

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POST GRADO**

**EL DESAPODERAMIENTO INMEDIATO DEL DEUDOR
CONCURSADO**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

**AUTOR: ALDO R. BIANCHINI AYESTA
ASESORA: JESSICA VALDIVIA**

**LIMA – PERÚ
2014**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
SECCIÓN I: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	7
1. La ley procesal de quiebras: El síndico de quiebras.....	12
2. La ley de reestructuración empresarial: Un cambio de rumbo hacia la “desjudicialización” de la administración del deudor.....	19
3. La ley de reestructuración patrimonial: Reforzamiento de la “desjudicialización” del concurso. Eliminación de la quiebra y liquidación judicial como opciones de destino de la empresa.....	30
4. La regulación vigente.....	35
4.1 La ley general del sistema concursal.....	35
4.2 La ley especial para los clubes de fútbol: El administrador temporal como forma de intervención “absoluta” en la administración del deudor.....	39
SECCIÓN II: EL DESAPODERAMIENTO INMEDIATO DEL DEUDOR CONCURSADO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	45
1. España.....	45
1.1 El administrador concursal. Características y funciones.....	51
1.2 Clases de desapoderamiento.....	55
1.2.1. Concurso voluntario: Desapoderamiento “relativo”.....	56
1.2.2. Concurso necesario: Desapoderamiento “absoluto”.....	61
1.3 Facultades discrecionales del juez del concurso.....	64
2. Argentina.....	67
2.1 El concurso preventivo: El síndico como “interventor”.....	71
2.2 La quiebra: Desapoderamiento absoluto en favor del síndico.....	76
2.3 Figura intermedia: El coadministrador.....	79
3. Estados Unidos.....	81
3.1 The Bankruptcy Code.....	81
3.2 Chapter 11: Proceso de reorganización. El “U.S. Trustee” y el “Bankruptcy Administrator”.....	83
3.3 Chapter 7: Proceso liquidatorio. La figura del “Case Trustee”.....	91

SECCIÓN III: NECESIDAD DE INCORPORAR AL SISTEMA CONCURSAL PERUANO UN RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN “CONTROLADA” DEL DEUDOR CONCURSADO HASTA LA INSTALACIÓN DE LA JUNTA DE ACREEDORES.....	96
1. Justificación.....	96
2. Mecanismos actuales de “control patrimonial” del deudor concursado.....	105
2.1 Ineficacia de actos de disposición realizados durante el “período de sospecha”.105	
2.1.1. Compatibilidad del instituto con precedentes administrativos sobre celeridad en procedimientos concursales.....	112
2.2 Información sobre situación patrimonial del deudor.....	116
3. Ventajas de introducir un régimen de desapoderamiento inmediato.....	118
3.1 Control <i>ex – ante</i> de actos de disposición patrimonial.....	119
3.2 Fiscalización anticipada de gestión del deudor.....	120
3.3 Aprovechamiento de la administración original.....	121
3.4 Desapoderamiento subsidiario.....	122
3.5 Temporalidad.....	122
3.6 Registro ya existente de entidades administradoras ante el Indecopi.....	124
3. “Menú de opciones” para una administración temporal.....	127
3.1 Régimen de administración temporal “mixta” con administración original	130
3.2 Régimen de administración temporal “pura”: Desapoderamiento total.....	131
3.3 Régimen de administración “supervisada”: El procedimiento concursal preventivo y la figura de los “veedores”.....	134
CONCLUSIONES.....	137
BIBLIOGRAFÍA.....	140

INTRODUCCIÓN

El trabajo de la presente investigación se divide en tres secciones. La primera parte buscará responder a la pregunta de por qué nuestra legislación, que hasta el año 1992 mantuvo pacíficamente la figura del desapoderamiento inmediato del deudor concursado, eliminó a partir de esa fecha dicha figura de los procedimientos concursales. Esta respuesta debe entenderse en el contexto de una legislación anacrónica y desfasada – la Ley Procesal de Quiebras – que, lejos de ofrecer un marco normativo propicio para la tutela del interés de los acreedores, privilegiaba la actuación de otros agentes como el síndico de quiebras que, al derivar su nombramiento del Juez, no adecuaba su conducta a la protección de la masa sino, en muchos casos, en su perjuicio y en función de su propio interés, sin estar sujeto a fiscalización alguna de su gestión. Este acentuado desprestigio de la administración judicial de la quiebra, sumados a otros factores no menos importantes, justificaron que, desde el año 1992 en adelante, el desapoderamiento inmediato (judicial) cediera ante la denominada “desjudicialización” o “administrativización” de los procesos concursales, así como a la “privatización” de las decisiones sobre el destino de la empresa concursada, todo ello presidido por la idea de que el nuevo esquema legal promoviera, hasta donde fuera posible, la reestructuración patrimonial del deudor y no su salida del mercado. Finalmente, la sección concluye con el análisis del régimen concursal excepcional de los clubes de fútbol vigente desde 2012 hasta la fecha, el cual restituye la figura de la administración temporal pero lo limita a dicho supuesto específico.

La segunda parte tendrá por objeto dar una revisión a la legislación comparada que regula en cuatro países la figura de la administración temporal del deudor concursado: España, Argentina y Estados Unidos de Norteamérica. La legislación concursal española, por tener uno de los mejores índices de recuperación de créditos en sus procesos según información publicada en el ránking 2013 de Doing Business y compartir nuestra tradición jurídica; la legislación argentina tiene una tradición jurídica y realidad económica similares a la nuestra; y finalmente la regulación norteamericana de la insolvencia que, además de tener uno de los más altos índices de recuperación de

créditos de acuerdo con el citado ránking, da cuenta de una realidad económica de avanzada que es preciso considerar para el presente trabajo. El análisis de estos regímenes comparados de insolvencia nos permitirá identificar puntos comunes entre uno y otro respecto del desapoderamiento inmediato del deudor que, más allá de la diversa estructura y organización que se da en cada país a sus procedimientos concursales, demuestran la necesidad de requerir la intervención, en mayor o menor grado, en la administración del deudor para resguardar su patrimonio en beneficio de sus acreedores.

Los puntos en común de todas las legislaciones antes señaladas confluyen en una misma dirección: el deudor concursado debe ser desapoderado de la gestión y administración de su patrimonio en todos los procedimientos concursales, con independencia de la naturaleza de cada uno de ellos. Aunque aquí es necesario puntualizar un tema de suma importancia para la consecución del objetivo del presente trabajo: la intensidad de la intervención en la administración del deudor no es la misma en cada ordenamiento y, sobre todo, en relación con cada procedimiento en particular. En los marcos legales que propician esquemas reorganizativos de la empresa en crisis como, por ejemplo, el concurso preventivo argentino, el concurso voluntario español o el proceso regido bajo el Chapter VII del Bankruptcy Code, la figura utilizada es la de un “desapoderamiento atenuado” cuyo elemento común es que el deudor no pierde el control de su empresa (“*debtor in possession*”) pero está sometido a estrictos controles en su gestión, que van desde suministro periódico y obligatorio de información hasta la incorporación de interventores que fiscalizan *in situ* a los administradores. Mientras que en los procesos de vertiente esencialmente liquidatoria (o comúnmente conocidos como de quiebra) el desapoderamiento en tales ordenamientos es total una vez iniciado el concurso, siendo el síndico de quiebras quien cumple un rol determinante al asumir en forma exclusiva, a partir de ese momento, la administración y disposición del patrimonio del fallido.

La tercera parte estará dedicada a demostrar las razones por las cuales se propone la implementación del desapoderamiento inmediato del deudor como la mejor alternativa de protección patrimonial de los acreedores en los procesos concursales frente a actos de disposición del propio deudor. Este análisis parte, en primer lugar, de la constatación de la insuficiencia de la regulación actual sobre la materia, específicamente el régimen

de ineficacia de actos del deudor realizados durante el denominado “segundo período de sospecha”, la suspensión de exigibilidad de obligaciones y marco de protección legal del patrimonio frente a ejecuciones individuales de los acreedores y el deber por parte del deudor de brindar información sobre su situación económica y financiera al inicio del procedimiento. Luego se determinará la eficiencia de la alternativa propuesta considerada en sí misma, es decir, como un resultado de un análisis costo-beneficio de su implementación. Finalmente, se propondrá una especie de “menú de opciones” de intervención en la administración del deudor para la autoridad concursal al inicio del procedimiento, en base a dos consideraciones principales: la primera, la presencia de altos costos de transacción representados básicamente por situaciones económicas “terminales” como el estado de liquidación del deudor desde el inicio del procedimiento o la falta absoluta de información sobre su situación económica y financiera por la ausencia de una conducta cooperativa del deudor en ese sentido, justificándose en ambos supuestos un régimen de desapoderamiento total del deudor; la segunda, la constatación de que, en aquellos casos en donde resulte posible por una conducta cooperativa del deudor, resulta valioso conservar en todo o en parte sus órganos originales de administración por el conocimiento y manejo que estos tienen del negocio, limitándose en estos casos la intervención a un régimen de administración mixta o, como en el caso del procedimiento concursal preventivo, a un sistema de veedores o contralores de la actividad económica del deudor.

El planteamiento de esta línea de argumentación tiene por propósito respaldar la hipótesis planteada; esto es, que es necesario introducir a nuestro sistema concursal la figura del desapoderamiento inmediato del deudor por ser la alternativa más eficaz para garantizar la intangibilidad del patrimonio sometido a concurso hasta que la junta de acreedores tome el control del proceso. Lo que se pretende en resumen es, tomando en cuenta nuestra experiencia legislativa previa y vigente, así como los aportes del derecho comparado, ofrecer una solución al problema detectado acorde con nuestro sistema concursal, caracterizado por la desjudicialización de sus procedimientos y por la privatización de las decisiones empresariales para la recuperación de los créditos.

SECCIÓN I: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El Derecho Concursal ha sido concebido a lo largo del tiempo por todos los ordenamientos jurídicos nacionales, en mayor o menor grado dependiendo del estado de su evolución histórica, como un régimen de excepción. Esto porque, con independencia de la forma en la que se manifieste la crisis patrimonial que justifica la necesidad de su existencia – sea como cesación generalizada de pagos o a través de un estado de insuficiencia patrimonial –, es un derecho de “crisis” empresariales que busca solucionar el fenómeno patológico de la insolvencia, frente al cual resultan insuficientes los mecanismos comunes que, por una parte, el Derecho ofrece a los acreedores para la tutela de sus derechos de crédito¹ y, por otra parte, aquellos de los que normalmente dispone la empresa para superar sus dificultades financieras y económicas.²

En efecto, es la específica crisis económico – financiera de las empresas denominada “insolvencia” la que determina el objetivo, finalidad, diseño e impactos de todo sistema concursal. Incluso es el riesgo mismo de insolvencia el que también condiciona, aunque de manera indirecta, la configuración del llamado “Derecho de la para-insolvencia” o de prevención de crisis, puesto que su existencia tiene por objeto precisamente evitar que una situación pasajera de crisis financiera de la empresa se convierta en un potencial estado de insolvencia.

De acuerdo con la doctrina especializada en la materia, podemos definir a la insolvencia

¹ Como mecanismos típicos de ejercicio de esta clase de derechos subjetivos están los procedimientos judiciales y extrajudiciales de cobro y ejecución individual del patrimonio del deudor e incluso de terceros, este último caso tratándose de la ejecución de garantías personales y reales constituidas en respaldo de las obligaciones del deudor.

² Por mecanismos “comunes” a los que las empresas pueden recurrir de modo unilateral para superar sus dificultades económicas y financieras, entendemos a todos aquellos instrumentos de contenido económico y con reconocimiento legal tendientes a dicha finalidad, como por ejemplo operaciones de aumento y reducción de capital, financiamiento de socios o accionistas o en mercados bursátiles, apalancamiento bancario e, incluso, procedimientos privados de salida del mercado como la disolución y liquidación acordada al amparo de la Ley General de Sociedades.

como la incapacidad patrimonial de la empresa para afrontar, en forma temporal o definitiva, el pago de sus obligaciones³, siendo sus manifestaciones típicas la cesación de pagos y la insuficiencia o desbalance patrimonial. Ahora bien, este tipo de crisis patrimonial puede tener un fuerte impacto no solo entre los actores directamente involucrados en ellas (el deudor y sus acreedores), sino sobre terceros e, incluso, podría terminar afectando el funcionamiento económico de la sociedad.

Esta severa crisis económico – financiera (o su ocurrencia probable o inminente) que afecta a la empresa deudora, a sus acreedores e incluso a terceros directa o indirectamente involucrados en ella, justifica plenamente la instauración de un procedimiento colectivo de cobro excepcional que procure, a bajos costos de transacción, maximizar el patrimonio del deudor con miras a la mayor satisfacción posible de los acreedores comprendidos en dicho procedimiento. La solución excepcional a un problema de las implicancias económicas antes apuntadas es la que conocemos como concurso, denominación que consideramos conceptualmente la más acertada pues comprende todas las modalidades de tratamiento legal de insolvencias y prevención de las mismas.

Pero la definición de la insolvencia y la justificación de su tratamiento excepcional por el ordenamiento jurídico, si bien son elementos fundamentales como puntos de partida del presente análisis, no bastan para entender a cabalidad la problemática que plantea el régimen concursal. Tan importante como ellos resulta determinar cuál es el objetivo y finalidad del sistema concursal, en este caso el consagrado por el ordenamiento jurídico peruano. En buena cuenta, se trata de saber, más allá del carácter instrumental del proceso concursal como mecanismo excepcional de solución de crisis empresariales, qué es lo que busca proteger el sistema concursal y de qué forma se estructura el procedimiento colectivo de cobro en procura de esa tutela.

La evolución histórica nos demuestra que, a lo largo de las diversas etapas de desarrollo de esta disciplina jurídica y sin perjuicio de su concreto ámbito de aplicación en cada una

³ Cfr. FERRERO, Alfredo. “Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial”. En : *Revista de Derecho* N° 47. Lima, 1993, p. 390; ECHEANDÍA CHIAPPE, Luis Francisco. “Sobre insolvencias, insolventes y formas de enfrentar una crisis”. En: *Gaceta Jurídica Editores – Edición Especial*. Tomo N° 57 (agosto 1998), p. 39; FLINT, Pinkas. *Tratado de Derecho concursal*. Grijley 1era. Edición, Lima, 2003, p. 48; ESCUTI, Ignacio y Francisco Junyent Bas. *Derecho Concursal*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 48; y TONÓN, Antonio. *Derecho Concursal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 18 y 19.

de ellas, puede identificarse un factor común a todas ellas: la recuperación del crédito. Desde el antiguo Derecho de Quiebras concebido en principio como fuero privativo de los comerciantes, hasta las más modernas corrientes normativas que atribuyen a la empresa el rol protagónico como sujeto necesitado de la tutela concursal bajo esquemas esencialmente reorganizativos, es indudable que la regulación jurídica de los fenómenos de la insolvencia y quiebra siempre han apuntado, siquiera sea como su efecto inmediato, a satisfacer los derechos de crédito de los acreedores hasta donde lo permita el patrimonio del deudor.

Desborda ampliamente el objeto de estudio propuesto a través del presente trabajo el desarrollo de un análisis histórico de la evolución de los sistemas concursales y de los objetivos y finalidades perseguidos con cada uno de ellos. Basta con señalar en este punto que la protección del crédito siempre ha sido, si no el único, por lo menos uno de los objetivos trazados por las legislaciones a lo largo del tiempo, cuya permanente presencia se explica, en principio, por la naturaleza de procedimiento colectivo de pago de acreencias propia de todo proceso concursal.

Si bien el objetivo prevalente de cada ordenamiento concursal puede depender ya sea de la filosofía del ordenamiento jurídico concursal del país que se trate o de la visión de la crisis empresarial que pueda tener cada estudioso de la materia, somos de la opinión que la protección del crédito es el objetivo primordial que debería perseguir todo sistema concursal. Esto porque un régimen legal que provea a los acreedores de las herramientas procedimentales más adecuadas para maximizar el valor de una empresa insolvente o en peligro de caer en esa situación es el que se encuentra en mejores condiciones de satisfacer sus derechos de crédito y, de esa forma, generar mayor confianza a los agentes del mercado en sus operaciones económicas y financieras al reducirles de modo sustancial el alto costo de transacción que para ellos normalmente supone la incertidumbre de recuperar sus acreencias en un escenario de concurso.

Pero tampoco debe perderse de vista que el “cómo” se implementa el mecanismo excepcional del cobro colectivo de acreencias determina, en buena medida, el mayor o menor éxito en la consecución del objetivo que busca tutelar. De nada servirá entonces si, pese a ser consagrado expresamente como el objetivo rector del sistema, la protección del crédito no encuentra su debido correlato en las instituciones y principios sobre los cuales se asienta e inspira la regulación de los procedimientos concursales. Y aquí podemos apreciar en toda su dimensión la importancia de la “instrumentalidad” del

Derecho concursal: si el medio que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los agentes económicos afectados con la crisis empresarial no es idóneo o resulta insuficiente para el logro de su cometido, los efectos perniciosos no tardarán en aparecer, sea como una “agonía” indefinida del estado de cesación colectiva de pagos que vaya reduciendo inexorablemente las posibilidades de recuperación de los créditos, o propiciando que solo algunos agentes intervinientes en el concurso se valgan de esta situación para obtener indebidamente ventajas económicas a costa de los demás participantes del proceso.

En el Perú, más allá de los sucesivos cambios legislativos producidos durante los últimos años, la protección del crédito se ha constituido en el objetivo rector de nuestro sistema concursal. Sin embargo, los diversos mecanismos procedimentales y el rol de dirección de los mismos sí han sido objeto de marcadas diferencias en cuanto a la regulación de sus efectos y alcances.

Desde el año 1992, nuestro sistema concursal ha apostado por “desjudicializar” los procesos concursales y, de manera simultánea, ha empoderado a los acreedores como los sujetos que, a través de la junta como su máximo órgano representativo, asumen la responsabilidad de decidir cuál será el tratamiento del patrimonio concursado que permita superar o evitar la situación de insolvencia, en tutela de sus propios intereses patrimoniales. Este cambio de “filosofía” ha ido de la mano con el traspaso de las funciones de tramitación y supervisión del proceso a la autoridad administrativa, la cual reserva su intervención a un rol de ente facilitador del marco de negociación necesario para que el deudor y sus acreedores puedan, a bajos costos de transacción, encontrar la solución a la crisis patrimonial que procure la mayor recuperación posible de los créditos.

Este giro radical en la conducción del proceso concursal se ha visto reflejado de igual modo en la estructuración del procedimiento. Nuestro marco normativo vigente permite diferenciar dos etapas plenamente definidas: una en la que la dirección del proceso recae en la autoridad administrativa, a quien compete verificar y declarar la situación de concurso del deudor, así como reconocer los créditos de los acreedores para su incorporación a la junta; la otra empieza a partir del momento en el que la junta de acreedores se instala para tomar control efectivo del proceso concursal.

¿Pero qué ocurre entretanto con la gestión y administración del patrimonio concursado? Aquí podemos advertir que el rol de la autoridad concursal se desenvuelve en un plano

estrictamente procedimental, siempre supeditado a la toma de control de los acreedores: en la primera fase la autoridad administrativa se convierte en actor protagónico por la intensa actividad procesal que desarrolla a fin de “preparar” el escenario para empoderar a los acreedores, pero al mismo tiempo se inhibe en absoluto de intervenir en la administración del deudor pues decide “esperar” a la instalación de la junta de acreedores para que sea este órgano deliberativo quien tome una decisión de esa naturaleza.

El que la autoridad administrativa no intervenga necesariamente en la gestión patrimonial del deudor concursado desde el inicio del procedimiento no es una situación que estemos en condiciones de rechazar como una cuestión de principio; podría aducirse incluso que obedece a la filosofía de nuestro sistema concursal. Pero lo que sí concita nuestra atención es el hecho que nuestro ordenamiento vigente consagre, como regla absoluta, la total y libre disponibilidad del deudor sobre sus bienes hasta la fecha de instalación de la junta de acreedores, no obstante su condición pública de concursado.

Como podrá apreciarse del análisis que se desarrolla en la presente sección, la evolución legislativa peruana en materia concursal desde 1992 hasta la fecha nos muestra que, a excepción del régimen especial previsto para los clubes de fútbol, el manejo y gestión del patrimonio objeto del concurso siga en manos del deudor hasta que la junta de acreedores se instale y pueda estar en condiciones de decidir si “desapodera” o no al deudor de la administración de su patrimonio, situación diametralmente opuesta a la que se presentaba durante la vigencia de la Ley Procesal de Quiebras, en la que el inicio del procedimiento judicial de quiebra aparejaba el desapoderamiento automático del patrimonio concursado, el cual pasaba a ser administrado por un funcionario designado por el Juez, el Síndico de Quiebras.

Las líneas que siguen a continuación buscarán explicar por qué nuestro sistema concursal experimentó este drástico cambio en relación con la oportunidad del desapoderamiento del deudor concursado. En nuestra opinión, el análisis expuesto demostrará que la legislación concursal peruana de los últimos veinte años, si bien ha introducido mejoras sustantivas orientadas a facilitar a los acreedores instrumentos procedimentales idóneos para maximizar el valor del patrimonio del deudor en aras de la recuperación de sus créditos, adolece de un “vacío” en cuanto al desapoderamiento inmediato del deudor que conspira en contra del logro de la finalidad antes descrita.

1. La ley procesal de quiebras: el Síndico de Quiebras.

La Ley N° 7566, Ley Procesal de Quiebras, que entró en vigencia en el año 1932 supuso, en su momento, un cambio sustantivo en relación con su norma predecesora, el Código de Comercio. El aún entonces denominado “Derecho de la quiebra” pasó de ser un fuero exclusivo de los comerciantes a regular las crisis de pagos de todos los agentes económicos sin distinción.

La nueva norma tenía una tendencia marcadamente procesalista y liquidatoria⁴. Basado fundamentalmente en el “método de mercado”⁵, el procedimiento judicial de quiebra tenía por finalidad realizar todos los bienes del deudor concursado para pagar a sus acreedores.⁶

Una consecuencia importante de la orientación procedimental antes apuntada es que la norma bajo comentario estableció como supuesto de hecho determinante y exclusivo para declarar el estado de quiebra el incumplimiento de las obligaciones del deudor. En ese sentido, el articulado de la ley no exigió, como regla general, un tipo “cualificado” de incumplimiento, bastando la verificación de la falta de pago de cualquier obligación sin importar la magnitud que dicho incumplimiento podía representar respecto del total de pasivos del deudor.⁷

⁴ En palabras de Andrés León Montalbán, “(...) para que la institución llene su cometido, tienen que establecerse los medios, o mejor dicho las acciones, que asegurarán la realización de los fines a que responde el ordenamiento jurídico de la quiebra. Por eso decíamos anteriormente, que en su aspecto jurídico la quiebra tiene un marcado carácter procesal.” LEÓN MONTALBÁN, Andrés. “Aspecto jurídico de la quiebra”. En: Revista de Derecho PUCP. N° 9. (1949), p. 32.

⁵ Según este método, todos los deudores en quiebra están en la misma situación y, por tanto, lo que corresponde es instaurar un proceso judicial orientado exclusivamente a la liquidación de los bienes del deudor para pagar a sus acreedores con el producto de venta de los mismos. Sobre el particular, cfr. Ferrero, Alfredo. Op. Cit., p. 385.

⁶ **LEY N° 7566, Artículo 1.-** El juicio de quiebra tiene por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley.

⁷ **LEY N° 7566, Artículo 11.-** El deudor comerciante deberá solicitar la declaración de quiebra antes de que transcurran quince días desde la fecha en que haya cesado en el pago de su obligación mercantil.

Artículo 13.- Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaratoria de quiebra en los siguientes casos:

1° Cuando el deudor comerciante sobresee en el pago corriente de sus obligaciones; (...)

Como podemos advertir, este “punto de partida” fijado por la Ley Procesal de Quiebras prescindía en absoluto de un verdadero “diagnóstico” sobre los alcances de la crisis patrimonial del deudor potencialmente expuesto a la declaración de quiebra. Por el contrario, privilegiaba la acción individual inmediata de cada acreedor para promover el juicio de la quiebra, con independencia de si el deudor emplazado tuviera o no la solvencia necesaria para afrontar el pago de sus obligaciones o si solo atravesara dificultades temporales de iliquidez.

