas cautelares que sí pueden ser trabadas, conforme al artículo 18.2 no pueden ser materia de ejecución forzada cuando concluya el proceso judicial, por ejemplo el remate de los bienes, en tanto no se disponga el destino del patrimonio del deudor en el procedimiento concursal.

La razón que sostiene esta regulación se basa en que la LGSC, ha recogido ciertos principios acerca del fin que debe cumplir la ley concursal: la generación de incentivos para el manejo eficiente de los recursos del deudor³. Para maximizar el valor *ex-post* del patrimonio del deudor concursado, entre otras cosas, se debe evitar el derroche de recursos en batallas legales por sus activos, lo cual está previsto en los artículos IV y V de la LGSC. Si todo se dejase al mercado, los acreedores tienen dos salidas para minimizar los riesgos de tener a un deudor insolvente. Garantizar el crédito, con una hipoteca por ejemplo. Si no tienen una garantía, los acreedores pueden embargar los bienes del deudor en un proceso judicial. Lo usual es que en estos casos los activos del deudor sean menores que sus obligaciones, lo que haría que los acreedores derrochen recursos tratando de ser los primeros en rematar los bienes del deudor. En estos casos, la suma de los costos asumidos tanto por el Estado como por los acreedores, para que cada uno de éstos últimos remate por su lado los activos disponibles del deudor es muy alta, en relación al beneficio total de los

3. AGHION, Philippe. *Bankruptcy and its reform*. In: NEWMAN, P. (Ed.). *The new Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol. 1. 1998. p.145; BIGUS, Jochen. *Bankruptcy law, asset substitution problem and creditor conflicts*. In: *International Review of Law & Economics*. Nº 22. 2002. pp.109-110 y BEBCHUK, Lucian Arye. Chapter 11. In: NEWMAN, P. (Ed.). *Op.Cit.*; pp.219-220.

acreedores. Se gasta mucho, para que pocos cobren poco. Imaginemos por un momento que Google sea una empresa domiciliada en Perú y está en insolvencia. Si no existiese el procedimiento concursal, los acreedores entrarían en una carrera judicial por embargar inmuebles, créditos, muebles, equipos etc, pero la suma del valor de realización individual de dichos bienes en cada proceso judicial independiente sería sustancialmente menor al valor de venta de Google como empresa en marcha. Los acreedores tendrían mayor probabilidad de recuperar sus créditos si se vende Google como una empresa en sí misma, que si se venden sus activos individualmente. Si bien es cierto que no siempre en todos los casos la empresa en marcha vale más que sus activos realizables de modo individual, si cerramos esa posibilidad, podemos causar perjuicios a los acreedores en determinados casos.

La carrera descoordinada de los acreedores lleva al desmantelamiento de los activos del deudor y la pérdida de valor de la empresa como un todo antes que solo como una colección de activos independientes. Pero, es inevitable que los activos sean liquidados prematuramente cuando existen costos de coordinación entre numerosos acreedores que impiden que éstos actúen cooperativamente. En un mundo ideal, no habría necesidad del procedimiento de insolvencia porque los individuos podrían lidiar con el problema por sí mismos, sin intervención de terceros. En el contrato, deudor y acreedor pueden disponer cómo serán divididos los activos entre los distintos acreedores en caso de insolvencia. Pero, ello sería complicado y costoso. El procedimiento de insolvencia, por ahora, reduce estos costos, especialmente a los acreedores chicos o inexpertos que no estén en una situación que les permitan celebrar este tipo de contratos. El procedimiento concursal reduce, entonces los costos de coordinación entre los acreedores y el deudor –particularmente entre los distintos acreedores–, evitando el arrebato de los activos y suspendiendo la ejecución forzada del patrimonio del deudor concursado, hasta que sea hallada una solución colectiva a la falta de pagos. Por ello, el artículo 18.3 señala que si el Juez ha trabado medidas cautelares distintas a

las permitidas en el artículo 18.2, deberá ordenar su levantamiento y la devolución de los bienes afectados a quien ejerza la administración del patrimonio del deudor concursado. El Juez debe ordenar el levantamiento de la medida cautelar, así haya sido trabada antes de la publicación prevista en el artículo 32. La lógica de esta norma es que la junta de acreedores diseñe una estrategia con toda la capacidad patrimonial disponible del deudor concursado.