Así, el procedimiento judicial de quiebra se convirtió, desde su inicio, en un instrumento “ideal” para propiciar la salida del mercado de los deudores. Ello porque, al condicionar el inicio de dicho procedimiento solo a la cesación inmediata de pagos sin considerar si la misma derivaba o no de un estado de insolvencia, incentivó el uso de ese esquema procedimental por parte de los acreedores como un poderoso mecanismo de presión al deudor para el cobro individual de sus créditos, situación que conducía inevitablemente hacia el riesgo inminente de un real estado de quiebra, en la medida que el deudor tuviese que enfrentar simultáneamente – y sin éxito – las solicitudes individuales de cada uno de sus acreedores.

Una vez declarado el estado de quiebra, el deudor fallido era desapoderado automáticamente de la administración y disposición de su patrimonio.⁸ A partir de esa fecha, quien asumía esas funciones era el síndico departamental de quiebras, funcionario designado por el Juez a cargo del proceso y cuyas principales funciones consistían, básicamente, en tomar posesión de los bienes y acervo documentario del quebrado para, con plena representación legal de este y en tutela del interés de la masa de acreedores, ejecutar todas aquellas acciones tendientes a realizar los activos y obtener los recursos necesarios para pagar los créditos.⁹

⁸ **LEY N° 7566, Artículo 43.-** Desde que se declara el estado de quiebra, el fallido queda privado del derecho de administrar sus bienes presentes, salvo los que sean inembargables conforme a ley.

Artículo 44.- El desapoderamiento no transfiere la propiedad de los bienes del fallido a sus acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta hacerse pago de sus créditos.

⁹ **LEY N° 7566, Artículo 27.-** El auto que declara la quiebra comprenderá las disposiciones siguientes:
(...)
2. La orden para que el Síndico se incaute de todos los bienes, libros y papeles del deudor, bajo de inventario, y para que se le preste con tal fin el auxilio de la fuerza pública. (...)

Bajo la lógica liquidatoria y sancionatoria de la Ley Procesal de Quiebras, el desapoderamiento inmediato del deudor en favor del síndico era una consecuencia que podemos llamar casi hasta “natural”: la declaración del estado de quiebra suponía la “muerte patrimonial” del deudor, situación que evidenciaba su fracaso en gestionar su negocio y bienes, por lo que se hacía necesario trasladar la administración de su patrimonio a un tercero que pudiera realizarlo a fin de pagar a sus acreedores. Se presumía, en buena cuenta, la incapacidad económica y financiera – no civil – del fallido en poder continuar manejando con solvencia su universo patrimonial¹⁰.

Si bien la conducción del proceso era detentada, al menos formalmente, por el Juez, en la práctica era el síndico quien manejaba el destino patrimonial del deudor fallido¹¹. Su nombramiento derivaba directa y exclusivamente del Juez de la Quiebra y, salvo que fuese removido por este por cometer faltas muy graves merecedoras de responsabilidad civil y penal¹², el ejercicio de sus funciones como administrador y liquidador de la masa se volvía virtualmente permanente.

Artículo 45.- La administración de los bienes del fallido corresponde al Síndico y, en consecuencia, el fallido no podrá comparecer en juicio como demandante ni demandado, pudiendo aceptarse su intervención como coadyuvante a la defensa.

Artículo 132.- Corresponde al Síndico:

- 1° Actuar en resguardo de los intereses de la masa o del fallido en juicio o fuera de él, con plena representación del fallido y de los acreedores;
- (...)
- 3° Exigir del fallido le suministre los conocimientos que conceptúe necesarios para el mejor desempeño de su cargo, y le entregue sus libros, papeles y documentos;
- (...)
- 8° Recibir bajo inventario los bienes de la quiebra y administrar conforme a ley;
- (...)
- 17° Realizar los bienes de la quiebra; (...)

¹⁰ Bajo esta concepción, el desapoderamiento del fallido a favor del Síndico fue concebido como un instrumento necesario de protección de los acreedores. En ese sentido, cfr. SÁNCHEZ PALACIOS, Manuel. *Ley Procesal de Quiebras*. San Marcos, Lima, 1958, p. 31; SERRANO, Marcos Andrés. *El síndico de la quiebra*. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1984, p. 47 y 66; GONZÁLES CUETO, Rosario y CHÁVARRI GARCÍA, José. *Cobro de acreencias a personas fallidas*. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1976, p. 35, 52-53.

¹¹ Manuel Sánchez Palacios anotaba lo siguiente: “ (...) el síndico lo es y lo hace todo. El papel del juez es secundario. Declara la quiebra y señala el orden de los pagos, fuera de otras decisiones de menor importancia. De manera que el síndico no es el auxiliar del juez, sino el que, dentro del procedimiento, lo hace casi todo y sin control efectivo de nadie. (...)” SÁNCHEZ PALACIOS, Manuel. *Idem*, p. 71. En la misma línea, GONZÁLES CUETO, Rosario y CHÁVARRI GARCÍA, José. *Ibidem*.

¹² El artículo 139 de la Ley señalaba que los síndicos o sus representantes que fueran removidos por causas graves, quedaban inhabilitados perpetuamente de ejercer el cargo de Síndico.

La Ley no dotó a los jueces de la quiebra de facultades de fiscalizar de modo continuo y al detalle la gestión del síndico. Más allá de la posibilidad de removerlo por falta grave con implicancias civiles y penales, la norma en cuestión solo exigía al citado funcionario la presentación mensual de una “cuenta” de su administración, sin precisar el contenido mínimo de la información que debía contener dicho reporte.¹³

Como regla general, la junta de acreedores que se conformaba luego de la declaración de quiebra no podía sustituir al síndico.¹⁴ Si bien la Ley les confería la posibilidad de decidir la continuación de las actividades del quebrado, este acuerdo debía ser aprobado por unanimidad de todos los acreedores y el síndico continuaba ejerciendo la administración del patrimonio del fallido.¹⁵ En caso de proseguirse el curso regular del proceso de quiebra, la norma otorgó a la junta, como máxima atribución de control de la gestión del síndico, la posibilidad de determinar la forma en la que dicho funcionario debía administrar y realizar los bienes de la masa.¹⁶

Por último, el síndico también se encontraba facultado para continuar provisionalmente la actividad económica del quebrado.¹⁷ Si bien la norma se cuidaba de precisar que esta continuación de actividades solo debía estar orientada a ejecutar aquellos actos

¹³ **LEY N° 7566, Artículo 135.-** El Síndico presentará mes a mes la cuenta de su administración ante el Juez de la quiebra, y a la cámara de Comercio del lugar.

¹⁴ La Ley contempló la posibilidad de que los acreedores pudiesen proponer la celebración de convenios judiciales de pago cuya ejecución era supervisada por un interventor designado por la junta, así como convenios extrajudiciales para la liquidación del patrimonio del deudor bajo la conducción de una comisión liquidadora también designada por los propios acreedores. Sin embargo, el intrincado y exigente sistema de mayorías previsto para la aprobación de tales acuerdos, sumado a que para la aprobación de los convenios extrajudiciales se requería, en defecto de la unanimidad de los acreedores, la participación necesaria de instituciones como las Cámaras de Comercio, la Superintendencia de Banca o el Banco Central de Reserva, hicieron poco atractivo el uso de estos mecanismos de cobro colectivo alternativos a la quiebra.

¹⁵ **LEY N° 7566, Artículo 87.-** Dos o más acreedores que posean más del mitad del total del pasivo de la quiebra, podrán acordar la forma de administración y de realización de los bienes a que debe sujetarse el Síndico, ampliando o restringiendo sus facultades; (...)

¹⁶ **LEY N° 7566, Artículo 88.-** Sólo la unanimidad de los acreedores podrá autorizar al Síndico para continuar efectivamente el giro del fallido, con cuyo fin determinarán los objetos a que se extiende la autorización, su duración y las demás condiciones de dicho giro. (...)

¹⁷ **LEY N° 7566, Artículo 133.-** En la continuación provisional del giro de la fallida, el Síndico sólo podrá ejecutar los actos que tienden a facilitar la realización y preparar la liquidación: en ningún caso podrá emprender especulaciones, ni ejecutar operaciones que importen la continuación ejecutiva del giro de la fallida.

necesarios para la realización de los activos de la masa, en los hechos la poca o nula supervisión ejercida por el Juez de la quiebra sobre dicho funcionario¹⁸, sumada a la impotencia virtual que el diseño legal del procedimiento imponía a los acreedores para fiscalizar o evitar este tipo de prácticas, propiciaba que el síndico pudiera prolongar indefinidamente el proceso de quiebra continuando el desarrollo de las actividades empresariales del deudor, percibiendo para tal efecto una retribución estable por sus “servicios” de liquidación, pero a expensas de mantener insatisfechas las expectativas de cobro de los acreedores.

En sus sesenta años de vigencia (desde 1932 hasta 1992), la rígida y desfasada estructura y vocación procedimentalista y liquidatoria de la Ley Procesal de Quiebras, así como esa especie de otorgamiento de “carta blanca” al síndico de quiebras sin fiscalización efectiva de su labor, demostraron que esa norma, en vez de convertirse en un instrumento eficaz de recuperación de créditos, resultó más bien un serio obstáculo para el logro de dicho objetivo.

Al respecto resultan sumamente ilustrativas las reflexiones efectuadas sobre el particular por Manuel Sánchez Palacios:

“ (...) La sindicatura única, ventajosamente lucrativa, estimula ambiciones que solo lograrán satisfacer, no siempre los más aptos ni los más capaces, sino los más influyentes. Esto mismo les da tal aureola de poderío que se llegan a sentir heridos ante la intromisión de un acreedor por justo que sea su reclamo. Su autoridad tiende al abuso, sabiendo como lo veremos en el curso de este capítulo, que nadie los controla; que por lo mismo, nada les puede pasar; y disponen soberanamente de la masa sin control efectivo, desnaturalizando la finalidad del juicio de quiebra que tiende a tutelar, administrar los bienes, para venderlos en las mejores condiciones y cumplir las obligaciones del quebrado. (...)”¹⁹

¹⁸ Como bien afirma Ricardo Nugent, la sola atribución de responsabilidad civil y penal a los síndicos por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, así como la presentación de cuentas generales de su administración al finalizar sus funciones, no podían ser considerados auténticas medidas de control de la gestión de dichos funcionarios, pues el objetivo de implementar estas últimas es el de vigilar, fiscalizar e impedir la realización de conductas indebidas, no el sancionar – muchas veces simbólica y tardíamente – las mismas una vez consumados los hechos lesivos a la masa concursal. NUGENT, Ricardo. *Derecho de quiebra*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho privado, editada por la Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1960, p. 128.

¹⁹ SÁNCHEZ PALACIOS, Manuel. Op. Cit., p. 72.

Como lo apunta con acierto la cita precedente, la casi discrecionalidad absoluta con la que el síndico de quiebras ejercía sus funciones lo convertía en el protagonista principal de los procedimientos de quiebra, pero en claro perjuicio de los intereses patrimoniales de la masa de acreedores intervinientes en el concurso. Lamentablemente, ese rol protagónico era favorecido por la deficiente e incluso inexistente regulación en muchos aspectos de la Ley Procesal de Quiebras sobre la institución del síndico como órgano auxiliar de justicia del Juez²⁰.

En primer lugar, siguiendo a Ricardo Nugent, la norma bajo comentario no exigía que el síndico tuviera título profesional, hecho que en la práctica obligaba a que dicho funcionario tuviera que contratar siempre a contadores y abogados para el cabal desempeño de su función, gastos que, al tener que ser cargados a cuenta de la masa concursal, terminaban disminuyendo aún más el patrimonio del deudor fallido en perjuicio de sus acreedores.²¹

En segundo lugar, se criticó mucho la estructura unipersonal del cargo de síndico, la cual facilitaba la actuación arbitraria de este funcionario en los procedimientos de quiebra. Asimismo, el procedimiento de designación de los síndicos, al no contemplar limitaciones profesionales ni temporales para la continuidad en el ejercicio de sus funciones, propiciaba que aquellos permanecieran “a perpetuidad” en sus cargos, por lo apetecible que estos les resultaban dadas las ventajas económicas obtenidas y la ausencia virtual de cualquier control y fiscalización de sus actividades.²²

Finalmente, la Ley Procesal de Quiebras adolecía de un clamoroso vacío en lo que respecta a la determinación de un régimen de incompatibilidades y prohibiciones para

²⁰ En esos términos esbozan su crítica GONZÁLES CUETO, Rosario y CHÁVARRI GARCÍA, José. Op. Cit. p. 55.

²¹ NUGENT, Ricardo. Op. Cit. p.132. Críticas al poco o nulo perfil técnico exigido a los síndicos también pueden encontrarse en VAINSTEIN BLANCK, Marcos. *Problemática de la sindicatura de quiebras en la legislación peruana: análisis y posibilidades*. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1988, p. 122 y 123; SERRANO, Marcos Andrés, Op. Cit. p. 96.

²² NUGENT, Ricardo. Ídem. p. 130-133. Una crítica al exceso de atribuciones y facultades del síndico unipersonal en los procesos de quiebra también puede consultarse en SÁNCHEZ PALACIOS, Manuel. Loc. Cit.

ejercer el cargo de síndico. Si a esto le sumamos el hecho que las disposiciones contenidas en dicha norma sobre la responsabilidad civil y penal de tales funcionarios eran lo suficientemente genéricas como para evitar la identificación y sanción oportunas de conductas gravemente lesivas de los intereses de los acreedores, y a la ausencia de un procedimiento específico y predecible para la remoción de los síndicos, queda claro que tampoco existía mecanismo alguno para seleccionar a profesionales competentes para desempeñar eficientemente ese cargo, en primer término, ni para disuadir a estos funcionarios de realizar actos perjudiciales para la masa frente a la poca o nula posibilidad de ser destituidos o removidos.²³

Pese a las sucesivas modificaciones legislativas introducidas a la Ley Procesal de Quiebras²⁴, la situación antes descrita no cambió. Con el paso del tiempo, el anacronismo estructural del contenido normativo de este dispositivo legal y la inoperancia de muchas de sus instituciones, principalmente la del síndico de quiebras, motivaron que surgiera, cada vez con mayor fuerza y consenso entre los diversos sectores económicos afectados con dicha regulación, una exigencia de reformar en su integridad el sistema concursal peruano.

Las principales objeciones a la obsolescencia de la Ley Procesal de Quiebras para regular eficientemente las crisis concursales provenían del sector empresarial, al cual urgía la reforma legal propuesta dado el rol fundamental que la actividad de los empresarios había empezado a adquirir para el desarrollo económico y social de nuestro país durante las últimas décadas. En este orden de ideas, Pedro Flores Polo expone con claridad el sentir generalizado sobre el tema en esa época:

“ (...) La legislación peruana sobre quiebras requiere una pronta y radical transformación, fruto de una reforma meditada, que sea compatible con la realidad nacional; que esté acorde con las sustanciales modificaciones que desde 1968 se viene

²³ NUGENT, Ricardo. Ídem. p. 133-135; SÁNCHEZ PALACIOS, Manuel. Op. Cit. p. 82-83; SERRANO, Marcos Andrés. Op. Cit. p. 107-109 y 114; VAINSTEIN BLANCK, Marcos. Op. Cit. p. 124 y 142. En esa misma línea, Jorge Arce cuestionaba el hecho que la Ley Procesal de Quiebras hubiera suprimido las causales legales de remoción y recusación del síndico que estaban contempladas en la Ley de Procedimientos Civiles de 1912 y, a nivel de derecho comparado, en la entonces vigente ley chilena de quiebras. ARCE, Jorge. *Quiebras*. Editorial Lumen, Lima, 1938, p. 63.

²⁴ Dicha norma fue modificada por las Leyes N° 7607, 15485, 16267, 16694 y por los Decretos Leyes N° 17801, 18357 y 21675.

*introduciendo en la legislación empresarial peruana; (...) que cautele el legítimo derecho de todos los acreedores, evitando que se le burle y que éstos (los acreedores), miren al juicio de quiebra con la mordaz desconfianza con que hoy se le mira; contrario sensu, que los deudores faltos de escrúpulos no puedan utilizar sus normas para amenazar con ellas a sus acreedores; que se renueve la institución del Síndico de Quiebras, inoperante por haberse legislado mal sobre este funcionario, a quien se le ha dotado de facultades excepcionales, y que en la práctica no rinde cuentas ante nadie sobre los actos propios de su función; que señale las responsabilidades del Síndico de Quiebras o de quien se encargue de la realización de la masa de la quiebra, cuando perjudica a los acreedores por negligencia o dolo en el ejercicio de sus funciones; en fin, urgen (sic) una reforma radical de la legislación de quiebras porque la vigente ya no responde, en lo absoluto, a la realidad comercial del país; al contrario, esta legislación caduca ocasiona graves daños a los acreedores y retrasa el progreso empresarial. (...)*²⁵

Era el momento para emprender una profunda reforma del sistema concursal que, como se desprende de la cita antes expuesta, claramente adolecía de una legislación que no recogía la realidad económica y empresarial del país. En un contexto como el descrito, funcionarios estatales “omnipotentes” y “todopoderosos” como en la práctica lo eran los síndicos de quiebras, sin estar sujetos a fiscalización efectiva alguna en su accionar, aparecían como protagonistas paradigmáticos del fracaso del régimen legal todavía imperante, cuya estructura paradójicamente terminaba por favorecer a dichos funcionarios en desmedro de los propios acreedores, aquellos a quienes supuestamente debía beneficiar la liquidación de los bienes del quebrado.

2. La ley de reestructuración empresarial: Un cambio de rumbo hacia la “desjudicialización” de la administración del deudor.

A inicios de la década de los noventa, e inspirado en un escenario mundial de liberalización económica, el gobierno de esa época emprendió una serie de reformas estructurales orientadas fundamentalmente a insertar a la economía peruana en el mercado global, procurando para ello implementar y facilitar los mecanismos institucionales idóneos para promover prácticas de competitividad y eficiencia económica

²⁵ FLORES POLO, Pedro. *Código de Comercio: Comentarios, concordancias, jurisprudencia*. J. Valenzuela V. 2da edición. Lima, 1980, p. 639-640.

entre los agentes intervinientes o interesados en participar en el mercado, a fin de impulsar el desarrollo económico que permitiera lograr los niveles de bienestar requeridos para superar la aguda crisis económica y social vivida por nuestro país hasta aquel momento²⁶.

En ese contexto, el año 1992 marcó un hito de implicancias trascendentales en la historia del derecho concursal peruano. Entre un conjunto de normas cuya base común era el establecimiento de un marco normativo que fomente la libre actuación de los agentes económicos en el mercado, se dictó el Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, norma que derogó la Ley Procesal de Quiebras y pasó a convertirse, desde ese momento, en la nueva norma reguladora de los procedimientos concursales en nuestro país.

Pero la Ley de Reestructuración Empresarial no se limitó simplemente a sustituir la vetusta y desfasada norma precedente. Por el contrario, su entrada en vigencia significó todo un cambio de “filosofía” de nuestro régimen concursal, al implementar por fin esa reforma estructural tan esperada por los agentes económicos desde mucho tiempo atrás.

La base de esta drástica e innovadora reforma estuvo en dos cambios fundamentales, uno derivado del otro: la persecución de un nuevo objetivo del sistema y, como consecuencia de ello, un “cambio de mando” del proceso concursal. A partir de la dación del dispositivo legal bajo comentario, el concurso dejó de ser exclusivamente un asunto de administrar la quiebra de los deudores a través de la liquidación de sus bienes por un funcionario designado por el Juez, para convertirse en un instrumento legal de tratamiento de crisis empresariales de insolvencia orientados a promover la reestructuración de empresas viables, pasando a ser ahora los acreedores los actores protagónicos del proceso al otorgarles a ellos la facultad de tomar las decisiones sobre el destino y gestión del patrimonio concursado.

La reforma legal partió de la premisa que la quiebra como única solución a un estado de cesación de pagos no se condice con la realidad empresarial, la cual da cuenta de varios

²⁶ Indecopi. (2000). Documento de trabajo N° 008-2000. Lima, Área de Estudios Económicos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), p. 63. Recuperado de: <http://www.bvindicopi.gob.pe/doctras/2000/d00008.pdf> (15/07/13)

supuestos de dificultades económicas y financieras que las empresas pueden superar sin recurrir al remedio extremo de la salida del mercado vía liquidación de sus activos. Asimismo, consideró que en un escenario de insolvencia son los acreedores quienes tienen los mayores incentivos para maximizar el valor del patrimonio de su deudor por tener comprometido con ello el pago de sus créditos, por lo que deben ser ellos y no el Estado o sus funcionarios auxiliares quienes decidan cuál será el destino final de dicho patrimonio y en qué términos y plazos deben gestionar y administrar el mismo.²⁷

Esta vocación “privatizadora” de la Ley de Reestructuración Empresarial en relación con su predecesora es destacada de manera ilustrativa en el Documento de Trabajo N° 004-1998 elaborado por el Área de Estudios Económicos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), conforme se cita a continuación:

“(…)El cambio significó algo más que un simple reemplazo de una ley por otra. Fue un cambio de filosofía. La norma planteó la reestructuración de las empresas como una alternativa válida dentro de una situación de crisis económica empresarial. La insolvencia no es lo mismo que la quiebra. La insolvencia implica reconocer problemas, pero no implica, como lo era la quiebra, una suerte de "partida de defunción". El esquema vigente pone el destino de las empresas en crisis no en manos de un funcionario estatal (como era el síndico), sino de los acreedores (trabajadores, proveedores, acreedores financieros y tributarios) que son sin duda quienes tienen más que ganar y que perder. Son ahora ellos los que deciden que es lo que más conviene a la empresa y a sus créditos. (…)”²⁸

Como una consecuencia natural de esta orientación privatizadora, la reforma emprendida con la Ley de Reestructuración Empresarial debía abarcar también un cambio de los órganos públicos encargados de conducir y supervisar el desarrollo de los procedimientos concursales. Nuestro renovado sistema legislativo optó entonces por

²⁷ En ese sentido, cfr. EZCURRA, Huáscar. *Derecho Concursal – Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal*. Palestra Editores, Lima, 2002, p. 128; y BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. *Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 47.

²⁸ Indecopi. (1998). Documento de trabajo N° 004-1998. Lima, Área de Estudios Económicos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), p. 2. Recuperado de: <http://www.bvindicopi.gob.pe/doctra/1998/d98004.pdf> (14/07/13)

“desjudicializar” el concurso, trasladando la tramitación y supervisión del mismo a un órgano técnico especializado y de índole administrativa: el Indecopi.

Pueden exponerse una serie de razones para justificar este audaz viraje procedimental.²⁹ Por una parte, la rigidez, solemnidad y formalismos característicos del proceso judicial resultaban claramente inadecuados para conducir un procedimiento que debía ser tramitado con la celeridad y eficacia requeridas para hallar la solución más oportuna posible a la crisis empresarial involucrada en el concurso. Además, la falta de preparación de los jueces y de sus auxiliares de justicia en materia empresarial entorpecía sobremanera la tramitación y adecuado conocimiento de los asuntos ventilados en el procedimiento.³⁰

En este sentido, el efecto más saltante de este “cambio de manos” en la conducción del proceso concursal lo constituyó, sin duda alguna, la eliminación de la institución del síndico de quiebras como órgano encargado de administrar y realizar el patrimonio del deudor concursado. En su lugar, el nuevo sistema concursal, en consonancia con su vocación privatizadora, trasladó a la junta de acreedores la facultad de ratificar a la administración original del deudor o removerla designando en su reemplazo a una entidad bancaria, dependiendo del tipo de decisión adoptada sobre el destino de la empresa.³¹

²⁹ De acuerdo con lo expresado por Guillermo Puelles, el traslado de la competencia para conocer los procedimientos concursales del Poder Judicial al ámbito administrativo supuso en su momento – y en cierta forma la propia continuidad de este tipo de régimen lo sigue siendo – una arriesgada apuesta al dejar de lado la estructura judicial de los concursos como esquema procedimental tradicional en la mayoría de legislaciones nacionales, por un modelo administrativo conducido por una recién creada agencia de competencia. PUELLES OLIVERA, Luis Guillermo. *Procedimientos Concursales – Colección por el Vigésimo Aniversario del Indecopi*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, Lima, 2013, p. 18.

³⁰ Al respecto, cfr. SOBREVILLA ENCISO, Tomás. *El proceso concursal peruano – La Ley de Reestructuración Patrimonial*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998, p. 47.