3. Ejecución forzada

El artículo 18.4, reitera que en ningún caso el patrimonio del deudor concursado afectado por medidas cautelares, podrá ser objeto de ejecución forzosa así haya finalizado el proceso con sentencia, laudo o resolución definitiva ordenando el pago al acreedor. La disposición final de los bienes está sujeta a lo que se decida en el procedimiento concursal, conforme a las distintas posibilidades previstas en la LGSC. La única excepción prevista expresamente por el artículo 18.4, es el caso de los créditos post-concursales regulados en los artículos 16.1 y 16.2 de la LGSC. Dichos créditos podrán ser ejecutados a su vencimiento. En esos casos, la autoridad encargada del proceso de cobranza deberá respetar el rango de las garantías otorgadas, según el texto expreso de la LGSC. A mi juicio, se debería respetar, también el rango de las medidas cautelares, ya que no existe razón práctica para diferenciarlas.

Una interpretación sistemática del artículo 18.4, implica tomar en cuenta el artículo 42 de la LGSC, el cual, refiriéndose a la prelación de créditos, señala que la tercera prelación se otorga a aquellos créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre los bienes del deudor concursado, siempre que la garantía haya sido constituida o la medida cautelar haya sido trabada, con anterioridad a la fecha de la publicación del concurso. En consecuencia, si el artículo 42 otorga un trato similar a las garantías y medidas cautelares, no hay razón para sostener una interpretación literal que establezca la aparente diferencia señalada en el artículo 18.4.

4. Bienes perecibles

Resulta discutible que el artículo 18.5, señale sin mayores precisiones que el régimen de protección legal en relación a medidas cautelares, no alcanza a los bienes perecibles. La norma dispone que el producto de la venta de dichos bienes sea puesto a disposición del administrador o liquidador, según corresponda, para que proceda con el pago respectivo, observando las normas pertinentes. La razón de ser de dicha norma sería que por el transcurso del tiempo, los bienes perecibles como los vegetales o la carne, por ejemplo, se pudren y, por tanto, pierden rápido valor comercial, lo que explica que deban venderse lo antes posible. Ese es el sentido de la norma, lo cual es un error de regulación. A mi juicio, dicha norma debe establecer una diferencia. El tratamiento dado a los bienes perecibles no debería ser excepcional, sino el de la regla general si es que dichos bienes perecibles resultan ser el giro de la empresa del deudor concursado, pues la norma actual permite que la medida cautelar afecte el funcionamiento del negocio, lo cual inicialmente está prohibido, de acuerdo al artículo 18.2 de la propia LGSC. La norma actual, tiene sentido si es que dichos bienes perecibles no fueran parte del giro ordinario de la empresa, lo cual sería un caso excepcional.

Otro problema de dicha norma, es que no existen incentivos, para que un acreedor individual remate los bienes perecibles que pueda embargar. Si finalmente, el producto del remate debe ser puesto a disposición del administrador o liquidador, para que uno de éstos últimos proceda al pago conforme a las normas concursales, entonces es posible que el acreedor que impulse el remate solo esté generando una externalidad que beneficia a los otros acreedores de la junta, pero no necesariamente a él. Toda ejecución de bienes tiene un costo, pero si el beneficio de dicho remate no es monopolizado por el acreedor que remata, entonces dicho acreedor no tendrá incentivos para incurrir en dicho costo de remate.

La lógica del sistema concursal es maximizar el patrimonio del deudor concursado, para que un mayor número de acreedores pueda ver sa-

tisfecho su interés. Por ello, es conveniente que el mismo deudor concursado venda los bienes, dado que está en posibilidad de obtener un mayor precio, pues cuenta con información para publicitar y colocar el producto de la mejor forma en el mercado. La opción del artículo 18.5, es porque se siga la ejecución forzada de la medida cautelar trabada sobre los bienes perecibles, entregándose el producto de la venta al administrador o liquidador. Esta situación, además está permitida en el artículo 618 del Código Procesal Civil, que correctamente acoge una salida del mercado al permitir que la venta pueda sujetarse a las estipulaciones que demandante y demandado establezcan. Otro problema, al respecto es que si las partes no se ponen de acuerdo, sería inconveniente vender los bienes perecibles, a partir del procedimiento de remate, previsto en el artículo 728 y siguientes del Código Procesal Civil. Ello, no solo toma tiempo y genera un costo considerable para el acreedor demandante, sino que además lo más probable es que el valor de realización final de los bienes perecibles sea muy por debajo del valor de mercado. Con ello, se minimiza el valor del patrimonio del deudor concursado y, por tanto, pierde tanto él como sus acreedores.

5. Créditos post-concursales y garantías a terceros

El artículo 18.6, señala que la prohibición de ejecución forzada cuando se inició y publicó el inicio del concurso, también alcanza a los bienes de los deudores afectados con garantías. Expresamente, esta prohibición no es aplicable en los supuestos de créditos post-concursales y cuando los bienes del deudor concursado garanticen obligaciones de terceros contraídas con anterioridad a la fecha de difusión del procedimiento concursal.

Como señala Rojas Leo, este último caso se presenta un conflicto entre el derecho concursal que trata de preservar el patrimonio del deudor en crisis para su uso en el concurso, y el derecho real del acreedor ajeno al concurso que busca ejecutar un bien del deudor concursado. Aun, en perjuicio de la masa concursal, en la LGSC, se

prefirió privilegiar la seguridad generada por el sistema de garantías reales⁴.

6. Continuación de etapa de cognición

Por último, debe resaltarse que el artículo 18.7, dispone que las prohibiciones sobre trabar medidas cautelares y su ejecución forzada, no alcanzan a las etapas destinadas a determinar la obligación del deudor concursado. La autoridad competente debe seguir conociendo el proceso o procedimiento hasta emitir un pronunciamiento final sobre el fondo del tema en controversia. Es decir, en caso un acreedor haya iniciado un proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero contra su deudor concursado y éste haya formulado contradicción, el proceso judicial continuará en todas sus instancias hasta que exista una sentencia definitiva que ponga fin a la etapa de cognición, sin que ello importe la posibilidad de iniciar la ejecución forzada de la sentencia.

III. PROCESOS JUDICIALES CON IMPLICANCIA CONCURSAL

1. Competencia de INDECOPI y el Poder Judicial en la impugnación de resoluciones concursales

De acuerdo al artículo 132, las impugnaciones a las resoluciones administrativas que se emitan en cualquier procedimiento concursal en materias reguladas por la LGSC, solo pueden ser resueltas por la Comisión de Procedimientos Concursales y por el Tribunal del INDECOPI.

La impugnación judicial de las resoluciones que agoten la vía administrativa en los procedimientos concursales, se realiza, exclusivamente, a través de un proceso contencioso administrativo. En un inicio, la norma señalaba que el órgano competente para resolver dicha pretensión en primera instancia era la Sala correspondiente del Poder Judicial. Ello, tenía como fundamento que

en el 2002, año de promulgación de la LGSC, el artículo 11 de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, disponía que la Sala competente para impugnar judicialmente en primera instancia resoluciones del Tribunal de INDECOPI fuera la Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Superior, respectiva. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, resolvía en segunda instancia y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso. Donde no hubiese Sala Contenciosa Administrativa, era competente la Sala Civil. Sin embargo, desde noviembre del 2009, se encuentra vigente la modificación al artículo 11 de la Ley 27584⁵, la cual dispone que son competentes para conocer el proceso contencioso administrativo, el Juez Especializado y la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en primer y segundo grado, respectivamente. En los lugares donde no exista Juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente.

Resulta importante que en dicha norma se señale, expresamente, que no proceden las demandas donde se planteen pretensiones distintas que busquen impugnar acuerdos, decisiones o resoluciones en asuntos derivados de la aplicación de la LGSC y sus normas complementarias, ni para suspender, invalidar o inaplicar sus efectos.