³¹ **DECRETO LEY 16116, LEY DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. Artículo 5.-** La Junta de Acreedores tendrá las siguientes atribuciones:
1) Decidir el destino de la empresa, que podrá ser:
a) La continuación de la actividad de la empresa, en cuyo caso entrará en proceso de reestructuración económica y financiera con arreglo al Título II;
b) La disolución y liquidación de la empresa, en cuyo caso se procederá a su liquidación extrajudicial conforme al Título III; o,
c) La declaración judicial de quiebra conforme al Título IV.
2) Supervisar la ejecución de los acuerdos que haya adoptado conforme al numeral anterior.

El cambio de rumbo era evidente. Había un consenso generalizado en que los síndicos, tan desprestigiados por su deficiente e irregular desempeño durante los sesenta años de vigencia de la Ley Procesal de Quiebras, no podían continuar al frente de los procedimientos concursales. En su reemplazo, debía empoderarse plenamente a la colectividad de acreedores para que fueran ellos quienes asumieran la carga de decidir, en tutela de su propio interés, quién y cómo debía administrarse el patrimonio del deudor insolvente.

Al mismo tiempo, las funciones de la autoridad administrativa a cargo de la dirección del procedimiento concursal fueron reorganizadas radicalmente, restringiéndose su actuación a la de ser un facilitador de la negociación entre el deudor y sus acreedores para la toma de acuerdos necesarios para la superación del estado de insolvencia. Así, correspondía a la entonces denominada Comisión de Salida del Mercado del Indecopi el verificar los supuestos de hecho previstos por ley para declarar el estado de insolvencia de la empresa deudora, el reconocimiento de los créditos invocados por los acreedores apersonados al procedimiento y la convocatoria a junta de acreedores. Luego de ello, los acreedores tomaban las riendas del proceso.³²

³²

DECRETO LEY 16116, LEY DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. Artículo 1.- El presente Decreto Ley establece las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial y quiebra de empresas. (...)

Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos superen en total el equivalente a Cincuenta Unidades Impositivas Tributarias vigentes en la fecha de la solicitud, podrán solicitar la declaratoria de insolvencia del deudor, ante la Comisión de Salida del Mercado a que se refieren la Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias del presente Decreto Ley, en adelante la Comisión.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se entiende por acreedor impago a aquél cuyo crédito exigible se encuentra vencido y no ha sido pagado dentro de los treinta días naturales siguientes a su vencimiento. Tratándose de créditos que se vencen por armadas o cuotas, sólo se computarán las armadas o cuotas vencidas por cualquier causa.

Asimismo, el deudor podrá solicitar su declaratoria de insolvencia ante la Comisión, siempre que acredite tener pérdidas que reduzcan su patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte.

Artículo 3º.- Recibida la solicitud, la Comisión procederá a citar al deudor para que acredite su capacidad de pago o su insolvencia, según el caso.

Si la Comisión comprueba que el deudor no tiene capacidad de cumplir con el pago de sus créditos exigibles y vencidos conforme lo determine el Reglamento del presente Decreto Ley, lo declarará insolvente y citará en el mismo acto a todos los acreedores para que se reúnan en Junta, que se realizará en el lugar, día y hora indicados en la convocatoria. La citación se hará por medio de avisos que se publicarán en el Diario Oficial "El Peruano" y en otro diario de circulación de la respectiva localidad por dos días consecutivos, debiendo mediar entre la publicación del último aviso y la realización de la Junta de Acreedores por lo menos veinte días hábiles.

La nueva ley reservó la participación del Poder Judicial en los procedimientos concursales solo a los casos en los que la junta de acreedores decidiera someter al deudor a un proceso de quiebra judicial, en donde la administración del patrimonio en concurso solo podría ser asumida por entidades del Sistema Financiero.³³

En el Documento de Trabajo N° 004-1998, el Indecopi explica con claridad cómo es que la “desjudicialización” del concurso producida a partir de 1992 se constituyó en el fiel reflejo de ese cambio de visión en cuanto al nuevo rol que pasó a desempeñar el Estado en los procedimientos concursales, haciendo más eficiente y célere su desarrollo al resignar el control del proceso que con la Ley Procesal de Quiebras detentaba a través del Juez y del síndico de quiebras, en beneficio de los acreedores del deudor, limitando la labor estatal a la de facilitar la negociación entre el deudor y sus acreedores para la toma de acuerdos privados que pudiesen resultar mutuamente ventajosos para ambas partes si así lo permitía la viabilidad de la empresa deudora, en cuyo caso esta podía disponer de una “segunda oportunidad” con su sometimiento al régimen concursal³⁴.

Un análisis similar puede encontrarse en el Documento de Trabajo N° 008-2000 elaborado por el Área de Estudios Económicos del Indecopi. En dicha oportunidad, la nueva agencia gubernamental de insolvencia destacó además la sustancial mejora cualitativa que había significado el trasladar a los acreedores el empoderamiento y control del proceso.

Bajo la vigencia de la derogada Ley Procesal de Quiebras, el síndico encargado de

³³ **DECRETO LEY 16116, LEY DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. Artículo 18.-** En el caso que la Junta de Acreedores decidiera la quiebra y la disolución de la empresa, el Presidente de la Junta solicitará ante el Juez Especializado en lo Civil de turno la declaratoria de quiebra correspondiente. La solicitud deberá adjuntar copia de los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores a que se refiere el Artículo 5°. Asimismo, podrán solicitar la declaratoria de quiebra las personas a las que las normas complementarias del presente Decreto Ley les otorgue expresamente esta facultad.

Artículo 19.- (...)En caso de declararse la quiebra de la empresa, el auto correspondiente deberá ratificar la designación efectuada por la Junta de Acreedores, del Banco facultado por el inciso b) del Artículo 110° del Decreto Legislativo N°6376, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, para desempeñar las funciones de administración, realización y liquidación de los bienes de la fallida, conforme lo precisen las normas complementarias del presente Decreto Ley.

³⁴ Documento de Trabajo N° 004-1998, Loc. Cit. (15/07/13)

conducir el proceso concursal carecía de incentivo alguno para agilizar la realización del patrimonio del deudor y menos aún verificar alguna posibilidad de que la empresa pudiese ser viable, por ser un funcionario ajeno a la crisis patrimonial que administraba, lo cual le estimulaba el efecto inverso de dilatar la duración del proceso ya que con ello incrementaba sus ingresos. En ese sentido, el citado documento concluyó que el cambio de mando a favor de los acreedores constituyó un factor determinante para revertir esa situación, al dejar la capacidad decisoria sobre el destino del deudor en manos de quienes resultaban real y principalmente afectados con el estado de insolvencia³⁵.

De esta manera, el nuevo esquema legal, sustentado en los objetivos y finalidades antes descritas, hizo un deslinde absoluto con el marco normativo pasado, buscando “desterrar” en la medida de lo posible la intervención judicial en los procesos concursales. Para ello, era indispensable eliminar la figura del síndico de quiebras ya que, dado el rol protagónico que este funcionario judicial había adquirido en los procedimientos de quiebra, se había convertido por esa misma razón en el paradigma de la ineficiencia del sistema concursal judicializado.

Este novedoso sistema concursal, al negar en sus bases conceptuales y aspectos estructurales el modelo judicial que lo antecedió, debía introducir como consecuencia natural modificaciones sustanciales al esquema procedimental de los concursos. En ese contexto, uno de estos ajustes estructurales más resaltantes constituyó precisamente la oportunidad y pertinencia del desapoderamiento del deudor concursado.

Con el síndico de quiebras también desapareció de nuestros procedimientos concursales el desapoderamiento inmediato de los deudores en concurso. En lo sucesivo, todos los deudores sometidos a concurso, con independencia de cuál sería el destino final que su insolvencia les depararía, mantendrían la administración y disposición de su patrimonio hasta que la junta de acreedores decidiese si el desapoderamiento de sus bienes era necesario o no para el éxito del proceso concursal, en función a la protección de sus derechos de crédito.

³⁵ Indecopi. (2000). Documento de trabajo N° 008-2000. Lima, Área de Estudios Económicos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), p. 13-14. Recuperado de: <http://www.bvindicopi.gob.pe/doctra/2000/d00008.pdf> (15/07/13)

Había una serie de consideraciones subyacentes a la nueva regulación normativa sobre este tema. En primer lugar, a la luz de la nueva filosofía privatizadora que inspiraba los concursos, aparecía como manifiestamente contrario a la corriente normativa imperante el conservar una figura jurídica tan asociada a un régimen legal opuesto como la conducción estatal del proceso concursal, pues ante la imposibilidad de que los acreedores pudiera decidir al inicio del proceso desapoderar al deudor (por requerirse previamente el reconocimiento de los créditos para poder conformar la junta con los acreedores reconocidos por el Indecopi), el que una decisión semejante fuese tomada *ab initio* por funcionarios estatales evocaba inevitablemente la tan criticada y por tanto tiempo rechazada experiencia del síndico de quiebras.³⁶

En ese sentido, mantener un régimen de intervención estatal en la administración y disposición del patrimonio concursado, siquiera en forma provisional hasta que se instale la junta de acreedores, suponía, ante los ojos de los usuarios y operadores del nuevo sistema concursal peruano, mantener un riesgo con efectos potencialmente contraproducentes para el buen funcionamiento de los procedimientos concursales. Se buscaba, en cambio, privilegiar la actuación de los privados para autorregular de la forma más conveniente para sus intereses patrimoniales los mecanismos tendientes a superar la situación de insolvencia del deudor concursado, entre ellas el propio desapoderamiento del patrimonio de este último.

Para una cabal comprensión de este redireccionamiento en la orientación normativa, adquieren importancia de primer orden dos ideas consustanciales a la nueva filosofía del sistema concursal peruano instaurado con la Ley de Reestructuración Patrimonial de 1992: la primera, la concepción del procedimiento concursal como un instrumento facilitador de un escenario de negociación entre el deudor y sus acreedores con miras a la adopción de una solución privada a la crisis empresarial de la insolvencia; y la segunda, enmarcada en el postulado anterior, es la consideración de la empresa como instrumento fundamental para el desarrollo económico nacional y, como tal, la tutela de su conservación como unidad económica viable se erigió como uno de los objetivos principales del sistema concursal de ese época.

³⁶ Sobre el particular, véase FERRERO, Alfredo. Op. Cit. p. 430.

De haberse encontrado relegada a un segundo plano y prácticamente a merced de su manejo discrecional e incontrolado por parte del síndico de quiebras, con la reforma legal la empresa en crisis pasó a ocupar, junto con sus acreedores, un rol protagónico y determinante en la configuración del nuevo esquema procedimental puesto a disposición de las partes para superar, de la forma más provechosa posible para ambas, el estado de insolvencia.

En opinión de varios especialistas sobre la materia, el nuevo marco normativo concursal debía procurar principalmente la recuperación de las empresas económica y financieramente viables, incluso como objetivo primordial a conseguir por encima de la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores. Así, en palabras de Tomás Sobrevilla:

“ (...) Estos cambios sustanciales – radicales – han incidido sobre los conceptos y principios básicos, fundamentos del Derecho Concursal, en la esencia misma, en la estructura del Procedimiento Concursal, centrando principalmente su objeto en la protección de las empresas viables, cuya recuperación y/o salvamento es su fin prioritario, quedando en segundo plano, sin descuidarlo o dejar de proteger adecuadamente, el derecho de los acreedores a la recuperación – pago – por éstos de sus créditos. (...)”³⁷

Esta corriente doctrinaria nacional favorable a la protección de empresas viables en crisis de insolvencia³⁸ tenía, de alguna manera, su correlato legislativo en la nueva regulación contenida en la Ley de Reestructuración Empresarial y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 044-93-EF. Esto no solo respecto de la ya comentada privatización de las decisiones sobre el destino de la empresa con la consecuente consagración y desarrollo expreso de la reestructuración como una de las

³⁷ SOBREVILLA, Tomás. Op. Cit. p. 24.

³⁸ Al respecto, resulta ilustrativo lo expresado por Ricardo Beaumont cuando señalaba que “ (...) Hoy aparece un nuevo centro de protección “la Empresa” y desde hace dos o tres lustros se habla ya no de un Derecho Concursal, sino, de un Derecho de la Crisis Empresarial cuyo objetivo básico es el de prevenir y asistir a la empresa en aprietos. Sus finalidades van más allá de la liquidación de la empresa y de la protección de los acreedores, para buscar también la prevención de la dificultad y el saneamiento de la unidad de producción, a la vez que tutela otros intereses como los del propio titular y el de los trabajadores, sin perturbar el proceso de selección natural de la vida económica en un sistema de economía de mercado. (...)”. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Derecho Comercial y Reestructuración Empresarial*. Editorial Alternativas, Lima 1994, p. 303. También en esta línea, FERRERO, Alfredo, Op. Cit. p. 434; y FLINT, Pinkas, Op. cit. p. 13-14.

opciones, si no la principal, más importantes a disposición de los acreedores; también en relación con las medidas adoptadas por esta nueva legislación para proteger el patrimonio concursado de actos de disposición del propio deudor que pudieran resultar lesivos de las expectativas de cobro de sus acreedores.

La Ley de Reestructuración Empresarial solo contempló, para los procedimientos con acuerdo de reestructuración, un artículo de tenor bastante general en lo concerniente a la ineficacia de actos de disposición realizados por el deudor concursado durante el comúnmente denominado “período de sospecha”, remitiendo su regulación al Reglamento.³⁹ A su vez, el Reglamento solo incluyó una relación de actos de disposición pasibles de nulidad realizados durante el período comprendido entre la fecha de declaración de insolvencia y la fecha de publicación del auto judicial que informaba sobre el inicio y duración del proceso de reestructuración o de liquidación extrajudicial, de ser el caso.⁴⁰ Todo esto con independencia de la regulación de esta materia en los procedimientos de quiebra, a los que las citadas normas reservaron disposiciones propias que, a diferencia de las anteriormente mencionadas, sí extendían la nulidad de los actos de disposición del deudor a aquellos realizados hasta seis meses antes de la convocatoria a junta de acreedores.⁴¹

³⁹ **DECRETO LEY 16116, LEY DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. Artículo 13.-** Por Decreto Supremo con fuerza de ley se precisarán los casos en que serán nulos y carecerán de efectos legales los actos y contratos que de alguna manera afecten el patrimonio de la empresa en proceso de reestructuración, así como las medidas y ejecuciones comprendidas en el artículo 10º, celebrados o realizadas entre la fecha de la citación que efectúe la Comisión conforme al segundo párrafo del Artículo 3º y la fecha de la notificación a que se refiere el Artículo 10º.

⁴⁰ **REGLAMENTO DE LA LEY DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 044-93-EF, Artículo 22.-** Son nulos y carecen de efectos legales los actos y contratos realizados o celebrados por la empresa entre la fecha en que se citó a la primera Junta y la fecha de notificación del auto judicial previsto en el artículo 18º de este Reglamento, que se indican a continuación:

- 1) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice.
- 2) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada en el contrato.
- 3) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por la empresa que no se refieran al desarrollo normal de su objeto social.
- 4) Las compensaciones efectuadas con créditos adquiridos contra la empresa por cesión o endoso.
- 5) Los embargos y demás medidas cautelares trabados sobre los bienes de la empresa, así como la ejecución de garantías reales o personales y otras medidas definitivas que afecten sus bienes.

Artículo 34.- Para todos los actos y contratos realizados o celebrados por la empresa entre la fecha en que se citó a la primera Junta y la firma del convenio, será de aplicación lo establecido en el Artículo 22º de este Reglamento.

⁴¹ **DECRETO LEY 16116, LEY DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL. Artículo 21.-** Conforme lo precisen las normas complementarias del presente Decreto Ley, la declaratoria de quiebra de la empresa produce, retroactivamente, la nulidad de los gravámenes, transferencias y demás actos y

Más allá de lo cuestionable que pudo resultar la técnica legislativa de remitir la enunciación expresa de los actos de disposición pasibles de nulidad a su determinación por el Poder Ejecutivo mediante reglamento, consideramos sintomático de esta tendencia “pro-empresa” seguida por la nueva norma concursal el que, por una parte, se haya excluido de dicha sanción de nulidad a los actos realizados por el insolvente con anterioridad a la convocatoria a junta de acreedores en aquellos casos en donde se acordara la reestructuración o liquidación extrajudicial de su patrimonio y, por otra, que las normas en cuestión no contemplaran disposición alguna tendiente a obligar al deudor a presentar desde un inicio, en todos los casos y con independencia de quién promoviera el inicio del procedimiento, la información económica y financiera necesarias para que los acreedores pudiesen estar en condiciones de tomar decisiones más acertadas para la recuperación de sus créditos.

Como puede colegirse del análisis expuesto, la “revolución normativa” experimentada con la dación de la Ley de Reestructuración Empresarial dejó en evidencia que la supresión del desapoderamiento inmediato del deudor que trajo consigo fue una de las consecuencias derivadas de la profunda reforma estructural de nuestro régimen

contratos, ya sean a título gratuito u oneroso, que afecten su patrimonio, celebrados por la fallida dentro de los seis meses calendarios anteriores a la fecha del acuerdo de la Junta de Acreedores que decide la correspondiente quiebra y liquidación judicial.

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de la fallida que en el Registro pertinente aparece con facultades para otorgarlo, no resultará afectado con la nulidad a que se refiere el párrafo anterior, una vez inscrito su derecho, salvo que se pruebe que actuó de mala fe. La acción de nulidad prescribe en el plazo de dos años contado a partir de la fecha del acto o contrato correspondiente.

REGLAMENTO DE LA LEY DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 044-93-EF, Artículo 42.- Son nulos y carecen de efectos legales los actos y contratos celebrados por la fallida con relación a los bienes de la masa después de expedido el auto que declara la quiebra, aún cuando éste no hubiere sido inscrito en el Registro Público pertinente.

Artículo 43.- Entiéndase que la nulidad de los actos y contratos a que se refiere el Artículo 21° de la Ley comprende:

- 1) Los gravámenes y transferencias constituidos o realizados por la fallida;
- 2) Las cesiones de inmuebles que se efectúen en pago de obligaciones de plazo no vencido;
- 3) Las hipotecas, prendas o anticresis constituidas sobre los bienes de la fallida para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior, que no tuviesen estas calidades;
- 4) Las contempladas en los numerales 1) al 4) del Artículo 22° del presente Reglamento.

En los casos que no se hubiese celebrado Junta, el plazo de seis (6) meses a que se refiere el Artículo 21° de la Ley, se computará a partir de la fecha de expedición del Auto de Quiebra.

No será de aplicación la nulidad establecida en el Artículo 21° de la Ley, cuando los gravámenes, transferencias y demás actos y contratos provengan de la estricta aplicación del plan de reestructuración, aprobado por la Junta.

concurzal, favorecida además por el desprestigio y efectos perniciosos que el desempeño del síndico había significado para los intereses patrimoniales del deudor y de sus acreedores durante la vigencia de la Ley Procesal de Quiebras. En ese contexto, la modificación legislativa optó por limitar el control de la gestión y administración del deudor concursado, en la etapa previa al empoderamiento de los acreedores, a sancionar la ineficacia *ex – post* de determinados actos de disposición de su patrimonio que se presumían perjudiciales para la recuperación de los créditos comprendidos en el procedimiento.

3. La ley de reestructuración patrimonial: Reforzamiento de la “desjudicialización” del concurso. Eliminación de la quiebra y liquidación judicial como opciones de destino de la empresa.

Pese a la reforma radical que su dación implicó para el sistema concursal peruano, al poco tiempo de su entrada en vigencia la aplicación de la Ley de Reestructuración Empresarial demostró no solo las bondades del nuevo modelo concursal, sino también y en medida cada vez más considerable los inconvenientes que trajo consigo.

Esto obedeció a que, si bien la desjudicialización del proceso y la privatización de las decisiones empresariales implementadas con dicha norma resultaron ser los ejes fundamentales para emprender una reforma exitosa del sistema concursal, el referido dispositivo legal también adolecía en algunos casos de vacíos normativos sobre aspectos estructurales del procedimiento y en otros de una falta absoluta de mecanismos adicionales de tutela de los actores involucrados en la insolvencia, cuya mejora e inclusión legislativa se tornaron necesarios para consolidar la reforma ya en marcha y, sobre todo, evitar que tales falencias normativas pusieran en riesgo los avances obtenidos desde el año 1992.⁴²

De este modo, a solo cuatro años de su entrada en vigencia la Ley de Reestructuración Empresarial fue sustituida por el Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial. Esta norma continuó el derrotero trazado por su antecesora inmediata al ratificar, en primer lugar, la consagración de la insolvencia como hecho económico

⁴² Ver Documento de trabajo N° 004-1998, Op. Cit. p. 3.

financiero constitutivo de la crisis empresarial abordada a través de los procedimientos concursales⁴³, así como la privatización de las decisiones sobre el destino de las empresas concursadas en manos de sus acreedores.⁴⁴

Sin embargo, quizás uno de los aportes más significativos que trajo consigo la nueva Ley fue la desjudicialización “absoluta” del proceso concursal. En este sentido, la norma bajo comentario completó el cambio emprendido en este aspecto con la ley anterior, cerrando así toda posibilidad de que el concurso sea tramitado, como procedimiento colectivo de cobro de acreencias, en el fuero judicial.

Se dispuso que en adelante los acreedores solo pudieran decidir entre someter a la empresa concursada a un proceso de reestructuración patrimonial, o disponer su salida ordenada del mercado en un proceso de liquidación extrajudicial también tramitado ante la Comisión de Reestructuración Patrimonial del Indecopi. Mientras tanto, la intervención del Poder Judicial quedó relegada a un papel residual como órgano de declaración de la quiebra de la deudora solo cuando, ante el agotamiento o inexistencia de patrimonio del deudor insolvente y habiendo aún acreedores impagos, el liquidador solicitara la

⁴³ **DECRETO LEGISLATIVO N° 845, LEY DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL. Artículo 1.- DEFINICIONES.-** Para efectos de la aplicación de las normas de la presente Ley, se tendrán en cuenta las definiciones siguientes:

(...)

Insolvencia.- Estado económico - financiero en virtud del cual una persona natural o jurídica, independientemente de su actividad, ha sufrido la pérdida de más de las dos terceras partes de su patrimonio o se encuentra impedida de afrontar temporal o definitivamente el pago de sus obligaciones. (...)

⁴⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 845, LEY DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL. Artículo 35.- ATRIBUCIONES GENERICAS DE LA JUNTA.-** Sin perjuicio de las demás que se señalen en los siguientes artículos de la presente Ley, la Junta tendrá las siguientes atribuciones genéricas:

1. Tratándose de empresas podrá decidir su destino entre cualquiera de las siguientes alternativas:
 - a. La continuación de la actividad de la empresa, en cuyo caso entrará en proceso de reestructuración patrimonial con arreglo al Título IV de la presente Ley; o
 - b. La salida del mercado de la empresa, en cuyo caso entrará a un proceso de disolución y liquidación conforme a lo establecido en el Título V de la presente Ley.
2. Tratándose de personas naturales o de personas jurídicas que no realizan actividad empresarial, la Junta podrá decidir su destino entre cualquiera de las siguientes alternativas:
 - a. Que una parte determinada de su patrimonio, con excepción de sus bienes inembargables, se someta a un proceso de reestructuración patrimonial o de disolución y liquidación, al amparo de las normas contenidas en los Títulos IV y V de la presente Ley.
 - b. Que la totalidad de su patrimonio, con excepción de sus bienes inembargables, se someta a un concurso de acreedores establecido en el Capítulo 3 del Título X de la presente Ley.
3. Supervisar la ejecución de los acuerdos que haya adoptado conforme a los numerales anteriores.
4. Solicitar la elaboración de informes económicos financieros que considere necesarios para la adopción de sus acuerdos.

demanda respectiva.⁴⁵

La nueva Ley también siguió la línea de la norma precedente en cuanto al desapoderamiento inmediato del deudor concursado, desregulándolo por completo. En relación con este punto, la única innovación destacable que aportó fue la incorporación legislativa – ya no en vía reglamentaria como lo hizo la ley derogada – de la enumeración y sanción con nulidad de los actos de disposición patrimonial realizadas por el deudor desde el inicio del concurso hasta la fecha en la que la junta de acreedores nombrara o ratificara al administrador o liquidador, según fuese el caso.⁴⁶ Sin embargo, resulta llamativo advertir que el texto original de este precepto, al igual que su norma predecesora, solo haya regulado la ineficacia de este tipo de actos durante el período en el cual algunos autores consideran se produce una especie de desapoderamiento “relativo” o “atenuado”⁴⁷, sin comprender los actos realizados en el período

⁴⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 845, LEY DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL. Artículo 78.-** (...)Si luego de realizar los pagos correspondientes, se extingue el patrimonio de la empresa quedando acreedores pendientes de ser pagados, el Liquidador deberá solicitar en un plazo no mayor de treinta (30) días la declaración judicial de quiebra de la empresa, de lo que dará cuenta a la Junta, sin necesidad de reunirla para tal efecto.

⁴⁶ **DECRETO LEGISLATIVO N° 845, LEY DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL. Artículo 19.- NULIDAD DE ACTOS DEL INSOLVENTE.-** Son nulos y carecen de efectos legales los actos y contratos realizados o celebrados por el insolvente a partir de la presentación de su solicitud de declaración de insolvencia o la fecha en que ésta es puesta en su conocimiento, según corresponda, y hasta la fecha en que la Junta nombre o ratifique al Administrador o Liquidador según sea el caso, los mismos que se indican a continuación:

1. Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;
2. Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;
3. Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;
4. Las compensaciones efectuadas con créditos adquiridos contra el insolvente por cesión o endoso;
5. Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el insolvente con cargo a bienes de su propiedad, ya sea a título oneroso o a título gratuito;
6. Las hipotecas, prendas o anticresis constituidas sobre los bienes del insolvente dentro del plazo a que se refiere el presente artículo, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste;
7. Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio.

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho del insolvente que en el Registro pertinente aparece con facultades para otorgarlo, no resultará afectado con la nulidad a que se refiere el presente artículo, una vez inscrito su derecho, salvo que se pruebe que actuó de mala fe.

⁴⁷ Como, por ejemplo, SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. *“Ineficacia de actos en el “período de sospecha”:* Buscando la reintegración patrimonial del deudor concursado.” En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Edición Especial. Año 7, N° 12. (2011), p. 40.

tradicionalmente denominado como “de sospecha”.⁴⁸

Otra de las importantes innovaciones aportadas por la nueva normativa estuvo dada por la incorporación de procedimientos concursales de naturaleza preventiva. La influencia cada vez mayor en nuestro medio de corrientes doctrinarias y legislativas a nivel de derecho comparado debido, sobre todo, a la crisis económica que nuestro país experimentó durante la segunda mitad de la década del noventa por factores como la recesión económica global y a desastres naturales como el fenómeno del Niño que impactaron seriamente en la actividad de industrias extractivas y agrícolas nacionales; fueron determinantes para extender la protección concursal a situaciones de dificultad financiera de las empresas que, pese a no calificar aún como estados de insolvencia, requerían de una solución colectiva brindada a través de la tramitación de procedimientos administrativos céleres y de corta duración destinados a obtener una refinanciación integral de los pasivos del deudor, evitando con ello que la falta de una respuesta oportuna a una crisis financiera pasajera pudiese degenerar en una situación de insolvencia.

Así, la Ley de Reestructuración Patrimonial introdujo el concurso preventivo y el procedimiento simplificado como mecanismos orientados a anticipar situaciones de insolvencia⁴⁹, utilizando en sus líneas generales el esquema procedimental ya existente para el procedimiento de insolvencia: suspensión de exigibilidad de obligaciones, marco de protección legal del patrimonio y reconocimiento de créditos por la autoridad concursal. Sin embargo, había una nota distintiva a nivel procedimental entre uno y otro tipo de procesos: en los novedosos procedimientos preventivos, a diferencia del procedimiento ordinario de insolvencia, quedaba descartada toda posibilidad de que los acreedores pudieran desapoderar al deudor de su patrimonio, ello en el entendido que, al no padecer aún una crisis de impotencia de pago de la totalidad de sus obligaciones,

⁴⁸ Cabe mencionar que, recién con la dación de la Ley N° 27146 publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 1999, se modificó el artículo 19 de la Ley de Reestructuración Patrimonial para incorporar al ámbito de la ineficacia concursal los actos de disposición realizados por el deudor dentro de los seis meses anteriores a la fecha en que el deudor presentó su solicitud de insolvencia o fue emplazado para acreditar capacidad de pago, según el caso.

⁴⁹ Estos procedimientos fueron regulados entre los artículos 91 y 113 de la Ley, inclusive. La diferencia entre uno y otro radicaba básicamente en que el procedimiento simplificado fue diseñado para el acogimiento de pequeñas y medianas empresas, quedando reservado el concurso preventivo para el sometimiento de empresas de mayor envergadura.

no había razones valederas para que el deudor tuviera que enfrentarse al riesgo de verse privado de la gestión y control de su negocio.

Dado que un estado de “pre-insolvencia” solo puede ser detectado y, luego de ello, anticipado por la empresa en dificultades, ese tipo de procedimientos solo podían ser iniciados a pedido del propio deudor. Pronto, el llamado “boom” de la reestructuración de las empresas en crisis llegó a su punto culminante con la dación de normas especiales orientadas al fortalecimiento patrimonial y financiero de las empresas, siendo la más relevante y de impacto más trascendente en nuestro sistema concursal el Decreto de Urgencia N° 064-99, que aprobó el Procedimiento Transitorio.

Pese a su breve vigencia de dos años, un conjunto de aspectos normativos deficientemente regulados como su excesiva flexibilización de los criterios para el acogimiento de las empresas, un engorroso sistema de revisión de reconocimiento de créditos y de acuerdos de junta de acreedores, sumados a la conservación de mecanismos tuitivos del deudor como la suspensión de la exigibilidad de obligaciones y el marco de protección de su patrimonio, hicieron que el Procedimiento Transitorio fuese mal utilizado por los empresarios para postergar o eludir el pago de sus deudas, distorsionando de esta manera los objetivos perseguidos por la norma. Estos problemas fueron puestos en evidencia al poco tiempo de su entrada en vigencia.⁵⁰

En este punto de la evolución legislativa, podemos observar que la aplicación de la Ley de Reestructuración Patrimonial no solo consolidó los cambios estructurales introducidos a nuestro régimen concursal desde 1992, sino que reforzó la vocación “reestructuradora”⁵¹ del sistema en favor de las empresas en dificultades económico – financieras al facilitarles esquemas procedimentales de naturaleza preventiva a los cuales pudieran recurrir por su propia iniciativa para solucionar e, incluso, anticipar sus crisis patrimoniales, los cuales les reportaban además la doble ventaja de, por una parte, conservar la inexigibilidad de sus deudas y la protección de su patrimonio y, de otra, mantener el control y administración de su negocio durante todo el proceso.

⁵⁰ Al respecto, es ilustrativa la explicación que hace de los problemas derivados de la aplicación del citado dispositivo el Documento de Trabajo N° 008-2000. Op. Cit. p. 75-77.

⁵¹ Resulta sintomático apreciar que tanto el Decreto Ley N° 26116 como el Decreto Legislativo N° 845 fueron denominadas leyes de “reestructuración”, en clara alusión al reflotamiento de las empresas en crisis.

4. La regulación vigente

4.1 La ley general del sistema concursal: La figura de los “auditores económicos” y su derogación por el Decreto Legislativo N° 1050.

El funcionamiento del nuevo sistema concursal peruano instaurado a partir de 1992 con la dación de la Ley de Reestructuración Empresarial y de la Ley de Reestructuración Patrimonial, fue revelando durante la aplicación de estos dispositivos legales en el tiempo, a la par de sus bondades para los agentes económicos a quienes iban destinados, una serie de problemas estructurales que ameritaban un reordenamiento y redefinición, en algunos casos, de los objetivos y principios rectores de nuestro sistema concursal.

La sucesiva expedición de normas especiales en materia de saneamiento patrimonial y reestructuración de empresas entre fines de la década de los noventa y principios de la década del 2000 debilitó la unidad del sistema al dispersar la regulación concursal en regímenes particulares para determinados sectores económicos dictados en función a crisis coyunturales, pero sobre todo demostró que la bien intencionada preocupación normativa de nuestros legisladores concursales por otorgar a los empresarios esquemas procedimentales favorables para superar sus crisis patrimoniales había terminado por distraer e, incluso, desviar la atención de los objetivos y finalidades últimas perseguidas por todo procedimiento colectivo de cobro: la recuperación de los créditos.

Es así como nuevamente empezó a madurar una propuesta de reforma legislativa que, sin dejar de lado los logros obtenidos por las dos normas precedentes, definiera con claridad los objetivos del sistema concursal y sus principios inspiradores, así como reducir la cantidad de procedimientos disponibles para, a partir de esa base, reorganizar su estructura a fin de propiciar una tramitación más rápida de los mismos que fomentara la pronta adopción de acuerdos por la junta de acreedores en tutela de sus intereses y, en su defecto, promover la intervención subsidiaria de la autoridad concursal para continuar impulsando el desarrollo del concurso en beneficio de los acreedores.

El 8 de agosto de 2002 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 27809, Ley

General del Sistema Concursal, cuya entrada en vigencia se produjo, por disposición de la propia norma, desde el 8 de octubre de 2002.

Dicha norma, pese a haber sido objeto de varias modificaciones en el tiempo⁵², se mantiene vigente hasta la fecha. Entre sus principales logros podemos destacar, en primer lugar, la inclusión de un Título Preliminar que consagra de manera indiscutida a la protección del crédito como objetivo principal del sistema concursal, precisa que la finalidad de los procedimientos concursales es facilitar a los acreedores un escenario de negociación con su deudor que les permita tomar los acuerdos más convenientes para la mejor recuperación de sus créditos, enuncia los principios rectores del sistema como los de colectividad, universalidad y proporcionalidad, y delimita el rol de la autoridad concursal a una actuación meramente subsidiaria de la participación de los acreedores, así como a promover la negociación privada entre los acreedores y el deudor para solucionar la crisis empresarial a través del concurso.⁵³

Asimismo, la norma en mención introdujo a las diversas etapas de los procedimientos concursales un sistema de “perentoriedad” de los plazos para la actuación de los acreedores en el concurso, especialmente para el apersonamiento ante la autoridad administrativa para el reconocimiento de sus créditos y la toma de acuerdos referidos a asuntos sustanciales para el desarrollo del proceso como la adopción del destino de la empresa deudora y la aprobación y modificación de los instrumentos concursales necesarios para viabilizar el cobro colectivo de los créditos. Como contrapartida a esta perentoriedad, la norma impone a la autoridad administrativa el deber de asumir de oficio la conducción del procedimiento ante la inacción de los acreedores, con el fin de agilizar la pronta culminación del proceso.

Finalmente, la ley vigente mejora y refuerza sustancialmente, en comparación con su predecesora, las facultades de la autoridad administrativa para fiscalizar y sancionar todas aquellas conductas cometidas por los agentes intervinientes en los procedimientos que resulten lesivos y contrarios al objetivo y finalidad del sistema concursal. Para ello,

⁵² Modificada por Ley N° 28580 (publicada el 12 de julio de 2005), Ley N° 28618 (publicada el 29 de octubre de 2005), Ley N° 28677 (publicada el 01 de marzo de 2006), Ley N° 28709 (publicada el 12 de abril de 2006) y Decreto Legislativo N° 1050 (publicado el 27 de junio de 2008).

⁵³ LEY N° 27809, LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Título Preliminar, Art. I al X.

regula el procedimiento de inscripción de las entidades administradoras y liquidadoras al registro manejado por la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, para poder conducir procesos de reestructuración y liquidación; impone a dichas entidades la obligación de presentar información periódica y detallada sobre el desarrollo de los procesos a su cargo, así como obliga al deudor a presentar aquella información económica y financiera necesaria para que sus acreedores puedan tomar acuerdos eficientes, bajo apercibimiento de multa; y permite sancionar a las administradoras y liquidadoras registradas con multas e incluso con la inhabilitación y cancelación de su registro por incumplimiento de sus funciones.

Todos estos aportes no trajeron consigo, sin embargo, un cambio en cuanto a la necesidad de regular el desapoderamiento inmediato del deudor concursado. El empleo abusivo que muchos deudores habían hecho de los procedimientos concursales especiales ya comentados reabrió el debate, después de varios años de implementación del nuevo sistema, sobre si debía tomarse control del patrimonio de la empresa una vez iniciado el concurso. Incluso el Proyecto de Ley N° 3155/2001-CR, uno de los documentos previos trabajados en el ámbito legislativo como base de la ley vigente, contemplaba en su artículo 35 la facultad del Juez de designar, a pedido de acreedores reconocidos por la Comisión y como una especie de “medida cautelar”, un administrador temporal del deudor hasta la instalación de la junta⁵⁴. Sin embargo, el Congreso de la

⁵⁴ PROYECTO DE LEY N° 3155/2001-CR, Artículo 35.- Intervención temporal en la administración del deudor.

35.1 Cuando exista un procedimiento concursal en trámite cualquier acreedor cuyo crédito ha sido reconocido por la Comisión competente puede solicitar al Juez Especializado en lo Civil que decrete el cambio de la administración del deudor sujeto a concurso.

35.2 En la solicitud el acreedor deberá:

a) Exponer las razones de urgencia u otras consideraciones análogas que justifiquen el cambio.

b) Acompañar una constancia de la Comisión competente que, además de acreditarlo como acreedor titular de un crédito reconocido, contenga una estimación sobre el plazo en el que razonablemente se habrá de reunir la Junta que decidirá el destino de la empresa y dispondrá el régimen de su administración futura, así como el número de los acreedores apersonados y el monto de los créditos reconocidos y por reconocer a la fecha de la expedición de la constancia, así como cualquier otra circunstancia que permita al Juez la mejor apreciación de los hechos relativos al concurso del deudor.

c) Prestar una contracautela de naturaleza real o personal.

35.3 El Juez resolverá por el mérito de los hechos expuestos con prueba documental, sin audiencia del deudor. Si la solicitud es fundada el Juez designará al administrador. La resolución es apelable sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida.

35.4 Ejecutada la medida y resuelta la apelación concluye el proceso. La medida caduca automáticamente en la fecha en que la junta acuerde el régimen de administración del deudor.

Recuperado

de:

http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_expdig_2001.nsf/Sicr/TraDocEstProc/Tra

República finalmente no lo acogió al aprobar el texto definitivo de la ley⁵⁵.

En su lugar, la Ley General del Sistema Concursal acogió la figura de los auditores independientes.⁵⁶ Regulada en el artículo 35 y en la Décimo Quinta Disposición Complementaria y Final del texto original de dicha norma, a través de la misma se permitía que los acreedores reconocidos por la Comisión pudieran designar auditores entre una terna administrada por el Indecopi, para poder supervisar el cabal cumplimiento del plan de reestructuración, así como informar con una periodicidad mensual a los acreedores sobre la situación y proyección de la empresa.⁵⁷

Obviamente la figura antes descrita no guardaba relación con el desapoderamiento

[Doc_expdig_2001.nsf/Agenda/FAF2D7573807963405257592005102B4?opendocument](https://doc.expdig.2001.nsf/Agenda/FAF2D7573807963405257592005102B4?opendocument)
(12/09/2013)

⁵⁵ Era claro que la finalidad de la propuesta radicaba en dotar a los acreedores de un mecanismo de protección eficaz de sus derechos patrimoniales de cobro frente a posibles actos de disposición del deudor concursado. En su motivación del articulado propuesto a través del Proyecto de Ley N° 3155/2001-CR, el dictamen expedido el 15 de julio de 2002 por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos señaló lo siguiente respecto del citado artículo 35: “ (...) *Esta medida busca evitar una probable descapitalización de la empresa y atiende a una preocupación legítima de los acreedores sobre la gestión que realiza el deudor entre el período que va del inicio del concurso hasta la designación del administrador o del liquidador por la propia junta de acreedores. (...) En ese sentido, se debe tener en cuenta que la atribución de los acreedores sin tener en cuenta el porcentaje de acreencias debe estar orientado a solicitar judicialmente la designación de un veedor, el cual podrá tener acceso a la información económico financiera de la concursada. (...)*”

De la revisión del diario de debates del Congreso correspondiente a la 13° sesión de la Comisión Permanente realizada el 18 de julio de 2002, se puede apreciar que el texto propuesto en el artículo 35 terminó siendo modificado sustancialmente, pues se decidió suprimir toda regulación relacionada con administradores temporales o veedores, para finalmente limitarse a proponer la intervención de los denominados “auditores económicos”. Op. Cit.

⁵⁶ SCHMERLER, Loc. cit.

⁵⁷ **LEY N° 27809, LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Artículo 35.- Nombramiento de un auditor económico**

Los acreedores con créditos reconocidos a que se refiere el artículo 42° de esta Ley podrán designar auditores elegidos entre una terna de profesionales con registro en INDECOPI, para que supervise el cumplimiento del Plan de Reestructuración e informe mensualmente a INDECOPI y a los Acreedores sobre la situación y proyección de la empresa.

Los honorarios de los auditores serán asumidos como gastos de la administración.

DÉCIMOQUINTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA Y FINAL.- Profesionales para Auditorías y Valuaciones

Para efectos de la Auditoría Económica y Valuación Económica el Colegio Profesional correspondiente deberá remitir semestralmente a INDECOPI la relación de profesionales habilitados.

El profesional encargado de auditar la empresa en reestructuración a que se refiere el artículo 35° de esta Ley, no podrá ser designado para la auditoría interna a que se contrae el artículo 51.1, letra e).

inmediato propuesto, pues los auditores solo podían ejercer su labor luego de decidido el destino de la empresa concursada y en el marco de un proceso de reestructuración patrimonial, en el cual los acreedores ya se encuentran en plenas facultades para solicitar directamente información referida a la marcha de la empresa. Este hecho, sumado a lo poco atractivo que resultó por la falta de implementación por parte del Indecopi del registro de auditores y el costo adicional que el pago de los honorarios a estos profesionales suponía para la masa concursal, hicieron que este dispositivo fuera prácticamente inutilizado, el mismo que terminó siendo derogado con la última modificación legislativa aprobada por el Decreto Legislativo N° 1050 publicado el 27 de junio de 2008 en el diario oficial “El Peruano”⁵⁸.

Pero la cuestión ya estaba planteada: ahora debía dilucidarse si en esta última fase de evolución legislativa nuestro sistema concursal, reajustado en algunas de sus líneas fundamentales y ya con principios y objetivos propios expresamente delimitados por el ordenamiento jurídico, era capaz de retomar el desapoderamiento inmediato del deudor como un mecanismo eficaz de protección de los derechos de crédito de los acreedores.

4.2 La ley especial para los clubes de fútbol: El administrador temporal como forma de intervención “absoluta” en la administración del deudor.

Por Decreto de Urgencia N° 010-2012 publicado el 5 de marzo de 2012 en el diario oficial “El Peruano”, se dictaron medidas de urgencia para la reestructuración y apoyo de emergencia a la actividad deportiva futbolística nacional. Dicha norma tuvo vigencia hasta el 6 de mayo de 2012, fecha en la que fue publicada en el diario oficial “El Peruano” la Ley N° 29862, Ley para la reestructuración económica y de apoyo a la actividad deportiva futbolística en el Perú, la cual se encuentra vigente hasta la fecha.

Ambas normas tuvieron como finalidad la creación de un régimen concursal excepcional y de emergencia para solucionar la aguda crisis económica y financiera por la que atraviesan varios de los clubes de fútbol de nuestro país, manifestada a través de situaciones generalizadas de cesación de pagos a diversos acreedores, principalmente laborales y tributarios, que ponían en serio riesgo la permanencia de tales asociaciones

⁵⁸ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1050, Primera Disposición Derogatoria.-** Deróguense los Artículos 35, 49, 131 y la Séptima Disposición Final de la Ley General del Sistema Concursal.

en sus actividades profesionales.

Entre otras medidas especiales que las distinguen claramente del régimen general previsto en la Ley N° 27809, las normas antes citadas reincorporaron a nuestro ordenamiento una figura desaparecida del sistema concursal peruano desde el año 1992, aunque con diferentes características y alcances: la administración temporal del deudor concursado desde la difusión del procedimiento hasta la instalación de la junta de acreedores.

La figura del administrador temporal, regulada en el artículo 3 de la Ley N° 29862⁵⁹, es una de las principales notas distintivas de este nuevo régimen concursal especial. A través de esta medida “temporal” y “excepcional”, que según lo expresado en la Exposición de Motivos de la norma está justificada en la necesidad de enfrentar una situación de desorden administrativo y financiero que amenaza gravemente la actividad

59

LEY N° 29862, LEY PARA LA REESTRUCTURACIÓN ECONÓMICA Y DE APOYO A LA ACTIVIDAD DEPORTIVO FUTBOLÍSTICA NACIONAL

Artículo 3.- Medidas urgentes, temporales y excepcionales del procedimiento concursal

Constituyen medidas urgentes, temporales y excepcionales del procedimiento concursal para la reestructuración económico-financiera y apoyo a la actividad deportiva futbolística nacional, las siguientes:

3.1 Ingresada la solicitud de inicio del procedimiento concursal que cumpla los requisitos de los artículos 24 y 25 de la Ley 27809, por parte del deudor, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, declarará mediante resolución el inicio del procedimiento, su difusión y en el mismo acto, dispondrá la designación de un Administrador Temporal entre las personas registradas de conformidad con el artículo 120 de la citada Ley, el que podrá ser ratificado o sustituido por la Junta de Acreedores.

3.2 En caso sea un acreedor quien solicite el inicio del procedimiento concursal, la autoridad competente una vez verificada la existencia de los créditos invocados y el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el artículo 26 de la Ley 27809, requerirá al deudor para que dentro de los cinco (5) días hábiles de notificado, se apersona al procedimiento optando por alguna de las alternativas previstas en el numeral 28.1 del artículo 28 del referido dispositivo legal, siendo de aplicación lo establecido en los numerales 28.2, 28.3, 28.5 y 28.6 de dicho artículo. Consentida o firme la resolución que dispone el inicio del procedimiento concursal, el Indecopi dispondrá su difusión y en el mismo acto la designación de un Administrador Temporal entre las personas registradas de conformidad con el artículo 120 de la citada Ley, el que podrá ser ratificado o sustituido por la Junta de Acreedores.

3.3 En caso de renuncia del Administrador Temporal o impedimento de este para ejercer el cargo, Indecopi procederá a designar su reemplazo. El Indecopi establecerá los criterios, para la designación del Administrador Temporal tal y como se regula en la presente norma.

3.4 La publicación referida en los numerales anteriores, seguirá lo dispuesto en el numeral 32.1 del artículo 32 de la Ley 27809. En la publicación se indicará el nombre del Administrador Temporal y se requerirá a los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la fecha de realizada dicha publicación, más el término de la distancia.

(...)

Cabe señalar que este texto es el mismo que contenía el artículo 3 de la norma precedente, el Decreto de Urgencia N° 010-2012.

futbolística del país⁶⁰, se desapodera por completo a los administradores originales de la gestión y dirección de los clubes, los mismos que pasan a ser dirigidos por el administrador temporal designado para tal efecto por la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi.

El administrador temporal designado por la Comisión debe encontrarse registrado como persona o entidad autorizada por el Indecopi para desempeñarse como administrador en procedimientos concursales, conforme a lo dispuesto por el artículo 120 de la Ley General del Sistema Concursal. Mediante directiva, el Indecopi regula los requisitos y procedimientos exigidos para su designación y reemplazo.

Los términos y alcances de la norma bajo comentario son claros: el desapoderamiento es inmediato y absoluto, en el sentido que surte sus efectos con la publicación efectuada en el diario oficial “El Peruano”, procede sin excepción en todos los procedimientos concursales a los que sean sometidos los clubes profesionales de fútbol y confiere al administrador temporal designado por la Comisión todas las facultades y atribuciones propias del representante legal y directivos del club concursado⁶¹.

Esta amplitud de alcances de la administración temporal también da cuenta de una situación adicional, implícita en la crisis económica y financiera de los clubes de fútbol: la necesidad de remover a los órganos de administración de dichas asociaciones deportivas. Al disponer de modo inexorable y en todos los casos el desapoderamiento en beneficio del administrador temporal, la norma asume que el manejo dirigenal de los clubes por parte de sus directivos constituye uno de los factores determinantes de la insolvencia y, como consecuencia de ello, resulta imperioso trasladar la administración de los clubes a entidades imparciales y técnicas ante la poca o nula confiabilidad ofrecida por la gestión de los administradores anteriores.