2. Competencia del Poder Judicial en procesos constitucionales

El artículo 133.1, dispone que los procesos constitucionales solo puedan iniciarse una vez agotada la vía administrativa previa dentro del procedimiento concursal. La misma norma establece que las excepciones para iniciar un proceso constitucional, sin agotar la vía previa son las previstas en la ahí llamada Ley de Hábeas Corpus y Amparo. En ese sentido, el actual Código Procesal Constitucional, Ley 28237, señala en su artículo 46,

4. ROJAS LEO, Juan Francisco. *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Lima: Ara, 2002. p.84.

5. Dicha modificación se produjo en la Primera Disposición Modificatoria de la Ley 29364.

que en los procesos de amparo no es necesario agotar la vía previa cuando: i) una resolución que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida, ii) por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable, iii) la vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o iv) no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

El artículo 133.1 original, disponía que el órgano jurisdiccional competente que conocía en primera instancia el proceso constitucional en materia concursal, era la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior. Actuaba como segunda instancia, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. La razón de dicha disposición era que se buscaba que las resoluciones judiciales que tengan una incidencia en materia concursal, sean emitidas por órganos colegiados cuya experiencia y recursos les permitan resolver el conflicto de modo que se respeten los principios que regulan la finalidad del procedimiento concursal. Pero, luego el Código Procesal Constitucional, promulgado mediante Ley 28237 del año 2004, dispuso como regla general en su artículo 51 que el Juez competente para conocer, en primera instancia los procesos de amparo es el Juez Civil o Mixto (y el Juez Constitucional en las ciudades donde funcione). La Sala Civil, funciona solo como segunda instancia y, luego, el Tribunal Constitucional como una tercera, a través del recurso extraordinario. Podría pensarse que se aplica todavía el artículo 133.1 inicial de la LGSC por tratarse de una norma especial, pero los jueces peruanos vienen aplicando la regla de competencia general del artículo 51 del Código Procesal Constitucional, por tratarse no solo de una norma posterior del mismo rango, sino porque se considera al Código Procesal Constitucional, como norma especial en materia de procesos constitucionales.

3. Medidas cautelares que suspenden el procedimiento concursal

El artículo 133.2, señala que las medidas cautelares que tengan por objeto suspender o producir

cualquier efecto análogo en los procedimientos concursales regulados en la LGSC, sólo podrán ser ordenadas dentro del proceso contencioso administrativo seguido con arreglo a ley. Sin embargo, dado que este artículo 133.2, dispone expresamente que dichas medidas cautelares solo pueden dictarse en el proceso contencioso administrativo, la pregunta es si pueden dictarse medidas cautelares que suspendan los procedimientos concursales, dentro un proceso constitucional, como una acción de amparo, por ejemplo. Veamos. La finalidad de esta disposición, es evitar que en procesos judiciales distintos al proceso contencioso administrativo, se dicten medidas cautelares que paralicen el procedimiento concursal, por lo que queda claro que no se puede iniciar, por ejemplo un proceso con pretensiones civiles donde se dicte una medida cautelar que ordene dicha suspensión. Sin embargo, justamente por estar dirigido a proteger derechos constitucionales, y al tratarse de un mecanismo que puede ser activado excepcionalmente, en el proceso constitucional sí podrían dictarse medidas cautelares que tengan como objeto la suspensión del procedimiento concursal, si así se protege el derecho constitucional afectado.

Resulta obvio que las llamadas acciones de garantía son procesos, donde se protegen derechos constitucionales. Pero, lo que tal vez no sea obvio para algunos es que en relación al proceso judicial, los ciudadanos cuentan en el artículo 139.3 de la Constitución Política con el derecho a la tutela jurisdiccional, la cual además debe tener la condición de "efectiva", que en la práctica implica satisfacer de modo concreto y oportuno el interés del justiciable. El ciudadano que inicia un proceso judicial no tiene como objetivo final lograr una sentencia favorable; su objetivo es cobrar una suma de dinero, recuperar la posesión de un inmueble, detener una actividad que le genere daños. Una sentencia que declara fundada la pretensión de la demanda, pero, después de un largo proceso donde no se tomaron las precauciones, para que de darse el caso dicha sentencia pueda ser eficazmente ejecutable, es solo un papel inservible para el justiciable, una victoria pírrica. Para que el transcurso del tiempo no convierta