Así, Del Águila señala como una de las ventajas comparativas de este régimen con el

⁶⁰ Ver. Pág. 1 de la Exposición de Motivos de la Ley N° 29862, recuperada de: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/dc98498c6207161d052579df0055d8cc/\\$FILE/PL01015130412.-.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/dc98498c6207161d052579df0055d8cc/$FILE/PL01015130412.-.pdf) (12/09/2013)

⁶¹ **LEY N° 29862, Artículo 3.- Medidas urgentes, temporales y excepcionales del procedimiento concursal**
(...)
3.8 Difundida la situación de concurso, el Administrador Temporal sustituirá de pleno derecho en sus facultades legales y estatutarias a los directores, gerentes, representantes legales y apoderados del deudor. Dicho administrador tendrá las funciones establecidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 671 del Código Procesal Civil. (...)

previsto en la Ley General del Sistema Concursal “ (...) un desapoderamiento casi inmediato de los administradores del deudor, muchas veces, causantes directos del debacle financiero, lo que conduce al control y custodia de sus bienes y documentos por un tercero imparcial y que además tienen las credenciales suficientes, en tanto ya fue calificado y registrado por el Indecopi. (...)”⁶²

En el mismo sentido se pronuncia Schmerler al indicar que “ (...) *En otras palabras, lo que ha establecido el DU es un mecanismo rápido para retirar a los dirigentes actuales del control del club de fútbol (posibles causantes de la crisis que lo ha llevado a ingresar al procedimiento concursal ante el Indecopi) y sustituirlos, inmediatamente después de difundida la situación de concurso, con administradores profesionales e independientes previamente calificados por el Indecopi. (...)*”⁶³

Otro asunto que suscita interrogantes de interés respecto de esta novedosa regulación está dado por los alcances de las funciones y gestión del administrador temporal. Sobre este punto, un sector de la doctrina los limitan a la representación legal del club y a la custodia y preservación de sus documentos y bienes, por considerar que la vocación temporal de su ejercicio les impide ejecutar acciones estructurales que solo podrían ser autorizadas por la junta de acreedores en cumplimiento del plan de reestructuración⁶⁴; mientras que otra posición doctrinaria postula una gestión más activa que, aunque también encuentra su límite en la ulterior decisión de los acreedores sobre el reflotamiento del club, se extiende a los actos ordinarios de administración que resulten necesarios para una eficaz protección del patrimonio sometido a concurso⁶⁵.

Más allá de las mayores o menores atribuciones concretas de las que pueda disponer el administrador temporal, de lo expuesto resulta indiscutible que el marco legal vigente

⁶² DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “*La pelota en la cancha del Indecopi.*” En: Actualidad Jurídica. Tomo 220, Marzo 2012, p. 16. Debe precisarse que, si bien en el artículo citado el autor comenta las disposiciones contenidas en el Decreto de Urgencia N° 010-2012, su análisis también aplica para los preceptos de la Ley N° 29862, puesto que estos reproducen el contenido del referido decreto de urgencia.

⁶³ SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. “*El procedimiento concursal especial para el fútbol peruano. Mucho más que una simple “cuestión de pelotas.”*” En: Actualidad Jurídica. Tomo 220, Marzo 2012, p. 39. Para esta cita también cabe hacer la misma observación efectuada en el pie de página precedente.

⁶⁴ DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. Op. Cit., p. 15.

⁶⁵ ROBILLIARD D' ONOFRIO, Paolo. “*¿Y dónde están...y dónde están...esos acreedores que podían liquidar? Mitos y verdades del excepcional régimen concursal para el mercado futbolístico.*” En: Actualidad Jurídica. Tomo 220, Marzo 2012, p. 30-31.

busca eliminar la posibilidad de que los directivos de los clubes de fútbol mantengan, de forma directa o indirecta, el control y gestión de dichas entidades deportivas. Esta vocación “exclusoria” se ve reforzada con el artículo 3.14 de la Ley N° 29862, el cual prohíbe expresamente que en el régimen de administración aprobado por la junta de acreedores participen personas vinculadas al deudor o a cualquiera de sus acreedores⁶⁶, impedimento que la Directiva N° 001-2012/DIR-COD-INDECOPI hace extensivo a los administradores temporales⁶⁷.

Este es el panorama actual que nuestro ordenamiento jurídico concursal vigente ofrece en materia del desapoderamiento: por una parte, el régimen normativo general previsto en la Ley General del Sistema Concursal contempla el que la doctrina conviene en denominar “desapoderamiento relativo”, que en realidad mantiene en funciones a la administración original del concursado pero le impone la observancia de una serie de deberes en cuanto a la preservación de su patrimonio⁶⁸; en tanto que el régimen excepcional de los clubes de fútbol consagra la ya comentada figura del administrador temporal. Hay una característica común a ambos regímenes: la vigencia de uno y otro culmina con la decisión de la junta de acreedores sobre la administración del deudor, aunque en ambos casos pueden ser ratificados por el referido órgano deliberativo.

Hasta aquí nuestro repaso de los antecedentes legislativos del ordenamiento jurídico concursal peruano. El análisis realizado en la presente sección nos muestra cómo el desapoderamiento del deudor se ha constituido en uno de los principales instrumentos

⁶⁶ **LEY N° 29862, Artículo 3.- Medidas urgentes, temporales y excepcionales del procedimiento concursal**

(...)

3.14 La Junta acordará el régimen de administración en el que no deberá participar el deudor, sus acreedores u otra persona vinculada, directa o indirectamente, a ellos, en los términos establecidos por el artículo 12 de la Ley 27809. (...)

⁶⁷ **DIRECTIVA N° 001-2012/DIR-COD-INDECOPI.**

V. CONTENIDO

1. Requisitos que deberán cumplir las personas naturales o jurídicas, registradas de conformidad con el artículo 120° de la Ley General del Sistema Concursal, que podrán ser designadas como Administradores Temporales.

Para efectos de su designación como Administrador Temporal, la persona natural o jurídica, registrada de conformidad con el artículo 120° de la Ley General del Sistema Concursal, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

(...)

e. Conforme al numeral 3.14 del artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 010-2012, a la fecha de su designación, no podrá ser acreedor del concursado u otra persona vinculada, directa o indirectamente, a aquel, en los términos establecidos en el artículo 12 de la Ley 27809. (...)

⁶⁸ SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. Loc. Cit.

representativos de nuestro sistema concursal a lo largo del tiempo y a través de sus diferentes etapas históricas.

Con la Ley Procesal de Quiebras, el desapoderamiento inmediato del deudor en manos del síndico de quiebras reflejó fielmente la vocación liquidatoria que inspiraba la regulación legal de aquella época pero, sobre todo, los vacíos y defectos que tenía la misma: como el Síndico era sin lugar a dudas el personaje protagónico de los procesos de quiebra por las atribuciones virtualmente omnímodas de las que disponía y su casi nula fiscalización, en él se “personificó” todo el fracaso e inoperancia que conllevó la aplicación de dicha norma durante su vigencia.

Del mismo modo, el “cambio de filosofía” experimentado por nuestro sistema concursal con las normas dictadas durante la década del noventa también tuvo al desapoderamiento como figura destacada, aunque bajo una perspectiva novedosa resueltamente decidida a darle un giro radical respecto de su antecedente normativo: el desapoderamiento se convirtió en una atribución exclusiva de los acreedores en su condición de nuevos “conductores” del proceso concursal, en un entorno favorable a las empresas en crisis.

Finalmente, los cambios normativos de los últimos diez años y el contexto en el cual se han producido, dejan entrever una ligera tendencia a replantear la estructura y alcances del desapoderamiento en los procesos concursales que, aún reconociendo los principios y demás bases conceptuales que sustentan nuestro sistema concursal desde 1992, busca fortalecer esta figura jurídica para dotar de una mayor garantía institucional a los acreedores para el cobro de sus créditos, siendo la mejor muestra de ello la Ley para la reestructuración económica y de apoyo a la actividad deportiva futbolística en el Perú.

Volviendo a la dualidad normativa actualmente existente en lo que al desapoderamiento se refiere, ¿se justifica la diferencia de tratamiento entre uno y otro régimen concursal? ¿Es posible o, mejor dicho aún, saludable que ambos regímenes coexistan, o es preferible optar por una solución intermedia? El análisis que haremos en la siguiente sección sobre específicas experiencias normativas sobre la materia a nivel de derecho comparado contribuirá en buena medida a aclarar las interrogantes antes planteadas.

SECCIÓN II: EL DESAPODERAMIENTO INMEDIATO DEL DEUDOR CONCURSADO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Como ha sido desarrollado en la sección precedente, nuestra legislación de los últimos veinte años ha eliminado de los procedimientos concursales, con excepción de la ley concursal para los clubes de fútbol, el desapoderamiento inmediato del deudor una vez publicada su situación de concurso. Sin embargo, debemos acotar que la “desregulación parcial” de esta figura en nuestro medio resulta por demás novedosa, ya que la mayoría de las legislaciones nacionales la contemplan, sea en forma total o parcial.

Entre la legislación comparada que, a nuestro juicio, cabe destacar sobre esta materia se encuentran los ordenamientos español, colombiano, argentino y estadounidense. En el caso de la legislación española y de la argentina, del análisis que sigue a continuación podremos observar que ambos ordenamientos, si bien regulan sus procesos bajo un esquema judicial, recogen variantes interesantes de desapoderamiento en función al tipo de procedimiento concursal y al estado en el que se encuentre.

Del mismo modo, el ordenamiento norteamericano, no obstante responder a una realidad y tradición jurídicas distintas a la nuestra, también contempla una serie de modalidades de desapoderamiento en función al tipo de procedimiento concursal al cual sea sometido el deudor.

Del análisis a ser desarrollado en la presente sección, podremos apreciar tres factores comunes a las legislaciones reseñadas: el primero, que la mayor o menor intensidad con la que opera el desapoderamiento inmediato del deudor concursado en cada ordenamiento tiende a variar en función proporcional al mayor o menor poder de control del proceso concursal del que disponga la autoridad encargada de su tramitación; el segundo, que esta variación en la intensidad del desapoderamiento se ve consiguientemente reflejada en la estructuración de los procesos concursales, siendo atenuada y hasta inexistente en el caso de los procesos reorganizativos y absoluta tratándose de los procesos liquidatorios; y el tercero, que por lo general los administradores designados no pueden ser removidos ni reemplazados por la junta de acreedores, siendo esta atribución exclusiva de la autoridad concursal respectiva.

1. España

El ordenamiento concursal español vigente es relativamente reciente. La Ley N° 22/2003

del 9 de julio de 2003 (publicada en el “Boletín Oficial del Estado” español el 10 de julio de 2003) y con vigencia a partir del 1 de septiembre de 2004, derogó la Ley de Suspensión de Pagos del 26 de julio de 1922, así como una serie de normas sectoriales y preceptos contenidos en otras leyes sobre materia concursal, anacronismo y dispersión normativa cuya eliminación representó, según lo expresado en la Exposición de Motivos de la propia Ley N° 22/2003, uno de los principales aportes de esta norma⁶⁹.

El concurso es tramitado por los jueces de lo mercantil⁷⁰. El artículo 3 de la Ley N° 22/2003 señala que el concurso puede ser instaurado a pedido del propio deudor o por cualquiera de sus acreedores. Luego de tramitado el procedimiento en su fase pre-concursal, el juez emite una resolución declarando el concurso, en la cual debe determinar, entre otros aspectos, si este es voluntario o necesario, así como los efectos que el mismo produce respecto de las facultades de disposición y administración del deudor y el nombramiento de los administradores concursales⁷¹.

Es necesario destacar que el diseño y estructura del proceso concursal en este país, como en todas las demás legislaciones comparadas sobre la materia, están determinados por el objetivo y finalidades perseguidos por el sistema concursal respectivo, así como en los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los actores involucrados para el logro de los mismos.

Si bien la Ley N° 22/2003 no establece expresamente, a diferencia de nuestra ley concursal, cuáles son los objetivos y finalidades que persigue el sistema concursal español y cuáles son los principios de los que se vale para lograr tal cometido; de una lectura conjunta de sus disposiciones se advierte que las mismas están orientadas a la recuperación del crédito en un escenario que ofrece un escaso margen de negociación al deudor y a sus acreedores en lo que respecta a la toma de decisión sobre el destino del concursado, orientadas a la aprobación de un convenio de reprogramación de

⁶⁹ Publicado en las páginas 26905 y 26906 del “Boletín Oficial del Estado” de España en su edición del 10 de julio de 2003.

⁷⁰ Artículo 8 de la Ley N° 22/2003.

⁷¹ **LEY N° 22/2003. Artículo 21. Auto de declaración de concurso.**

1. El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos:
 - 1.° El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación.
 - 2.° Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.
(...)

acreencias con continuación de la actividad económica y empresarial del deudor concursado y, solo de modo subsidiario, la salida del mercado de este último a pedido propio o por decisión del juez.

La dirección y conducción del proceso quedan reservadas al Juez del concurso, cuyas atribuciones jurisdiccionales sobre la materia dentro del territorio español son de competencia de los jueces en lo mercantil⁷². Es este quien, además de declarar el inicio del proceso concursal, se encarga de designar, con carácter temporal o definitivo, a los administradores concursales, así como aprobar, en última instancia, el destino del deudor concursado. Incluso, la propia Exposición de Motivos de la Ley N° 22/2003 se cuida de precisar que en el concurso solo hay dos órganos indispensables: el juez y la administración concursal, ya que la junta de acreedores solo se constituirá ante la falta de aprobación de una propuesta anticipada de convenio del deudor que cuente con la adhesión de los acreedores apersonados al procedimiento en los términos fijados por la norma⁷³.

Si bien la Exposición de Motivos de la Ley N° 22/2003 se encarga de puntualizar que no es un objetivo perseguido por el sistema concursal español⁷⁴, es indudable que en el esquema y contenido de dicha norma subyace una acentuada vocación a favorecer la conservación de la empresa deudora en el mercado. Basta revisar sumariamente sus disposiciones para apreciar cómo es que la continuación de actividades de la concursada se convierte en la única opción de destino que los acreedores pueden adoptar.

⁷² Conforme a lo señalado en el artículo 8 de la Ley N° 22/2003.

⁷³ La Exposición de Motivos señala expresamente lo siguiente: “ (...)La ley simplifica la estructura orgánica del concurso. Sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento. La junta de acreedores únicamente habrá de constituirse en la fase de convenio cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada. (...)La reducción de los órganos concursales tiene como lógica consecuencia la atribución a éstos de amplias e importantes competencias. La ley configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercerlas, siempre motivando las resoluciones. (...)” Op. Cit., p. 26909.

⁷⁴ “(...) La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución. (...)” Loc. Cit., p. 26910.

Todo el procedimiento regulado en el capítulo primero de la sección quinta de la Ley N° 22/2003 está articulado en primer término, en torno a la presentación de propuestas de convenio por el deudor o por sus acreedores⁷⁵, y luego para su aprobación por la junta de acreedores y subsiguiente ratificación judicial, su eficacia y cumplimiento, así como la conclusión del procedimiento⁷⁶. Incluso el deudor puede presentar una propuesta anticipada de convenio con su pedido de inicio de concurso, el cual de obtener la adhesión de los acreedores en la oportunidad y condiciones previstas por la ley, es aprobado directamente por el juez sin necesidad de convocar a la junta⁷⁷.

A su vez, esta tendencia “pro-empresa” es la que explica, en parte, el rol secundario que juega la junta de acreedores en el proceso concursal español. Así, la junta carece de facultades para decidir libremente si opta por someter al deudor a un proceso de reprogramación de acreencias bajo la continuación de actividades de la empresa o a un proceso de liquidación de sus bienes, ya que como hemos apuntado el margen de acción de los acreedores se restringe a presentar, individual o colectivamente, propuestas de convenio y a votarlas en junta.

Esta restricción existe objetivamente, aunque pueda sostenerse que la junta puede “decidir” indirectamente la liquidación del deudor en caso de no aprobar las propuestas de convenio que hubiesen sido formuladas por el deudor o alguno de los acreedores en la fase común del procedimiento, ya que en ningún caso la junta tiene la atribución de declarar la liquidación como primera opción de destino y tampoco lo puede hacer de manera directa, puesto que la declaración de liquidación es realizada en todos los casos por el juez⁷⁸.

La predisposición de la normativa española a privilegiar soluciones conservativas en el

⁷⁵ Artículos 99 a 103 y 111 a 115 de la Ley.

⁷⁶ Artículos 116 a 141 de la Ley.

⁷⁷ Artículos 104 a 110 de la Ley.

⁷⁸ La Ley N° 22/2003 establece en su artículo 142 cuáles son los supuestos en los que el deudor puede solicitar su liquidación ante el juez del concurso. Asimismo, el artículo 143 de la citada norma contempla las causales por las que el juez puede declarar de oficio la liquidación del concursado. Ninguna disposición de la ley bajo comentario faculta directamente a los acreedores a someter al deudor a un proceso de liquidación. El numeral 4 del mencionado artículo 142 prevé que cualquier acreedor puede solicitar que el juez declare la liquidación del deudor si es que acredita que este se encuentra incurso en cualquiera de las causales que justifiquen su declaración de concurso conforme a lo dispuesto por el apartado 4 del artículo 2 de la Ley, pero aun en este caso la declaración de liquidación la expide el juez, previa evaluación de la misma.

concurso y, como correlato de ello, su tendencia a aplicar restrictivamente la medida liquidatoria, se ven ratificadas en pronunciamientos de los juzgados mercantiles sobre la materia, si bien estos se cuidan de precisar que lo que se busca proteger en cualquier caso es el crédito. Así, el Auto expedido el 25 de enero de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Bilbao señala que *“La regla en la LC es la continuidad de la actividad y la excepción su cese. La finalidad, sin embargo, no es la supervivencia de la empresa, sino más bien la satisfacción del interés de los acreedores, que en ocasiones y merced al mantenimiento de la actividad empresarial, pueden ver satisfechos en mayor medida sus respectivos créditos. (...) el cese solicitado es una medida excepcional, que debe ser interpretado con criterio restrictivo, y en todo caso, atendiendo los intereses del concurso.”*⁷⁹

La doctrina también acoge esta postura. Por una parte, se sostiene que el objetivo de maximizar el pago a los acreedores busca ser alcanzado prefiriéndose de ser posible la solución conservativa de la empresa, ya que se entiende que la preservación del valor empresarial es la mejor manera de satisfacer los derechos de crédito de aquellos⁸⁰, mientras que otros autores ven en la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor que establece el artículo 44.1 de la Ley Concursal no obstante su declaración de concurso y limitación de facultades de disposición y administración, una reafirmación de la vocación de la norma por propiciar la permanencia de la actividad empresarial del deudor en beneficio de la masa de acreedores, tornando en excepcional la decisión judicial de disponer el cese o la suspensión de dicha actividad⁸¹.

En cuanto al desarrollo de la liquidación del deudor concursado, la participación de los acreedores se ve aún más reducida, a tal punto que en los procesos de liquidación la Ley N° 22/2003 excluye tajantemente la posibilidad de que se instale junta alguna. En su lugar, la norma en mención establece que es el Juez del concurso quien aprueba el plan

⁷⁹ LÓPEZ APARCERO, Antonio. *Doctrina judicial sistematizada sobre la Ley Concursal*. Thomson Civitas – Editorial Aranzadi Cizur Menor. Navarra, 2006, p. 113 - 114.

⁸⁰ GADEA SOLER, Enrique. *Reforma concursal y medidas introducidas por el legislador para conseguir un sistema eficiente*. En: Estudios de Deusto, Volumen 54. Bilbao, enero-junio 2006, p. 42-43.

⁸¹ DÍAZ MORENO, Alberto. *Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor. En particular, los supuestos de deudores personas jurídicas*. En: Ignacio Quintana Carlo y otros. *Las claves de la ley concursal*. Cizur Menor, primera edición. Navarra, Thomson Aranzadi, 2005, p. 242-243. CARO GONZALES, Isabel. *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 305.

de realización de bienes y activos presentado por los administradores concursales⁸², y en caso de no ser aprobado el plan, es el propio juez quien se encarga de llevar a cabo la liquidación de los bienes del deudor siguiendo las reglas contenidas en el artículo 149 de la Ley. La intervención de los acreedores queda relegada a observar la propuesta de plan presentada por la administración concursal, a impugnar la decisión judicial que aprueba dicha propuesta, así como a solicitar al juez la separación de los administradores concursales por prolongación indebida del proceso de liquidación y su reemplazo por otros nuevos.

En su condición de solución “subsidiaria” a la crisis empresarial, la norma española busca dar al proceso de liquidación una rápida tramitación, fijando a los administradores concursales un plazo máximo para su realización y propiciando, incluso en este escenario de salida del mercado del deudor, una finalidad conservativa de la empresa disponiendo en su artículo 148 que, siempre que ello sea posible, en el plan de liquidación se contemple la venta de las unidades productivas de la empresa como un todo⁸³.

Como podemos apreciar, en el ordenamiento concursal español el juez del concurso se erige en el protagonista del sistema pues es el órgano cuya intervención es determinante tanto en la etapa inicial del proceso concursal como durante su ulterior desarrollo, asumiendo claramente el rol de dirección del mismo en un entorno claramente favorable

⁸² **LEY N° 22/2003. Artículo 148. Plan de liquidación.**

1. Dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal, presentará ésta al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. Si la complejidad del concurso lo justificara el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá acordar la prórroga de este plazo por un nuevo período de igual duración.
El juez acordará poner de manifiesto el plan en la secretaría del juzgado y en los lugares que a este efecto designe y que se anunciarán en la forma que estime conveniente.
2. Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la secretaría del juzgado el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo sin que se hubieran formulado, el juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa. En otro caso, la administración concursal informará, en el plazo de diez días, sobre las observaciones y propuestas formuladas y el juez, según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones en función de aquéllas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

⁸³ GADEA SOLER, Enrique. Op. Cit. p. 59-60.

a la conservación de la empresa en el mercado. Como contrapartida, la participación de los acreedores es muy limitada, ya que la ley la reserva a actuaciones puntuales y que siempre terminan estando condicionadas a ratificaciones judiciales posteriores.

Llegados a este nivel de análisis, es importante destacar cómo la legislación española contempla, para todos los supuestos de inicio de concurso, el nombramiento de los funcionarios denominados “administradores concursales”. A continuación analizaremos cuáles son los alcances de sus funciones, su estatuto jurídico y otras características relevantes para el propósito del presente trabajo.

1.1 La administración concursal: características y funciones

El artículo 26 de la Ley N° 22/2003 señala que una vez declarado el concurso, el juez ordenará la formación de la sección segunda, referida al nombramiento, funciones y facultades de la administración concursal⁸⁴.

Como lo comentamos en el apartado anterior, la administración concursal es, conjuntamente con el juez, uno de los órganos indispensables para el funcionamiento del sistema concursal español. Su intervención se extiende prácticamente durante todo el procedimiento, salvo luego de la aprobación del convenio, en cuyo caso cesa en sus funciones salvo que dicho instrumento establezca expresamente su continuación⁸⁵. En los procesos de liquidación, su presencia se mantiene hasta el final del procedimiento, encargándose de proponer al juez el plan de liquidación y de ejecutarlo luego de su aprobación, y en defecto del plan colabora con el juez para la realización del patrimonio del deudor concursado en los términos del artículo 149 de la Ley N° 22/2003, así como

84

LEY N° 22/2003. Artículo 26. Formación de la sección segunda.

Declarado el concurso conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez ordenará la formación de la sección segunda, que comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales.

85

LEY N° 22/2003. Artículo 133. Comienzo y alcance de la eficacia del convenio.

(...)

2. Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el artículo 42.

Asimismo, cesarán en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento y de lo previsto en el capítulo II del título VI. Producido el cese, los administradores concursales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale. (...)

del pago a los acreedores con el producto de la venta de los bienes del deudor⁸⁶.

En la fase común del procedimiento – así denominada por la ley a aquella etapa que transcurre desde la publicación del concurso hasta la apertura de la fase de convenio o, de ser el caso, de liquidación – la administración concursal es un órgano con amplias facultades que trascienden la autorización o realización de actos de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor concursado. La ley le encomienda la elaboración de un informe que debe contener la memoria sobre el estado patrimonial del concursado, su eventual viabilidad económica y financiera, la evaluación de las propuestas de convenio que pudieran haberse presentado, el listado de acreedores reconocidos en el procedimiento y el inventario de los bienes que integran la masa activa⁸⁷.

Como vemos, la principal función que ejerce la administración concursal en esta etapa es la de efectuar un “diagnóstico” sobre el estado patrimonial del deudor a través de la identificación de la masa activa y pasiva, así como la emisión de opinión sobre la viabilidad de la empresa concursada. Para garantizar la idónea realización de estas labores tan importantes para el desarrollo del proceso, el artículo 27 de la Ley N° 22/2003 exige que la administración concursal sea, en principio⁸⁸, un órgano colegiado conformado por tres miembros: un abogado y un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, ambos con experiencia mínima de cinco

⁸⁶ Artículos 145 a 162 de la Ley.

⁸⁷ **LEY N° 22/2003. Artículo 75. Estructura del informe.**

1. El informe de la administración concursal contendrá:

1.o Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el número 2.o del apartado 2 del artículo 6.

2.o Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6.

Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días.

3.o Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal.

2. Al informe se unirán los documentos siguientes:

1.o Inventario de la masa activa.

2.o Lista de acreedores.

3.o En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado.

3. El informe concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

⁸⁸ El numeral 2 del propio artículo 27 establece las situaciones excepcionales en las cuales la administración concursal puede tener una conformación distinta a la prevista para la generalidad de deudores.

años; mientras que el tercer integrante debe ser un acreedor titular de un crédito ordinario o privilegiado que no esté garantizado⁸⁹. El numeral 3 de la norma en mención también exige que los dos primeros integrantes estén inscritos en los registros y colegios profesionales respectivos si su colegiatura resulte obligatoria, en caso de no serlo deben asumir un compromiso de formación en materia concursal. Finalmente, el artículo 28 de la Ley N° 22/2003 contempla las causales de incapacidades, incompatibilidad y prohibiciones para ejercer el cargo de administradores concursales.

El fundamento de esta estructura colegiada e interdisciplinaria de la administración concursal radica en la necesidad de dotarla de personal que reúna los conocimientos técnicos y profesionales requeridos para poder llevar a cabo de forma simultánea las complejas y delicadas tareas indicadas precedentemente⁹⁰. El análisis de documentación contable y financiera, la elaboración de inventarios, la verificación de acreencias y la gestión, administración y defensa del patrimonio del deudor concursado constituyen labores especializadas y diversas unas de otras, situación que exige contar con una terna de profesionales altamente calificados en materia jurídica, contable, económica y empresarial⁹¹.

⁸⁹ **LEY N° 22/2003. Artículo 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales.**

1. La administración concursal estará integrada por los siguientes miembros:

1.o Un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.

2.o Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.

3.o Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado. El juez procederá al nombramiento tan pronto como le conste la existencia de acreedores en quienes concurren esas condiciones.

Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una persona jurídica, designará, conforme al procedimiento previsto en el apartado 3 de este artículo, un profesional que reúna las condiciones previstas en el párrafo 2.o anterior, el cual estará sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los demás miembros de la administración concursal.

En caso de que el acreedor designado administrador concursal sea una persona natural en quien no concurre la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, podrá participar en la administración concursal o designar un profesional que reúna las condiciones previstas en el párrafo 2.o anterior, siguiendo para ello el procedimiento previsto en el apartado 3 de este artículo, quedando sometido el profesional así designado al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y remuneración que los demás miembros de la administración concursal.

⁹⁰ GADEA SOLER, Enrique. Op. Cit. p. 46-47.

⁹¹ En este sentido, Teresa Ramos Ibós sostiene que la exigencia de instaurar una administración concursal colegiada y profesionalizada obedece, en buena cuenta, a la necesidad de que sus integrantes dispongan de los conocimientos técnicos requeridos para gestionar del mejor modo posible el manejo del deudor concursado, así como poder evaluar instrumentos concursales de suma importancia para la marcha del proceso como lo son el plan de viabilidad y las propuestas de convenio, en procura de alcanzar el objetivo legislativo de mantenimiento de la empresa en el

Como regla, el artículo 34 de la Ley N° 22/2003 establece que el ejercicio del cargo de administrador concursal es retribuido con cargo a la masa, siendo fijada la retribución respectiva por el juez en base a un arancel que reglamenta las retribuciones en función a la cuantía del activo y del pasivo, así como a la previsible complejidad del concurso.

El artículo 35 de la Ley N° 22/2003 señala que los administradores concursales ejercerán su cargo “con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal”, estándar de gestión que resulta acorde con el perfil especializado y profesional exigido a sus integrantes. Asimismo, establece que sus decisiones son adoptadas en forma colegiada cuando tiene tres miembros, y en forma mancomunada en caso que solo estuviesen en ejercicio dos de sus tres integrantes.

Por sus procedimientos de registro, nombramiento, régimen de fiscalización y de cese de funciones, la administración concursal es un órgano de auxilio judicial⁹². Como tal, rinde cuentas de su gestión exclusivamente al juez, quien está facultado a pedirle en cualquier momento información sobre el proceso concursal en el estado en el que se encuentre, establecer el tipo de funciones a ser realizadas por cada integrante de la administración concursal, y remover a algunos o a todos los integrantes de la administración concursal como resultado de haber sido recusados por algunas de las causales previstas en el artículo 28 de la ley o por otro motivo que el propio juez pueda considerar como una “justa causa” en los términos del artículo 37 de la citada norma. Finalmente, el juez es quien también se encarga de determinar la responsabilidad en la que puedan incurrir los administradores concursales frente al deudor y sus acreedores por la realización de actos contrarios a la ley o sin observar la diligencia debida, según lo prescrito por los numerales 1 y 4 del artículo 36 de la ley.

Esta especial y compleja configuración normativa de sus funciones y atribuciones hace de la administración concursal un órgano de cuyo funcionamiento exitoso depende, en buena medida, el cumplimiento de los objetivos perseguidos por la nueva ley concursal

mercado. RAMOS IBÓS, Teresa. *La administración concursal: actuación, estatuto jurídico, responsabilidades y funciones*. Bosch, primera edición. Barcelona, 2007, p. 10 y 11.

⁹² Al respecto, Javier Hernández señala que una de las novedades incorporadas por la Ley N° 22/2003 es la relación de subordinación que mantiene la administración concursal frente al juez del concurso, manifestada principalmente a través de los siguientes hechos: a) el considerable ámbito de discrecionalidad con que cuenta el juez para determinar el funcionamiento de la administración concursal en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 35.6 de la ley; b) la falta de injerencia de los acreedores en la designación de los administradores concursales; y, c) el carácter inimpugnable del nombramiento, recusación o cese de los administradores concursales. HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, Javier. *La administración concursal: composición, funciones, retribución y responsabilidad*. En: Ignacio Quintana Carlo y otros. Op. Cit. p.201.

española⁹³. Ahora pasaremos a revisar cuáles son los alcances concretos de la intervención de esta administración concursal en la gestión de la empresa concursada, en función al tipo de desapoderamiento que opera en el proceso concursal español.

1.2 Clases de desapoderamiento

En armonía con la vocación conservacionista de la empresa que la inspira, la Ley N° 22/2003, abandonando el antiguo y desfasado espíritu punitivo que tradicionalmente justificaba los efectos preventivos contra la persona del deudor insolvente al iniciarse su concurso, establece dos clases de desapoderamiento en función al grado de intensidad que el mismo produce en las facultades de administración y disposición del concursado, orientados ambos, en mayor o menor medida, a la continuación de la actividad empresarial y al pago de los acreedores vía convenio⁹⁴: un régimen de desapoderamiento relativo del deudor llamado por la ley como “intervención”, propio y característico, en principio, de los concursos voluntarios, que en el lenguaje normativo español no son otros que aquellos iniciados a pedido del deudor⁹⁵; y el otro denominado “suspensión”, el que resulta aplicable, como regla general, a los concursos necesarios que, como se comentará más adelante, son aquellos promovidos por acreedores.

Se considera que, sea cual fuere el régimen de desapoderamiento aplicable, la norma española estima necesario imponer a los deudores en concurso un cierto nivel, siquiera mínimo, de limitaciones y restricciones al ejercicio de sus facultades de administrar y disponer su patrimonio, cuyo grado de intensidad deberá ser utilizado siempre en última instancia para tutelar el “interés del concurso”⁹⁶, concepto que cierto desarrollo jurisprudencial lo identifica como la maximización del valor del patrimonio concursado para procurar la mayor satisfacción posible de los derechos de crédito de los

⁹³ En esa línea, HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, Javier. Ídem, p. 222.

⁹⁴ GADEA SOLER, Enrique. Op. Cit. p. 52.

⁹⁵ Conforme a lo preceptuado por el numeral 1 del artículo 22 de la ley.

⁹⁶ ROJO, Ángel, Ignacio Tirado y otros. *Comentario de la Ley Concursal*. Thomson Civitas. Primera edición, Madrid, 2004, p. 476; y DÍAZ MORENO, Alberto. Op. Cit. p. 228 y 249. Comentando los efectos que sobre los órganos sociales de la empresa concursada genera el inicio del procedimiento bajo un régimen de intervención, este último autor enfatiza la idea de que la imposición de restricciones patrimoniales al deudor debe estar presidida por el principio que él denomina de “intervención mínima”, de modo que se procure alterar en la menor medida posible el desempeño y funcionamiento de tales órganos, solo en cuanto coadyuve a la plena realización de los fines perseguidos con el concurso.

acreedores⁹⁷.

En cualquier caso, la doctrina puntualiza que, más allá de poder servir de incentivo para que los deudores se anticipen a la acción de sus acreedores para obtener un desapoderamiento “atenuado” que les permita retener la administración de su patrimonio, la diferenciación entre concurso voluntario y relativo carece de mayor relevancia en orden a las fases posteriores del proceso, puesto que este sigue esencialmente el mismo desarrollo en uno y otro supuesto⁹⁸. Esta idea se refuerza por el hecho que, como se analizará más adelante, la calificación inicial del concurso como voluntario o necesario no obsta para que luego el juez pueda, mediante decisión fundamentada, disponer la variación del régimen de desapoderamiento en cada caso concreto.

1.2.1 Concurso voluntario: desapoderamiento “relativo”

El numeral 1 del artículo 40 de la Ley N° 22/2003 establece que, tratándose de un concurso voluntario, el deudor conservará sus facultades de disposición y administración sobre los bienes que integran su patrimonio, quedando sujeto el ejercicio de las mismas a la intervención de la administración concursal, sea a través de su autorización o de su conformidad⁹⁹.

Estamos ante un supuesto de desapoderamiento relativo porque, si bien la norma antes citada expresa que el deudor conserva sus facultades de disposición y administración de su patrimonio, para poder ejercerlas requiere necesariamente de la aprobación de la administración concursal, con lo cual su margen de actuación en este ámbito se ve claramente condicionado a la previa opinión favorable que del mismo pueda o no tener el referido órgano concursal.

⁹⁷ Según la Sentencia expedida el 25 de julio de 2005 por el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, el “interés del concurso” es entendido como la maximización de los activos con que hacer pago a los acreedores. Del mismo modo, la Sentencia emitida el 19 de junio de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil de Alicante conceptúa al interés del concurso, como “ (...) *prototipo de concepto jurídico indeterminado, la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores, o dicho de otra manera, en lograr la mayor atención, satisfacción o pago a los acreedores.*” LÓPEZ APARCERO, Antonio. Op. Cit. p. 110.

⁹⁸ ROJO, Ángel, Ignacio Tirado y otros. Op. Cit., p. 501-502.

⁹⁹ **LEY N° 22/2003. Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor.**

1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. (...)

Siguiendo a un sector de la doctrina que comenta este tema¹⁰⁰, consideramos que en este régimen de intervención la administración concursal asume como regla general un rol de control – y no de gestión efectiva – de la actividad empresarial del deudor concursado en lo que atañe a la administración y disposición de su patrimonio, con la finalidad de velar por la conservación de la masa activa del concurso destinada al pago de los créditos comprendidos en el procedimiento. De este modo, en esta fase la administración concursal se convierte en una especie de “filtro” garantista de los intereses de los acreedores, al tener el poder de depurar en última instancia la totalidad de los actos de administración y disposición del deudor, seleccionando de entre ellos cuáles son, a su criterio, realmente conducentes para preservar o, incluso, incrementar el valor del patrimonio sometido a concurso bajo escenarios empresariales con el menor riesgo posible¹⁰¹. Si en ejercicio de tales facultades de control, el interventor verifica que la inacción del deudor puede conducir a un potencial perjuicio a los intereses del concurso, puede solicitar al juez autorización para realizar él mismo las gestiones correspondientes e, incluso, pedir el cambio de régimen a uno de suspensión¹⁰².

La forma a través de la cual la administración concursal “controla” al deudor concursado se da a través de dos modalidades: la autorización, otorgada de modo previo al acto en cuestión; y la convalidación o conformidad, que se puede expresar incluso de manera tácita y con posterioridad a la realización del acto¹⁰³. Consideramos que esta última modalidad, si bien resulta en principio excepcional por constituir una transgresión a la limitación mínima que el régimen de intervención supone para el ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, deviene igualmente necesaria puesto que en determinadas circunstancias puede convertirse en el mecanismo más eficaz y oportuno de tutela del interés de la masa de acreedores, a la luz de la sistemática tendencia normativa española a favorecer la continuación de la actividad

¹⁰⁰ TIRADO, Ignacio. *Los administradores concursales*. Thomson Civitas, primera edición. Madrid 2005, p. 113; y DÍAZ MORENO, Alberto. Op. Cit. p. 230.

¹⁰¹ PACHECO GUEVARA, Andrés. *La administración concursal*. Cizur Menor, primera edición. Navarra, Thomson Aranzadi 2009, p. 99.

¹⁰² DÍAZ MORENO, Alberto. Op. Cit. p. 230; y CARO GONZALES, Isabel. Op. Cit. p. 303.

¹⁰³ CARO GONZALES, Isabel. Loc. Cit. p. 290.

empresarial del concursado¹⁰⁴.

En nuestra opinión, la necesidad de establecer este mecanismo de control sobre los actos de la administración del deudor se justifica en que el estado de insolvencia declarado por el juez conlleva un mayor riesgo implícito en las operaciones económicas y financieras que en lo sucesivo pueda realizar el deudor concursado en el mercado, ya que su condición de insolvente se constituye en un escenario propicio para incentivarlo a emprender acciones potencialmente susceptibles de perjudicar aún más su debilitada situación patrimonial. Esta consideración resulta congruente con la filosofía del sistema concursal español, en el que el rol prevalente que tiene el juez en la dirección del proceso lo legitima para disponer, a través de la administración concursal como su órgano auxiliar, la implementación de todas aquellas medidas destinadas a evitar que el deudor pueda empeorar su crisis impidiéndole la posibilidad de poder tomar decisiones precipitadas respecto de su patrimonio¹⁰⁵.

Para tal fin, el artículo 43 de la Ley N° 22/2003 exige al deudor y a la administración concursal un deber de ejercer sus facultades de gestión y disposición que procure la conservación del patrimonio que resulte más adecuada para cautelar el interés del concurso. Tratándose de actos de enajenación de activos del deudor, estos deben ser autorizados por el juez, quedando exceptuados de este precepto solo los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor¹⁰⁶. En este último supuesto, el artículo 44 de la norma permite, en aras de no

¹⁰⁴ En este sentido se pronuncia DÍAZ MORENO, Alberto. Op. Cit. p. 239. Uno de los supuestos que justifican plenamente la aplicación de esta modalidad “controladora” viene dado por la posibilidad, expresamente admitida por el segundo párrafo del artículo 44.2 de la Ley N° 22/2003, que el deudor, no obstante haber sido declarado ya en concurso, realice actos de disposición imprescindibles para la continuación de su profesión o actividad empresarial hasta que el administrador concursal encargado de intervenir su gestión acepte su designación judicial. En este caso, la citada norma supedita la eficacia de tales actos a que su realización se haya ajustado “a las condiciones normales de mercado”, circunstancia que, como podrá comprenderse de lo expuesto, es la que en última instancia deberá verificar *ex – post* el administrador concursal a fin de determinar si corresponde confirmar o no los actos en cuestión.

¹⁰⁵ En esa línea, CARO GONZALES, Isabel. Op. Cit. p. 304. Como complemento de esta idea, y de acuerdo con las consideraciones esbozadas en las primeras páginas del presente trabajo, Alberto Díaz Moreno destaca que las limitaciones impuestas por la ley concursal española a las facultades de gestión del deudor tienen un marcado carácter instrumental, ya que sirven para el logro del objetivo principal de todo concurso: la máxima satisfacción de los acreedores, lo cual también explica su temporalidad. DÍAZ MORENO, Alberto. Op. Cit., p.231.

¹⁰⁶ **LEY N° 22/2003. Artículo 43. Conservación y administración de la masa activa.**

1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario.

entorpecer el desarrollo de dicha actividad, que la administración concursal podrá determinar de antemano cuáles son los actos y operaciones propios del giro del negocio del deudor que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedará autorizado a realizar con carácter general¹⁰⁷.

Ahora bien, es importante destacar que un sector de la doctrina y la jurisprudencia se inclinan a interpretar ambos preceptos con un criterio amplio y flexible, con una clara orientación a evitar en lo posible entorpecer la continuación de actividades del deudor que, a su vez, proteja adecuadamente el interés de los acreedores en que se maximice el valor del patrimonio en concurso. Por una parte, a nivel doctrinal se postula una interpretación que solo excluya de la autorización general a la que refiere el artículo 44.2 de la Ley la realización de actos extraordinarios, manifiestamente ajenos al giro profesional o empresarial del deudor¹⁰⁸. Mientras que en el ámbito jurisprudencial, se observa una marcada tendencia a exigir a los jueces en lo mercantil una ponderada discrecionalidad al decidir sobre la autorización de enajenación de activos, motivada estrechamente con la protección del tan mentado “interés del concurso”.

Así, tenemos que ciertos pronunciamientos judiciales sustentan sus decisiones de aprobar la realización de determinados actos de disposición en consideraciones de necesidad de enajenar bienes por su carácter perecible o de rápida depreciación, o para atender gastos ordinarios de administración, entre otras circunstancias caracterizadas en común por su premura y urgencia, así como por su finalidad conservativa y no liquidatoria¹⁰⁹. En otros casos, se indica con mayor precisión que la autorización debe ser concedida por el juez si

-
2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.
 3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente.

¹⁰⁷ **LEY N° 22/2003. Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial.**

1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor.
2. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general. (...)

¹⁰⁸ DÍAZ MORENO, Alberto. Op. Cit. p. 244.

¹⁰⁹ Autos expedidos el 23 de mayo de 2005 y el 2 de marzo de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Madrid. LÓPEZ APARCERO, Antonio. Op. Cit. p. 111-112.

este constata que “ (...) *la finalidad de la operación no es una simple liquidación anticipada de la masa activa sino que responde a un propósito, en última instancia, de conservar el soporte patrimonial que ha de responder ante los acreedores. Lo relevante en estos casos es conservar el valor del patrimonio concursal y ello puede pasar por la necesidad de enajenar bienes perecederos, de difícil o costosa conservación e incluso puede justificar que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés. (...)*”¹¹⁰ Finalmente, existe jurisprudencia que impone al juez el deber de motivar siempre su decisión de autorizar o no la enajenación de activos del concursado en el “interés del concurso”, pese a la falta de una expresa previsión normativa para tal efecto ¹¹¹.

La lectura conjunta de estas disposiciones, a la luz del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de su contenido, nos permite concluir que el sistema concursal español trata de regular de manera equilibrada el desapoderamiento relativo del deudor, buscando hacer compatible su vocación de promover la permanencia de las empresas concursadas en el mercado con el objetivo de garantizar en la medida de lo posible la intangibilidad del patrimonio sometido a concurso. Creemos que el éxito de esta pretensión normativa radicará, por una parte, en hasta qué punto podrán adaptarse las empresas en crisis a este régimen de intervención ¹¹² y, por otra parte, en la mayor o menor permeabilidad que puedan llegar a tener los órganos concursales en consentir no solo la realización de actos de mera administración, sino sobre todo de aquellas operaciones económicas y financieras de mayor envergadura que puedan redundar en beneficio de la masa de acreedores, para lo cual resultará fundamental que los integrantes de la administración concursal tengan un alto nivel de conocimientos técnicos en materia empresarial, así como una continua y eficaz supervisión de su gestión por parte del juez del concurso ¹¹³.

¹¹⁰ Auto expedido el 14 de junio de 2005 por el Juzgado de lo Mercantil N° 4 de Madrid. *Ibidem*.

¹¹¹ Auto expedido el 27 de abril de 2005 por el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Madrid. *Ibidem*.

¹¹² En palabras de Alberto Díaz Moreno, la buena marcha del procedimiento concursal requerirá del establecimiento de cierta relación de cooperación entre los órganos corporativos del deudor y la administración concursal, tarea que puede verse dificultada por la tensión existente entre el interés propio del deudor y el de los acreedores que finalmente representa el administrador concursal. DÍAZ MORENO, Alberto. *Op. Cit.*, p. 253 y 254. En ese sentido, Teresa Ramos opina que la constante e injustificada oposición del deudor a realizar actos de administración y de disposición que puedan beneficiar el interés de la masa hace muy probable que la administración concursal termine solicitando al juez la variación del régimen de intervención a uno de suspensión. RAMOS IBÓS, Teresa. *Op. Cit.*, p.58.

¹¹³ Así lo indica HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, Javier. *Op. Cit.*, p.222.

1.2.2 Concurso necesario: desapoderamiento “absoluto”

El numeral 2 del artículo 40 de la Ley N° 22/2003 establece que, en caso de concurso necesario¹¹⁴, se suspenderá el ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, siendo sustituido en las mismas por la administración concursal¹¹⁵.

A diferencia del supuesto analizado en el acápite precedente, en virtud de lo dispuesto por la norma antes citada la declaración de concurso necesario es sinónimo de un “desapoderamiento pleno”, en el sentido que en este caso el deudor sí pierde por completo la facultad de administrar y disponer su patrimonio, atribuciones que desde ese momento corresponderán exclusivamente a los administradores concursales.

La norma no lo señala expresamente, pero la privación absoluta de la gestión de su negocio que para el deudor implica su sometimiento a un concurso necesario nos deja entrever que, para este tipo de procedimientos, la ley española justifica la implementación de esta medida, evidentemente mucho más drástica que la prevista para el concurso voluntario, en una mayor urgencia en abordar la crisis patrimonial atravesada por el insolvente. Y creemos que parte de la explicación a este diferente tratamiento legal lo podemos extraer de la revisión de los supuestos que, según la norma, pueden sustentar el inicio de concurso a pedido de acreedores, así como de algunos pronunciamientos judiciales que justifican la medida de suspensión en la particularmente grave situación patrimonial del deudor que solicita su concurso.

El artículo 2 de la Ley N° 22/2003 contempla hasta cinco supuestos en base a los cuales uno o más acreedores pueden solicitar al juez la declaración de concurso de su deudor, que pueden resumirse, básicamente, en la existencia de embargos por ejecuciones que puedan recaer en forma general sobre el patrimonio del deudor, la inexistencia de bienes libres de gravamen para la ejecución de embargos, la falta de pago generalizada de obligaciones corrientes, laborales o tributarias y la liquidación “ruinosa” de sus bienes por

¹¹⁴ De una lectura conjunta del numeral 1 del artículo 3 con el numeral 1 del artículo 22 de la Ley N° 22/2003, se infiere que el concurso tendrá la calidad de necesario cuando la solicitud de inicio del mismo haya sido presentada por uno o más acreedores del deudor.

¹¹⁵ **LEY N° 22/2003. Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor.**
(...)
2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales. (...)

el deudor¹¹⁶.