el proceso judicial en una actividad inútil, la medida cautelar se ha convertido en un elemento esencial, para que el justiciable obtenga tutela jurisdiccional efectiva, real, concreta. La medida cautelar es uno de los principales mecanismos, para que el ciudadano vea realmente satisfecha su necesidad una vez que obtenga la sentencia final a su favor. Por ello, resultaría inconcebible permitir en la LGSC, el inicio de un proceso constitucional para cuestionar un acto realizado en sede concursal, pero prohibiendo que el Juez dicte medidas cautelares dentro de dicho proceso, que impliquen la suspensión del procedimiento concursal, si este es el único modo de asegurar la protección del derecho constitucional, una vez que se emita sentencia definitiva. Una interpretación restrictiva sería por eso, a mi juicio, inconstitucional.

Es verdad que antes de la promulgación de la LGSC, se produjeron muchos abusos por parte de deudores y acreedores, quienes encontraron en el proceso de amparo un medio muy flexible para obtener indebidamente la suspensión del procedimiento concursal. Pero, no por ello se va a negar legislativamente la posibilidad de que se dicten medidas cautelares dentro de los procesos constitucionales donde se violen derechos constitucionales en sede concursal. En todo caso, podría establecerse legalmente de modo expreso algo que en sede académica resulta pacífico: sólo debe otorgarse una medida cautelar cuando el justiciable tenga un derecho verosímil. Es decir, cuando mediante resolución motivada, el Juez sostenga que existe una alta probabilidad de que se declare fundada la pretensión de la demanda, bajo responsabilidad.

4. Proceso disciplinario contra actuaciones judiciales contrarias a la ley

En el artículo 133.3, se establece que cuando se inicie un proceso constitucional ante un órgano jurisdiccional incompetente, o cuando se dicte una medida cautelar fuera de los procesos previstos en el artículo 133.2, el INDECOPI deberá poner lo actuado en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura, así como de la Oficina de Control de la Magistratura respectiva,

para que de oficio se inicie el procedimiento disciplinario correspondiente.

Dado el artículo 154.3 de la Constitución Política, una interpretación correcta de la norma, distinta de la literal, sería que el INDECOPI informe de la irregularidad al Consejo Nacional de la Magistratura, solo cuando aquella haya sido realizada por vocales de una Sala de la Corte Suprema de la República. Informará a la Oficina Distrital de Control de la Magistratura (ODICMA) cuando se trate de magistrados de grados menores, quienes actúan como primera instancia administrativa, dentro de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA).

5. Intervención del INDECOPI en los procesos judiciales

Una disposición importante, para efectos procesales es la del artículo 133.4, la cual señala que los procesos judiciales que se inicien con relación a procedimientos regulados por la LGSC, deberán efectuarse con citación a INDECOPI. Esta norma, utiliza el término "citación", lo cual se presta a confusión. En principio, cuando se dispone la citación con la demanda a un sujeto, ello no equivale a un emplazamiento en calidad de parte demandada. Se cita a alguien con la demanda, a fin de que los efectos de la sentencia sean oponibles a dicha persona o entidad, ya que esta al haber tomado conocimiento de la existencia de un proceso que eventualmente la perjudicaría, puede decidir su intervención en el proceso y, por tanto, se le haya respetado el derecho de defensa. Atendiendo a su grado de vinculación con el conflicto, el citado podrá solicitar su intervención como tercero coadyuvante, la integración de la relación jurídica procesal a fin de ingresar como parte etc. Por tanto, el artículo 133.4 está señalando que en los procesos judiciales, donde se discuta en relación a los procedimientos concursales previstos en la LGSC, el INDECOPI debe ser por lo menos citado, a fin de que dicha entidad decida si participa o no en el proceso y la condición jurídica procesal de dicha participación.