Asimismo, existe jurisprudencia por la cual se decidió imponer al deudor en concurso voluntario un régimen de suspensión, por haberse verificado que, de manera previa a su pedido de acogimiento a concurso, aquel realizó una enajenación “liquidativa” y oportunista de sus activos, sin seguir un trámite formal de disolución y pagando las deudas que estimó conveniente cancelar¹¹⁷. Y en otro fallo judicial, se indicó expresamente que “ (...) *Teniendo en cuenta que se ha acordado la liquidación de la sociedad e interesado desde la misma solicitud la apertura de la liquidación, se estima procedente acordar la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, que pasarán a ser ejercidas por los administradores concursales, por estimar que su actuación reportará mayores beneficios a la gestión de la sociedad, y por ende, a los acreedores.* (...) (el subrayado es nuestro)”¹¹⁸

Una lectura somera de dichos supuestos y de cierto desarrollo jurisprudencial sobre la materia, nos invita a considerar que el legislador español ha optado - como regla general - por desapoderar por completo al deudor que es declarado en concurso por incurrir en alguno de ellos, en razón a que los mismos denotan una manifiesta insuficiencia patrimonial del deudor en afrontar el pago de sus obligaciones, en otras palabras, un estado crítico de insolvencia que amerita una intervención directa e inmediata en la gestión del patrimonio del insolvente para evitar que su crónico deterioro patrimonial prosiga hasta degenerar en una situación de agotamiento total de su masa activa, que frustre de manera definitiva el ejercicio del derecho de cobro de sus acreedores.

¹¹⁶ **LEY N° 22/2003. Artículo 2. Presupuesto objetivo.**
(...)

4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

- 1.o El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
- 2.o La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
- 3.o El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor.
- 4.o El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

¹¹⁷ Auto expedido el 10 de octubre de 2005 por el Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Madrid. LÓPEZ APARCERO, Antonio. Op. Cit. p. 108.

¹¹⁸ Auto expedido el 2 de noviembre de 2005 por el Juzgado de lo Mercantil de Cádiz. Ibidem.

Dado que el desapoderamiento es pleno, la administración concursal asume, desde la fecha de aceptación de su cargo, el manejo integral del patrimonio del deudor concursado. Como puede deducirse fácilmente, aquí la amplitud y complejidad de las atribuciones y funciones de los administradores concursales se extienden considerablemente pues ya no solo se encargan de evaluar la factibilidad de los actos de administración y disposición patrimoniales, sino que también deben llevarlos a cabo¹¹⁹.

En coincidencia con lo señalado por un sector de la doctrina española, estimamos que la variedad y complejidad que pueda implicar el desarrollo de la actividad empresarial o profesional del deudor impone a la administración concursal el deber de fijarse un margen de actuación discrecional en su desempeño lo suficientemente amplio como para conservar de la mejor manera el patrimonio concursado y, de ese modo, favorecer la continuación de las actividades del deudor en el mercado, reservando a la aprobación judicial únicamente aquellos actos de disposición que, por su magnitud, realmente sean susceptibles de afectar positiva o negativamente la composición de la masa activa¹²⁰.

Es esta mayor responsabilidad en la gestión de la empresa la que dota de sentido a los preceptos contenidos en el numeral 1 del artículo 43 de la Ley N° 22/2003 y en el numeral 3 del artículo 44 del referido cuerpo legal, según los cuales los administradores concursales podrán, por una parte, requerir al juez el auxilio necesario para poder atender la conservación de la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso y, por otra, tomar todas aquellas medidas que resulten necesarias para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. En uso de estas atribuciones, el administrador concursal puede incluso ejercer sus funciones entablando una relación cooperativa con el deudor, realizando a propuesta de este determinados actos de

¹¹⁹ RAMOS IBÓS, Teresa. Op. Cit., p. 58.

¹²⁰ Sobre este tema, Alberto Díaz Moreno hace una interesante observación en torno a cómo debe entenderse la función de “conservación” de la masa activa, la cual ha de ser ejercida tomando como referencia el valor global y conjunto del patrimonio y no en forma separada cada uno de los bienes y activos que lo integran, de modo que el acto de disposición de uno o incluso varios bienes por parte de la administración puede calificar como “conservativo”, si es que con el mismo se preserva el valor conjunto de la masa activa. Concluye dicho autor que así puede compatibilizarse la realización discrecional de estos actos de disposición con efectos conservativos, con la necesidad de obtener la autorización judicial de aquellos otros actos dispositivos de bienes que conforman la masa activa. DÍAZ MORENO, Alberto. Op. Cit., p. 240 – 241. En este sentido también se orienta cierta línea jurisprudencial, cuando en el Auto expedido el 10 de enero de 2005 por el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Bilbao se indica que “ (...) Se trata, en definitiva, no tanto de conservar a ultranza los elementos que integran el patrimonio del deudor, como de asegurar que se mantenga el valor de tal patrimonio, que es la garantía que tanto por lo dispuesto en el art. 1911 del CCv como por lo disciplinado en la LC, (...) tienen los acreedores para hacer efectivos sus respectivos créditos.” LÓPEZ APARCERO, Antonio. Op. Cit. p. 110.

administración o de disposición que puedan redundar en beneficio de la masa de acreedores, aprovechando para ello el conocimiento técnico y experiencia del deudor en la gestión del negocio¹²¹.

Asimismo, y a diferencia del régimen de intervención en donde el deudor mantiene sus facultades de comparecer a juicio para la defensa de sus intereses patrimoniales salvo para realizar determinados actos procesales de trascendencia para la conservación de la masa activa¹²², en el régimen de suspensión la administración concursal asume la representación procesal del deudor en todo lo que concierna a su apersonamiento a juicios que puedan afectar su patrimonio¹²³.

Como conclusión al análisis desarrollado en el presente acápite, podemos señalar que el desapoderamiento pleno que opera en un régimen de suspensión busca que, para detener la particularmente delicada situación falencial del deudor concursado, el ordenamiento confiere directamente a la administración concursal las facultades de administración y disposición del patrimonio concursado para que desempeñe una gestión responsable y de carácter esencialmente conservativo de la masa activa y, de esta manera, no solo pueda estar en condiciones de evitarle pérdidas mayores sino que, incluso, procure en la medida de sus posibilidades continuar la actividad empresarial o profesional del deudor hasta la fase de evaluación y aprobación del convenio.

1.3 Facultades discrecionales del juez del concurso

Si bien los numerales 1 y 2 del artículo 40 de la Ley N° 22/2003 atribuyen como consecuencias del concurso voluntario y del concurso necesario el desapoderamiento

¹²¹ DÍAZ MORENO, Alberto. Op. Cit., p. 230.

Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial.

(...)

1. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial. (...)

¹²² Según lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 54 de la Ley.

¹²³ **LEY N° 22/2003. Artículo 54. Ejercicio de acciones del concursado.**

1. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. (...)

relativo (intervención) y el desapoderamiento pleno (suspensión), respectivamente, el numeral 3 del referido dispositivo legal reserva al juez del concurso la facultad discrecional de decidir, con independencia del tipo de concurso de que se trate, cuál será el régimen de administración al que será sometido el deudor. Así, el juez puede disponer que, no obstante haberse declarado el inicio de un concurso voluntario, se someta al deudor a un régimen de suspensión de sus facultades de administración y disposición, y del mismo modo, ordenar que un deudor incurso en concurso necesario tenga únicamente el régimen de intervención, debiendo sustentar siempre el motivo de estas decisiones¹²⁴.

Esta atribución no se limita al inicio del concurso. En cualquier momento, y a solicitud de la administración concursal, el juez también podrá variar el régimen de administración del deudor¹²⁵.

Aquí es fundamental comprender que esta decisión, lejos de quedar al libre arbitrio del juzgador, está sujeta en todos los casos a una motivación que atienda a la satisfacción de un interés “tutelable” en el concurso, sea de los acreedores, del deudor o de terceros con legítimo interés¹²⁶. La necesidad de restringir la discrecionalidad judicial a este ámbito subjetivo tan delimitado obedece, en buena cuenta, a conseguir la finalidad mayor de favorecer en lo posible la continuación de actividades de la empresa en concurso, y en esos términos se refiere el Auto expedido el 10 de abril de 2006 por el Juzgado Mercantil N° 3 de Barcelona cuando señala que “ (...) *La decisión de cambio de facultades del concursado exige motivación evaluando los riesgos que se pretende evitar y las ventajas que se quieran obtener. Cualquier modificación de los órganos de decisión, representación y gestión de una sociedad mercantil declarada en concurso genera cierta*

¹²⁴ **LEY N° 22/2003. Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor.**

(...)

2. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener. (...)

¹²⁵ **LEY N° 22/2003. Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor.**

(...)

3. A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio. (...)

¹²⁶ ROJO, Ángel e Ignacio Tirado. Op. Cit. p. 477. Como posibles situaciones justificantes de una variación del régimen de desapoderamiento, estos autores mencionan los siguientes hechos: la situación patrimonial del deudor, las características de la empresa concursada y el sector en el que opera, la constatación de previos comportamientos fraudulentos o abusivos del deudor, las previsibles causas del estado de crisis económica del concursado, entre otros.

inquietud y abre un período de tiempo durante el “traspaso de poderes” que puede afectar a la gestión cotidiana de la sociedad. Evidentemente la Ley concursal apuesta porque la declaración de concurso no interfiera en la actividad empresarial de la concursada, ni los administradores del concurso ni el juzgado puede interferir – en principio – en el normal desarrollo de las decisiones de los órganos societarios y de sus accionistas, ni pueden alterar el juego de mayorías y minorías que debe presidir el funcionamiento de una entidad jurídica. (...)¹²⁷

Resulta interesante observar cómo es que la legislación concursal española, sin perjuicio de establecer dos modalidades de desapoderamiento del deudor en función a cada tipo de concurso al cual es sometido que, a su vez, tiene un sustento para su diferenciación; también se cuida de dotar a la implementación de estas variantes de desapoderamiento de la flexibilidad necesaria que les permita amoldarse de la mejor manera a cada proceso concursal, a fin de procurar el logro de los objetivos perseguidos por el sistema concursal hispano.

Y como no podía ser de otro modo dada la configuración de dicho sistema concursal, el ejercicio de esta atribución de flexibilizar la aplicación de ambas modalidades de desapoderamiento recae exclusivamente en el juez del concurso, en su calidad de órgano rector y protagonista de este ordenamiento jurídico. En este punto, no debe perderse de vista que esta facultad discrecional del juez encuentra su fundamento, en última instancia, en el carácter instrumental del concurso como herramienta puesta a disposición de los agentes económicos involucrados para dar solución a la crisis patrimonial del deudor.

El estudio que hemos realizado respecto de las figuras e instituciones jurídicas relacionadas con el desapoderamiento inmediato en el régimen concursal español, nos da cuenta de la articulación de estos instrumentos normativos en torno al logro de los objetivos y finalidades perseguidos por dicho ordenamiento, ordenados bajo su filosofía propia de funcionamiento: la protección del crédito en un escenario que favorece la permanencia de las empresas en el mercado, regida y fomentada por el juez en su condición de máxima autoridad del concurso y, como tal, propulsora del desarrollo del mismo, apoyado por la administración concursal como el otro órgano de participación determinante en el proceso.

¹²⁷ LÓPEZ APARCERO, Antonio. Op. Cit. p. 108.

2 Argentina

El sistema concursal argentino está regido por la Ley N° 24.522, Ley de Concursos y Quiebras, promulgada en agosto de 1995. Como en España, es un régimen judicializado que recurre a diversos auxiliares de justicia que colaboran en la conducción y tramitación de los procedimientos concursales. Sin embargo, una primera diferencia que podemos apreciar respecto de la legislación española es que el ordenamiento argentino no atribuye la competencia para conocer tales procedimientos a jueces de una determinada especialidad, sino que la jurisdicción concursal queda fijada en torno a criterios de domicilio y lugar de realización de actividades de la empresa concursada¹²⁸.

Una lectura conjunta de la norma en cuestión ofrece dos visiones del sistema concursal argentino: el primero, que propugna la iniciativa del deudor para proponer un concurso preventivo orientado a la implementación de mecanismos de pago colectivos en función a la diferenciación de grupos de acreencias según su naturaleza y privilegios, bajo un régimen de continuación de actividades de la empresa¹²⁹; y el segundo, el clásico y tradicional procedimiento de quiebra judicial, cuyo único objetivo es la salida del mercado de los deudores sometidos al mismo.

Es oportuno destacar en este punto otra diferencia con el sistema concursal analizado en los acápites precedentes: mientras el ordenamiento español se halla estructurado en base a una vocación notoriamente inclinada a favorecer la conservación de las empresas en crisis y, en ese sentido, relega de alguna manera a un segundo plano la regulación de los procesos de vertiente liquidatoria; esto no sucede con la misma claridad en el derecho concursal argentino, el cual incluso yuxtapone los supuestos de hecho materiales previstos para acogerse sea a un concurso preventivo o a un proceso de quiebra.

En nuestra opinión, la particular configuración normativa del sistema concursal argentino permite sostener que, en última instancia, la diferenciación para determinar el sometimiento a uno y otro procedimiento obedezca, más que a criterios técnicos o estructurales, a consideraciones de tipo procedimental puestas a disposición de los

¹²⁸ Conforme lo preceptúa el artículo 3 de la Ley N° 24.522.

¹²⁹ Asimismo, el artículo 18 de la Ley N° 25.589 promulgada el 15 de mayo de 2002, que modificó en su integridad el Capítulo VII de la Ley N° 24.522, ofrece a los deudores la posibilidad de celebrar con sus acreedores un acuerdo preventivo extrajudicial que luego debe ser sometido a homologación judicial.

sujetos interesados¹³⁰. Así, no existe en estricto una delimitación conceptual en la norma bajo comentario – basada en criterios económicos o jurídicos – que posibilite distinguir los casos en los que proceda someter al deudor a un concurso preventivo de aquellos que ameritan el inicio de un proceso de quiebra, más allá de que este último puede ser promovido por el deudor o sus acreedores en oposición a aquel, que solo puede ser solicitado por el deudor¹³¹.

La muestra más clara de lo antes dicho podemos encontrarla en la forma como la legislación argentina aborda el supuesto de “cesación de pagos”. Por una parte, el numeral 2 del artículo 11 de la Ley N° 24.522 exige al deudor como uno de los requisitos para acogerse al concurso el explicar detalladamente las circunstancias en las que incurrió en cesación de pagos¹³², mientras que el artículo 78 de dicha norma establece que para declarar la quiebra debe acreditarse el estado de cesación de pagos¹³³. Como puede apreciarse, el mismo hecho económico-jurídico (cesación de pagos) puede sustentar indistintamente el inicio de uno u otro procedimiento, pese a que la finalidad perseguida por cada uno de ellos difiere de manera radical¹³⁴.

¹³⁰ Es esta situación la que motivó que Antonio Tonón se preguntara cuál sería la razón por la cual un deudor decidiera, en vez de pedir el inicio de un concurso preventivo, solicitar su propia quiebra o permita que la misma sea declarada a pedido de sus acreedores. Frente a esta interrogante, plantea respuestas tentativas fundadas principalmente en criterios de oportunidad como, por ejemplo, en caso que el deudor se encuentre impedido de acreditar algún requisito exigido por la ley para acogerse al concurso preventivo o, por su tipo de actividad económica, le resulte más ventajoso concluir la quiebra con un acuerdo resolutorio que le permita continuar en el mercado. TONÓN, Antonio. Op. Cit., p. 10.

¹³¹ En oposición al tratamiento legislativo en nuestro país, puesto que la Ley General del Sistema Concursal establece claramente en sus artículos 24 y 103 las denominadas “bandas económicas” de acceso a cada uno de los procedimientos concursales regulados por dicha norma: el procedimiento concursal ordinario y el procedimiento concursal preventivo.

¹³² **LEY N° 24.522. Artículo 11.- Requisitos del pedido.** Son requisitos formales de la petición de concurso preventivo:
(...)
2) Explicar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera manifestado. (...)

¹³³ **LEY N° 24.522. Artículo 78.- Prueba de cesación de pagos.** El estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan.

¹³⁴ Al respecto, Arnoldo y Jaime Kleidermacher cuestionan la técnica legislativa empleada por la ley argentina para identificar un estado de “cesación de pagos” señalando que “ (...) *No puede dejar de advertirse, entonces, cierto divorcio entre el concepto doctrinario de cesación de pagos como estado generalizado de impotencia patrimonial y el esquema práctico que debe resolver la ley para acreditar tal situación, que será a través del mecanismo de los hechos reveladores en el que la figura protagónica para el pedido de quiebra por acreedores será el incumplimiento de deuda líquida y exigible y, en el concurso preventivo, la confesión judicial del deudor en su presentación, seguida de la comprobación por el síndico y el juez a lo largo del proceso como presupuesto objetivo del mismo.*

Observamos que, tras esta regulación aparentemente superpuesta y antagónica, subyace el propósito legislativo de ofrecer a las empresas en crisis dos alternativas distintas de solución a un mismo fenómeno económico y financiero: la insolvencia. Esto queda corroborado con el hecho que, ante el fracaso del concurso preventivo por la ocurrencia de los supuestos previstos por ley¹³⁵, la Ley N° 24.522 dispone que el juez procederá a declarar inmediatamente la quiebra del deudor.

A nivel jurisprudencial, se interpreta que esta “flexibilidad” en la utilización de los procesos concursales obedece a la necesidad de incentivar a las empresas el uso de esquemas reorganizativos de deuda a través de los procedimientos de naturaleza preventiva, orientado finalmente a conseguir la conservación de la unidad empresarial en el mercado. Así, se señala que “ (...) 2. Dado que el estado de cesación de pagos es común al concurso como a la quiebra, el deudor incurso en quiebra puede acogerse al procedimiento preventivo, mediante la conversión de la quiebra, y sin que deba acreditar una demora de su situación al momento de decretarse la quiebra. (...) 3. La ley 24.522 tiende a favorecer las soluciones preventivas a las liquidatorias. De esta forma, sus intérpretes deben favorecer tal tipo de remedio que resguarda la conservación de las empresas, pues su interés no se ciñe exclusivamente al de quien explota, sino al de los distintos agentes vinculados a ella – dependientes o no – que se verían perjudicados ante el eventual colapso de esa empresa. (...) 4. Las distintas alternativas y variantes que ofrece el régimen concursal para llegar a una solución preventiva inhibe al juez de efectuar un análisis anticipado de viabilidad del concurso preventivo, fundado en la situación patrimonial del solicitante y de la relación comparativa de su activo y pasivo. (...)”¹³⁶

La conducción y dirección del proceso recaen en el juez, quien dispone, por una parte, el impulso del proceso a través de sus órganos auxiliares, así como también se encarga de

(...)”. KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. *Lecciones de Derecho concursal*. Ad-Hoc S.R.L., primera edición, Buenos Aires, 2001, p. 37.

¹³⁵ Dichos supuestos, previstos en los artículos 46, 47, 48, 51, 54, 61 y 63 de la ley, consisten básicamente en la falta de aprobación del acuerdo preventivo por no reunir las mayorías y demás exigencias previstas por la ley, la falta de presentación de propuestas de acuerdo preventivo en los procesos de salvataje o también denominados “*cramdown*” regulados en el artículo 48 de la ley, al haberse declarado fundada una impugnación contra el acuerdo preventivo, la declaración de nulidad de dicho acuerdo o el incumplimiento del mismo.

¹³⁶ Criterio judicial contenido en el caso “Carplast S.A.” CCivil. y Com. San Martín, Sala 2° del 24 de noviembre de 1998, Ficha N° 99.343. Citado por KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Op. Cit., p. 49.

homologar los acuerdos adoptados entre el deudor y sus acreedores¹³⁷. En el concurso preventivo, la participación de los acreedores se da a través de la negociación y celebración de los acuerdos preventivos, siendo determinante su actuación solo en el proceso de *cramdown* o salvataje empresarial previsto en el artículo 48 de la ley y en los acuerdos preventivos extrajudiciales regulados en el Capítulo VII de la Ley N° 24.522¹³⁸. Como veremos en las líneas que siguen a continuación, el auxiliar de justicia que destaca entre los regulados por la Ley N° 24.522 es el síndico. No obstante que las funciones a cargo de este auxiliar son de gran trascendencia tanto en los concursos preventivos como en los procesos de quiebra¹³⁹, el perfil profesional exigido a las personas que aspiran a desempeñar esta labor es menos riguroso y logrado que el previsto en el ordenamiento español. La norma antes citada no permite una composición o formación multidisciplinaria de estos funcionarios¹⁴⁰, contemplando solo la posibilidad que el listado de síndicos puestos a disposición de los juzgados respectivos esté integrado por contadores o estudios de contadores, a quienes se requiere además una experiencia mínima en el ejercicio de este tipo de funciones y, de preferencia, estudios de especialización en materia concursal¹⁴¹.

La Ley N° 24.522 dispone que el síndico ejerce sus funciones hasta la finalización del

¹³⁷ En este punto, abona a nuestra opinión el hecho que el numeral 4 del artículo 52 de la ley reserve al juez del concurso un amplio margen decisorio para homologar los acuerdos preventivos, al facultarlo a rechazar dicha homologación en casos de propuestas “abusivas” o efectuadas “en fraude a la ley”. Siendo ambas figuras conceptos jurídicos indeterminados, su verificación queda librada en cada caso concreto a la discrecionalidad con la que el juez evalúe el contenido del acuerdo preventivo propuesto para su aprobación.

¹³⁸ Así lo expresa BARBIERI, Pablo. *Procesos concursales*. Universidad, primera edición. Buenos Aires, 1999, p. 67 y 71.

¹³⁹ En esta línea, Pablo Barbieri atribuye al síndico el rol de mayor importancia en los procesos concursales, ya que interviene en prácticamente todas las etapas de ambos procedimientos (concurso preventivo y quiebra), con especial énfasis en la supervisión o administración del patrimonio del deudor, dependiendo del caso concreto, la verificación de créditos y, en los procesos de concurso preventivo, en la elaboración y presentación del informe que sirve de base a las propuestas de acuerdo preventivo. BARBIERI, Pablo. Ídem, p. 58. En ese mismo sentido se pronuncian ESCUTI, Ignacio y Francisco Junyent Bas. Op. Cit. p. 90.

¹⁴⁰ Si bien el artículo 263 de la ley faculta a los síndicos a requerir al juez la contratación de personal para el mejor desempeño de sus funciones, se trata de una atribución discrecional del propio síndico cuyo ejercicio siempre quedará supeditado exclusivamente a criterio de este último. Asimismo, es el juez quien, en última instancia, decide si autoriza o no la contratación solicitada, lo cual genera el inconveniente que, al no exigir la ley argentina especialización a los jueces competentes para conocer los procesos concursales, tal decisión sea adoptada en función a la mayor o menor confianza que pueda tener el juez en el síndico, quien como ya lo hemos advertido solo tiene formación en materia contable.

¹⁴¹ La forma de ejercicio de sus funciones, así como el régimen de incompatibilidades y prohibiciones para acceder al cargo de síndico están reguladas en los artículos 253 a 258 de la Ley N° 24.522.

concurso preventivo y, en el proceso de quiebra, hasta terminar el proceso de liquidación de los bienes del deudor¹⁴². Si a ello le sumamos el hecho que dicha norma también establece que el cargo de síndico es irrenunciable, salvo por causa grave, y que solo puede ser removido por el juez en caso que este verifique que actuó con negligencia, falta grave o mal desempeño de sus labores¹⁴³, estamos ante un funcionario estatal que tiene un rol estelar en los procesos concursales argentinos.

En cuanto al desapoderamiento, los efectos del mismo variarán en función al tipo de procedimiento del que se trate. Si el deudor se acoge a un concurso preventivo, mantiene en principio la administración de su patrimonio con las restricciones que desarrollaremos en el siguiente apartado, mientras que si es sometido a un proceso de quiebra el desapoderamiento opera a plenitud¹⁴⁴.

2.1 El concurso preventivo: el síndico como “vigilante”

El artículo 15 de la Ley N° 24.522 establece que en el concurso preventivo el deudor conserva la administración de su patrimonio, bajo la vigilancia del síndico¹⁴⁵. Si bien resulta coherente que en este tipo de procesos el deudor conserve la gestión y administración de su negocio pues la superación de su crisis patrimonial supone la continuación de sus actividades en el mercado¹⁴⁶, se mantiene latente la posibilidad que el concurso preventivo fracase en caso que el deudor empeore su situación patrimonial como resultado de un manejo negligente y hasta doloso de su negocio. Es esta “amenaza” potencial de que el deudor recaiga en un estado de quiebra la que justifica la necesidad de hacer un seguimiento cercano y constante a la administración de su

¹⁴² Artículo 254 de la Ley N° 24.522.

¹⁴³ Artículo 255 de la Ley N° 24.522.

¹⁴⁴ En ese sentido, TONÓN, Antonio. Op. Cit., p. 111; MAFFIA, Osvaldo. *La Ley de Concursos Comentada*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 47; y ESCUTI, Ignacio y Francisco Junyent Bas. Op. cit. p. 90-91.