Pero hay supuestos en los cuales la relación jurídica procesal, no puede ser entablada válida-

mente si es que INDECOPI es solo citado con la demanda. En aquellos casos donde INDECOPI es parte de la relación jurídica material de conflicto y, por tanto, tiene legitimidad para obrar pasiva, no debe ser citada con la demanda sino más bien emplazada en calidad de parte demandada, con lo cual surge para INDECOPI la carga de su defensa procesal. Este es el caso, por ejemplo, del proceso contencioso-administrativo, donde al impugnarse judicialmente una resolución administrativa emitida por el INDECOPI, dicha entidad forma parte de la relación jurídica material de conflicto y, por tanto, debe ser una de las partes demandadas en el proceso, para que este se desarrolle válidamente.

6. Efectos de procesos judiciales en materia concursal

Imaginemos que estamos en procedimiento concursal ordinario, donde la junta de acreedores desestima la propuesta de conservación empresarial planteada por el deudor y decide optar por la liquidación de éste. O pensemos en los casos en los que la junta de acreedores rechaza la propuesta de acuerdo global de refinanciación de un deudor acogido a un concurso preventivo, donde se solicitó la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones y, por tanto, se dispone su pase a un proceso concursal ordinario que implique la toma de control por la junta de acreedores del patrimonio del deudor concursado y, eventualmente su liquidación. Es en estos supuestos, donde antes de la promulgación de la LGSC, el deudor concursado intentaba, a través de un proceso judicial distinto al contencioso administrativo, obstaculizar los efectos de la decisión sobre su patrimonio⁶. Frente a ello, el artículo 134.1 establece que la presentación de la demanda que de inicio a un proceso constitucional, interpuesta por personas o entidades comprendidas a su propia solicitud en procedimientos regulados en la LGSC, y que suspenda o produzca cualquier efecto análogo en el procedimiento concursal, determina automáticamente y de pleno dere-

cho, el levantamiento de la suspensión de la exigibilidad de obligaciones y el levantamiento de lo indicado en los artículos 17 y 18 de la misma LGSC.

Esta norma, se coloca en el supuesto de los deudores que iniciaron el procedimiento concursal, y que obtuvieron en su momento la suspensión de la exigibilidad de obligaciones (artículo 17) y la protección legal de su patrimonio en materia cautelar (artículo 18). Antes de la vigencia de la LGSC, algunos deudores iniciaban sus propios procedimientos concursales, obtenían entonces los beneficios de la inexigibilidad y la restricción cautelar, y, después, iniciaban procesos judiciales donde a través de medidas cautelares lograban suspender a su vez el procedimiento concursal. Así, obtenían los beneficios de la protección de su patrimonio, pero al mismo tiempo impedían que la junta de acreedores pueda ejecutar decisiones sobre el destino de su patrimonio. Al eliminar de pleno derecho dichos beneficios, en caso de interposición de una demanda que pretenda suspender el procedimiento concursal, la norma genera un desincentivo, para que los deudores no inicien procesos constitucionales, donde puedan suspender el procedimiento concursal, de modo que la autoridad concursal o la junta de acreedores se vean impedidas de continuar con su labor de recuperar los créditos mediante la asignación eficiente de los recursos del deudor concursado.

Por otro lado, el artículo 134.2 dispone que son improcedentes bajo cualquier circunstancia, las solicitudes de medidas cautelares de cualquier tipo, cuyo objeto sea dejar sin efecto el levantamiento de la protección patrimonial y de la suspensión de pagos, prevista en los artículos 17 y 18 de la LGSC. A diferencia del artículo 134.1, este supuesto se presenta frente a cualquier tipo de proceso judicial donde cualquier persona o entidad, pero sobretodo cuando los acreedores, pretendan levantar la inexigibilidad de obligaciones y restricciones cautelares que les impiden realizar la ejecución forzada ordina-

6. Los supuestos han sido tomados de los ejemplos señalados en CARBONELL O'BRIEN, Esteban. *Interpretación de la Ley General del Sistema Concursal Peruano*. Lima: San Marcos, 2008. pp.370-371.

ria del crédito a través de la autoridad judicial, arbitral, coactiva etc.

7. Nulidad de cosa juzgada

Existen casos en los cuales el reconocimiento del crédito se sustentó en una resolución judicial o arbitral que determinaba su existencia y cuantía. Pero, en muchos de estos supuestos estaba detrás un proceso con fraude, donde había un acuerdo entre acreedor y deudor, para que éste se allane a la demanda, sea rebelde o se defienda mal de modo que obtiene una sentencia en contra, pero que se pronuncia dando validez a una deuda inexistente o de cuantía incorrecta. Pocas veces, el Juez o el árbitro tienen información suficiente como para sospechar que detrás de esa apariencia de acuerdo o controversia, hay una intención fraudulenta de las partes. Como señala Rojas Leo, *"la inclusión de créditos por esta vía es dramáticamente peligrosa, pues podría dejar en desventaja a los acreedores que sí son titulares de un crédito real y que han tramitado el procedimiento de reconocimiento de crédito correctamente ante la autoridad concursal"*. Estos casos, pueden alterar indebidamente la composición de la junta de acreedores.

Para permitir corregir esta situación que perjudica a los demás acreedores, el artículo 135.1 señala que la Comisión ante la cual se tramite un procedimiento concursal, está legitimada para iniciar un proceso judicial donde la pretensión sea la nulidad de la sentencia o convenio entre las partes con autoridad de cosa juzgada. Dicha demanda, se presenta cuando la Comisión considere que existen elementos de juicio suficientes que generen dudas acerca de la existencia y origen de los créditos reconocidos en la sentencia o convenio mencionados, presentados como sustento de la solicitud de reconocimiento de créditos en el procedimiento concursal. Esta pretensión, prescribe a los 6 meses de presentada ante la Comisión, la sentencia o convenio con autoridad de cosa juzgada.

En el inciso siguiente la LGSC, establece que con la sola presentación de la demanda se suspenderá de pleno derecho el procedimiento concursal iniciado por el mérito de la sentencia o convenio, así como, el reconocimiento de créditos que se sustenta en dichos documentos y que son materia de cuestionamiento, mientras dure el proceso judicial. Es decir, no es necesaria una medida cautelar que disponga la suspensión del procedimiento judicial. La sola presentación de la demanda, determina que la autoridad concursal suspende el procedimiento concursal y el reconocimiento del crédito correspondiente.

En estos supuestos, la Comisión registrará como contingentes a los créditos objeto de la demanda de nulidad de cosa juzgada, conforme a lo establecido en el artículo 39.5 de la LGSC. Si se declara infundada la pretensión de nulidad de cosa juzgada, el acreedor que se presentó con el crédito cuestionado en el proceso judicial, podrá incorporarse al procedimiento y a las futuras reuniones de junta de acreedores con normalidad.

8. Procedimiento concursal tras ejecución forzada de sentencias

Cuando fue promulgada, la segunda disposición modificatoria de la LGSC, sustituyó el artículo 703 del Código Procesal Civil por una nueva regulación. El primer supuesto, se presentaba cuando al expedirse sentencia que declaraba fundada la pretensión en primera instancia, el acreedor desconocía la existencia de bienes de propiedad del deudor, pero este no estaba sometido a procedimiento concursal alguno. En este caso, el acreedor demandante podía solicitar que se le requiera, para que dentro del quinto día señale bienes libres de gravámenes o parcialmente gravados, cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente, para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución. El apercibimiento emitido por el Juez consistía en que, en caso de

7. ROJAS LEO, Juan Francisco. Op.Cit.; pp.368-369.

incumplimiento del deudor frente al requerimiento, se declaraba la disolución y liquidación del deudor.

La misma norma señalaba que cuando existía sentencia definitiva, concluiría el proceso, sea este ejecutivo o de conocimiento en cualquier de sus vías procedimentales, y el Juez remitía copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI o

a la Comisión Delegada que fuera competente. Dicha Comisión, conforme a la LGSC, procedía a publicar dicho estado y continuar con el procedimiento establecido.

Toda esta regulación, prevista en el artículo 703 del CPC fue, finalmente derogada por completo, a través de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1069 del año 2008.