¹⁴⁵ **LEY N° 24.522. Artículo 15.- Administración del concursado.** El concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico.

¹⁴⁶ En palabras de Ignacio Escuti y Francisco Junyent Bas, el que el deudor sometido a concurso preventivo no sea desapoderado de la gestión y administración de su patrimonio, le permitirá mayores posibilidades de generar recursos a través de su reorganización empresarial y, con ello, proponer a sus acreedores una alternativa de solución concordataria a su crisis patrimonial. ESCUTI, Ignacio y Francisco Junyent Bas. Op. Cit. p. 222.

patrimonio¹⁴⁷.

En primer lugar, el que el deudor concursado mantenga la administración de su patrimonio significa que aquel podrá seguir llevando a cabo todos aquellos actos y operaciones normales y habituales de su giro empresarial, es decir, desempeñar su actividad económica ordinaria¹⁴⁸.

La norma bajo comentario no precisa los alcances de lo que debe entenderse por “vigilancia”. En línea con lo expresado a nivel doctrinal, consideramos que el ejercicio de esta facultad por parte del síndico conlleva la realización de requerimientos de información periódicos a la administración del deudor sobre la marcha de la empresa, la revisión de documentación contable y financiera específica, la asistencia a reuniones de los órganos societarios del deudor, como también otras actuaciones de supervisión y fiscalización de corte procesal como, por ejemplo, participar del inicio de las acciones judiciales tendientes a reintegrar a la masa bienes sustraídos de la misma con motivo de la celebración de actos ineficaces, entre otros¹⁴⁹.

Respecto del control sobre la administración y gestión del patrimonio concursado¹⁵⁰, el deber de vigilancia del síndico se agota específicamente en la supervisión de los actos de administración llevados a cabo por el deudor sometido a concurso preventivo. Aquí el síndico no interviene en absoluto en el manejo del negocio, su labor se limita a solicitar información a los órganos de administración del deudor sobre la realización de sus operaciones ordinarias y, en caso constatará con motivo de dicha revisión alguna actuación poco transparente o irregular, dar cuenta inmediata al juez para que este

¹⁴⁷ TONÓN, Antonio. Op. Cit., p. 112.; y KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Op. Cit., p. 110 – 111.

¹⁴⁸ KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Op. Cit., p. 111. Sobre la delimitación conceptual de “administración ordinaria”, Jorge Daniel Grispo cita a un sector de la doctrina (Quintana Ferreyra) que deja librada tal determinación a la decisión discrecional del juez del concurso a la luz de las circunstancias de cada caso concreto; mientras que otros autores (Fassi – Gebhardt) se inclinan por una interpretación “restrictiva” del concepto, entendiendo como tal la posibilidad de realizar actos u operaciones normales del giro empresarial, así como aquellos otros conexos con dicha actividad que no sean susceptibles de afectar, directamente o indirectamente, los intereses de los acreedores. GRISPO, Jorge Daniel. *Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras*. Editorial Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 1997, Tomo I, p. 231 – 232.

¹⁴⁹ TONÓN, Antonio. Ídem, p. 113; BARBIERI, Pablo. Op. Cit., p. 65 y 66; y KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Op. Cit., p. 112.

¹⁵⁰ Según Grispo, la administración controlada en un régimen de concurso preventivo se relaciona estrechamente con el principio de conservación de la empresa, en cuanto mecanismo facilitado al deudor para procurar la superación de su crisis patrimonial, en beneficio propio y de sus acreedores y empleados. GRISPO, Jorge Daniel. Op. cit., p. 232.

disponga lo que estime conveniente para esclarecer o regularizar esa situación¹⁵¹.

En lo concerniente al ejercicio de la facultad de disposición de bienes, la Ley N° 24.522 impone al deudor dos restricciones específicas que, a nuestro modo de ver, caracteriza claramente al régimen del concurso preventivo como uno de desapoderamiento relativo¹⁵²: (i) en primer lugar, prohíbe expresamente la realización de actos a título gratuito y pagos de créditos devengados antes del inicio del proceso, con las excepciones previstas por la propia ley; y, (ii) en segundo lugar, exige que, para realizar determinados actos de disposición, el deudor debe recabar previamente autorización del juez, con previa audiencia del síndico y del Comité de Control de los acreedores¹⁵³.

La norma antes citada prohíbe los actos referidos en el literal (i) precedente porque implican una injustificada reducción de la masa activa que, en el caso específico de los pagos a determinados acreedores concursales, contraviene abiertamente el principio de *par conditio creditorum*¹⁵⁴. En cuanto a los actos comprendidos en el literal (ii), la ley condiciona su realización a su autorización previa por el juez por tratarse principalmente de actos de disposición cuyo grado de impacto en la situación patrimonial del deudor

¹⁵¹ En ese sentido, Grispo señala que resultaría abiertamente contrario a la finalidad perseguida con los concursos preventivos de facilitar la superación de la crisis patrimonial del deudor en un escenario de continuación de su actividad empresarial, el que los órganos de auxilio judicial pudiesen entorpecer el desarrollo de dicha actividad mediante la interposición frecuente de cuestionamientos judiciales a sus actos de administración, por lo que la labor de tales órganos debe quedar limitada, en principio, a funciones de vigilancia y supervisión. GRISPO, Jorge Daniel. Loc. cit. p. 234 – 235.

¹⁵² O desapoderamiento “atenuado”, en palabras de MAFFIA, Osvaldo. Loc. Cit. p. 47. Sobre los alcances concretos de este concepto, discrepamos con Barbieri, quien sostiene que no cabe, en estricto, referirse a un desapoderamiento “relativo”, debiendo reservarse la figura del desapoderamiento a los procesos de quiebra, en los cuales opera una auténtica privación al deudor de las facultades de administración y disposición de su patrimonio. BARBIERI, Pablo. Ídem, p. 219. En nuestra opinión, resulta plenamente válido hacer la distinción entre desapoderamiento pleno y relativo, ya que en este último caso el deudor queda parcialmente privado de realizar algunos actos de disposición por mandato legal expreso y, además, solo puede ejecutar otro tipo de actos de disposición con la previa autorización del juez, constituyendo ambas claras restricciones al libre ejercicio del manejo de su patrimonio y, en ese sentido, son manifestaciones inequívocas del desapoderamiento.

¹⁵³ **LEY N° 24.522. Artículo 16.- Actos prohibidos.** El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación. (...)

Actos sujetos a autorización. Debe requerir previa autorización judicial para realizar cualquiera de los siguientes actos: los relacionados con bienes registrables; los de disposición o locación de fondos de comercio; los de emisión de debentures con garantía especial o flotante; los de emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante; los de constitución de prenda y los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial.

La autorización se tramita con audiencia del síndico y del comité de control; 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.

¹⁵⁴ BARBIERI, Pablo. Op. Cit. p. 220; MAFFIA, Osvaldo. Op. Cit. p. 49; y KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Op. Cit., p. 114.

puede ser de tal magnitud que requiere un cuidadoso y ponderado análisis económico y financiero previo para su realización por parte del juez y de sus órganos auxiliares, como por ejemplo todos aquellos actos onerosos que se encuentren fuera del ámbito del giro normal del negocio¹⁵⁵.

Los actos que realice el deudor concursado en contravención a las restricciones antes apuntadas producirán dos clases de efectos: el primero, la ineficacia de pleno derecho de tales actos frente a la masa de acreedores y, por tanto, se faculta a estos el inicio de todas aquellas acciones procesales destinadas a declarar esta situación y revertirla a través de la reintegración al patrimonio del deudor de los bienes eventualmente transferidos como resultado de los mismos¹⁵⁶; el segundo, la posibilidad de que el juez decrete, según las circunstancias y perjuicio que tales actos hayan significado para la correcta marcha del proceso, el desapoderamiento total o parcial de la administración del deudor, pudiendo en este último supuesto designar a un co-administrador, veedor, interventor o controlador, cuyas funciones quedarán sujetas a las atribuciones específicas que el juez le confiera¹⁵⁷. Cabe destacar que esta variación del desapoderamiento no solo podrá hacerse efectiva ante la constatación de los mencionados actos de disposición, sino también en aquellos supuestos en los que el deudor incumpla determinados deberes frente al juez o sus órganos auxiliares o formule declaraciones falsas en perjuicio de los acreedores¹⁵⁸.

¹⁵⁵ BARBIERI, Pablo. *Ibidem*. Sobre el particular, Arnoldo y Jaime Kleidermacher enfatizan que si bien pueden presentarse actos dispositivos extraordinarios que, a primera vista puedan resultar beneficiosos para conservar e incluso incrementar el patrimonio del deudor en crisis, el “velo de sospecha” que inevitablemente se cierne sobre la capacidad del deudor para gestionar su patrimonio durante el concurso justifica la necesidad de obtener la previa autorización judicial para llevarlos a cabo. KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Loc. Cit. p. 114 – 115.

¹⁵⁶ En ese sentido, Barbieri manifiesta que, no obstante el tenor expreso de la norma, se hace necesaria una declaración judicial de ineficacia para poder restituir a la masa los bienes que hubieran sido sustraídos como consecuencia de los actos de disposición efectuados por el deudor. BARBIERI, Pablo. *Ídem*, p. 224.

¹⁵⁷ En opinión de Grispo, la decisión de separar al deudor de la administración de su patrimonio debe ser producto de un ponderado y muy prudente análisis por parte de los jueces por las implicancias que ello conlleva para la marcha del proceso, por lo que considera que dicha medida debe ser aplicada de modo restrictivo, reservada solo para los casos que revistan extrema gravedad. GRISPO, Jorge Daniel. *Op. cit.*, p. 283.

¹⁵⁸ **LEY N° 24.522. Artículo 17.- Actos ineficaces.** Los actos cumplidos en violación a lo dispuesto en el Artículo 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores. (...) Separación de la administración. Además, cuando el deudor contravenga lo establecido en los Artículos 16 y 25 cuando oculte bienes, omita las informaciones que el juez o el síndico le requieran, incurra en falsedad en las que produzca o realice algún acto en perjuicio evidente para los acreedores, el juez puede separarlo de la administración por auto fundado y designar reemplazante. Esta resolución es apelable al solo efecto devolutivo, por el deudor. (...)

Creemos que la inflexibilidad de la norma argentina en privar de eficacia la realización de los actos denominados “prohibidos” y la inobservancia del procedimiento previsto para efectuar los actos sujetos a autorización¹⁵⁹, no obstante responder a un loable esmero del legislador en tutelar el interés de la masa de acreedores, puede terminar resultando contraproducente para un exitoso desenlace de los concursos preventivos en aquellos casos en los que un análisis *ex – post* de la razonabilidad e idoneidad de tales actos para preservar e, incluso, incrementar la masa patrimonial del deudor aconseje más bien la conveniencia de optar por su confirmación. Aquí se echa de menos una disposición como la contenida en el artículo 40.7 de la ley española¹⁶⁰.

Como podemos apreciar, la mayor severidad con la que opera el desapoderamiento en los casos antes reseñados implica, en buena cuenta, el retiro total o parcial del que podemos denominar “voto de confianza” implícitamente otorgado al deudor al permitir su acogimiento al concurso preventivo, por haber realizado de manera inconsulta actos potencial o concretamente lesivos del patrimonio del deudor que, a su vez, puedan devenir en una disminución de la garantía de pago de las acreencias comprendidas en el procedimiento¹⁶¹.

Es importante recalcar que, de producirse esta variación en el régimen del desapoderamiento, en ningún caso es el síndico quien asume las funciones de administración, intervención o control, según sea el caso, sino los demás auxiliares judiciales que el juez nombre para tal efecto. La actuación de estos funcionarios será, a su

Limitación. De acuerdo con las circunstancias del caso, el juez puede limitar la medida a la designación de un coadministrador, un veedor o un interventor controlador, con las facultades que disponga. La providencia es apelable en las condiciones indicadas en el segundo párrafo.

¹⁵⁹ En el marco de un concurso preventivo, y siempre bajo la vigilancia del síndico, la doctrina argentina distingue por lo menos categorías de actos patrimoniales que puede llevar a cabo la administración del deudor concursado: los actos “ordinarios” del giro del negocio, los actos sujetos a autorización judicial señalados en el penúltimo párrafo del artículo 16, y los actos “prohibidos” detallados en el primer párrafo del citado precepto legal. ESCUTI, Ignacio y Francisco Junyent Bas, Op. Cit. p. 222-224; y MAFFÍA, Osvaldo. Op. Cit. p. 47-51. En este sentido, Arnoldo y Jaime Kleidermacher señalan que “ (...) los actos sujetos a autorización no pueden ser convalidados *a posteriori* de su concertación por el juez concursal, si ésta no fue solicitada en el momento oportuno. (...)”. KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Op. Cit. p. 117.

¹⁶⁰ La cual establece, entre otras disposiciones, que los actos realizados por el deudor en contravención a cualquiera de los dos regímenes de desapoderamiento (intervención o suspensión) solo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y siempre que esta nos los haya convalidado o confirmado. Y en este orden de ideas, no encontramos una justificación lógica para que el último párrafo del artículo 16 de la Ley N° 24.522 permita que el juez haga un juicio ponderado sobre la conveniencia de ciertos actos de disposición patrimonial para el interés del concurso (evaluación *ex – ante*) a fin de autorizar su realización, pero no admita este margen de discrecionalidad para convalidar *a posteriori* actos que tengan el mismo impacto beneficioso para la masa de acreedores.

¹⁶¹ BARBIERI, Pablo. Op. Cit. p. 225.

vez, sometida a vigilancia del síndico¹⁶².

El análisis precedente nos permite constatar cómo es que, incluso en un esquema procedimental diseñado en principio para propiciar la superación de la crisis empresarial del deudor bajo un régimen de continuación de sus actividades, el ordenamiento jurídico argentino se cuida en fijar a la administración del concursado desde el inicio del procedimiento mecanismos directos de control de la gestión de su patrimonio, en resguardo del interés de la colectividad de sus acreedores.

2.2 La quiebra: desapoderamiento absoluto a favor del síndico.

En caso que el juez declare la quiebra del deudor, el artículo 107 de la Ley N° 24.522 es expreso¹⁶³: el concursado es desapoderado por completo de la administración y disposición de sus bienes, debiendo procederse a la designación del síndico, quien en lo sucesivo asumirá tales funciones. La norma bajo comentario no lo indica expresamente, pero la claridad del precepto contenido en ella no deja lugar a dudas que una consecuencia necesaria del desapoderamiento producido en esos términos es el cese inmediato de los órganos societarios y de administración del deudor.

Aquí el desapoderamiento es tan drástico y radical que la Ley N° 24.522 dispone que el síndico o, en ausencia del mismo el funcionario designado por el juez para tal efecto, debe proceder a la incautación y conservación de todos los bienes y documentos que pertenezcan al deudor, actuaciones que están reguladas en un capítulo entero de dicho dispositivo legal¹⁶⁴.

¹⁶² TONÓN, Antonio. Op. Cit., p. 118. Compartimos la crítica formulada por este autor cuando se cuestiona la necesidad de recurrir en estos casos a un auxiliar de justicia adicional, no obstante el síndico se encuentra en funciones. En ese mismo sentido se pronuncian Arnoldo y Jaime Kleidermacher, quienes también objetan el hecho de, por ejemplo, tener que recurrir a interventores y veedores pese a que el síndico realiza en estricto las mismas labores atribuidas a tales funcionarios en ejercicio de sus facultades de vigilancia. KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Op. Cit. p. 119.

¹⁶³ **LEY N° 24.522. Artículo 107.- Concepto y extensión.** El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración.

¹⁶⁴ Capítulo IV Sección primera, artículo 177 a 188 de la ley. En este sentido, Ignacio Escuti y Francisco Junyent resaltan el hecho que en los procesos de quiebra el ejercicio de estas facultades de incautación de bienes por parte del síndico y de sus auxiliares de justicia se sustentan en que estos actúan por mandato legal expedido por órganos jurisdiccionales que adquieren el manejo del patrimonio del deudor en mérito a la sentencia declaratoria de quiebra. Así, sostienen que *“ Ningún mecanismo procesal podría ser más eficaz que éste para hacer efectiva la “indisponibilidad jurídica y material” que constituye el desapoderamiento y el medio con el cual se afecta íntegramente el patrimonio. (...) Todos los bienes, cualquiera sea su naturaleza, son agredidos por el proceso. Todo*

La declaración de quiebra importa la consiguiente salida del mercado del deudor mediante la realización de sus activos para el pago de sus deudas. Por esa razón, se considera que ante esta situación, la misma que evidencia una crisis patrimonial “insalvable”, se torna indispensable impedir, con carácter absoluto y definitivo, que el concursado mantenga las facultades de disposición y administración de sus bienes, las cuales deben ser trasladadas al funcionario concursal a quien el juez, en su calidad de máxima autoridad del proceso, designe para gestionar el pago de los créditos hasta donde alcance el patrimonio que debe administrar y realizar¹⁶⁵.

El desapoderamiento que opera con el inicio del proceso de quiebra es absoluto: al quedar desapoderado “de pleno derecho” de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, el deudor queda impedido de realizar cualquier acto que implique el ejercicio de tales facultades y, en caso de realizarlos, estos actos resultan ineficaces también de pleno derecho conforme lo señala cierta línea jurisprudencial¹⁶⁶.

Una vez en posesión de los bienes y acervo documentario del deudor, el síndico debe ejercer todos aquellos actos de administración y conservación tendientes a mantener la integridad de los activos puestos a su disposición, hasta proceder a la realización de los mismos, pudiendo incluso celebrar todo tipo de contratos onerosos conducentes para el logro de ese objetivo, previa autorización o puesta en conocimiento del juez¹⁶⁷.

el patrimonio del deudor es objeto de la quiebra. (...) ESCUTI, Ignacio y Francisco Junyent Bas, Op. Cit. p. 246.

¹⁶⁵ Saúl Argeri conceptúa al desapoderamiento como una medida precautoria de naturaleza compleja, destinada a aislar y delimitar el patrimonio “económicamente enfermo” haciéndolo indisponible para su titular, siendo este uno de los objetivos perseguidos con su implementación, y el otro transferir al juez la facultad de disposición patrimonial para que este delegue su ejercicio en el síndico para defender los intereses de la masa. ARGERI, Saúl. *El Síndico en el Concurso de Quiebra*. Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1991, p. 307 y 308.

¹⁶⁶ “ (...) 2. La ineficacia de los actos realizados por el fallido sobre los bienes desapoderados, así como los pagos que haga o reciba previstos en la L.C., art. 109, debe ser declarada de conformidad con lo dispuesto en la L.C., art. 118, último párrafo, esto es, sin necesidad de acción o petición expresa y sin tramitación.
3. Por efecto del desapoderamiento de la L.C., art. 107, corresponde equiparar los actos y pagos ineficaces previstos en el art. 109, con los actos establecidos en el art. 118, esto es, los ineficaces de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial (...).” Sentencia expedida en el caso “Ramón, Juan” (LL, 1/12/1997, F. 96.406). CCiv. y Com. San Isidro, Sala II, 17/7/1997. Ficha N° 28.247. Citada por KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Op. Cit. p. 346.

¹⁶⁷ **LEY N° 24.522. Artículo 179.- Conservación y administración por el síndico.** El síndico debe adoptar y realizar las medidas necesarias para la conservación y administración de los bienes a su cargo. (...)
Artículo 185.- Facultades para conservación y administración de bienes. El síndico puede realizar los contratos que resulten necesarios, incluso los de seguro, para la conservación y administración de los bienes, previa autorización judicial. Para otorgársela debe tenerse en cuenta la economía de los gastos y el valor corriente de esos servicios.

Ahora bien, el hecho que el síndico ejerza las funciones que la ley concursal argentina le encomienda como órgano auxiliar del juez, no significa en modo alguno que carezca de autonomía y margen discrecional de acción para conducir el proceso de quiebra, debiendo observar para tal efecto una conducta diligente y oportuna en beneficio de la masa de acreedores. Al respecto, es ilustrativo lo expresado por un fallo judicial que ratificó la remoción de un síndico precisamente por incumplimiento de esta especie de “poder-deber”: “ (...) Atento a que la debida diligencia del síndico en el cumplimiento de sus funciones, no está supeditado a las comunicaciones que el juez, como director del proceso, deba dirigirle a tal efecto, sino que, sin perjuicio de lo que éste decida para impulsar el procedimiento concursal, el funcionario debe tomar la iniciativa peticionando lo conducente a tal efecto, cuando no ha dado puntual cumplimiento a las resoluciones del juez del concurso, coadyuvando, así con su tarea a la rápida tramitación, procede confirmar la remoción decretada; máxime si se considera la exigencia de preservar la celeridad de la liquidación falencial, aspecto sobre el cual ha puesto especial énfasis la ley concursal vigente (ley 24.522, art. 217)”¹⁶⁸.

El síndico también puede proponer al juez la continuación provisional de las actividades del fallido, si considera que la interrupción de su giro puede ocasionar un grave perjuicio a la conservación del patrimonio y, por ende, al interés de los acreedores, si concluye que tales actividades resultan económicamente viables o incluso para preservar puestos de trabajo¹⁶⁹. En este caso, podrá contar con la colaboración de otros funcionarios como, por ejemplo, co-administradores, quienes, en todo caso, actúan bajo las instrucciones y

Si la urgencia lo hiciere imprescindible puede disponer directamente la contratación, poniendo inmediatamente el hecho en conocimiento del juez.

Artículo 186.- Facultades sobre bienes desapoderados. Con el fin de obtener frutos, el síndico puede convenir locación o cualquier otro contrato sobre bienes, siempre que no importen su disposición total o parcial, ni exceder los plazos previstos en el Artículo 205, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 192 a 199. Se requiere previa autorización del juez.

¹⁶⁸ Sentencia expedida en el caso “Edificadora San Fernando s/ quiebra”, CCom., Sala E, Arecha-Guerrero-Ramírez, 19/11/1996. Ficha N° 25.793. Citado por KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Op. Cit., p. 76.

¹⁶⁹ **LEY N° 24.522. Artículo 189.- Continuación inmediata.** El síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos, si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entiende que el emprendimiento resulta económicamente viable. También la conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos, si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la soliciten al síndico o al juez, si aquél todavía no se hubiera hecho cargo, a partir de la sentencia de quiebra y hasta cinco (5) días luego de la última publicación de edictos en el diario oficial que corresponda a la jurisdicción del establecimiento. (...)

supervisión del síndico¹⁷⁰.

Cabe preguntarse en este punto cuán idóneo puede resultar para el desempeño de esta variedad y amplitud de funciones el perfil de profesional único que la legislación argentina ha previsto para el órgano de la sindicatura. Sin ánimo alguno de desmerecer la importancia que reviste el conocimiento de materias contables para ejercer labores de fiscalización y supervisión en los procesos concursales, consideramos que la toma de decisiones como, por ejemplo, la de continuar provisionalmente el negocio del concursado por la viabilidad económica que este pudiera reportar a la masa, hace necesaria además la participación de otro tipo de profesionales, de formación principalmente empresarial. Esta amplitud de atribuciones a favor del síndico, la virtual inamovilidad de la que goza una vez nombrado por el juez y su insuficiente perfil profesional evoca, en cierta medida, la figura del síndico de quiebras que cobró protagonismo en el sistema concursal peruano hasta 1992, de negativa recordación conforme a lo analizado en la primera sección del presente trabajo. En nuestra opinión, tal como está estructurado el proceso de quiebra en el régimen concursal argentino, recae en el juez la tarea de paliar estas deficiencias inherentes a dicho órgano de auxilio judicial mediante una continua y efectiva fiscalización de su gestión, labor cuya probabilidad de realización entendemos que, de cualquier modo, puede verse notablemente dificultada por la falta de especialización de los propios jueces en materia concursal.

2.3 Figura intermedia: el co-administrador.

La Ley N° 24.522 contempla, además del síndico, la regulación de otros funcionarios auxiliares del juez durante el desarrollo de los procesos concursales. Uno de ellos es la figura del “co-administrador”, respecto de quien el artículo 259 de dicha norma señala expresamente que podrá ejercer sus funciones en los procesos de quiebra cuando el síndico disponga la continuación provisional de la actividad del concursado, supuesto a su vez previsto en los artículos 192 a 199 de la ley¹⁷¹.

¹⁷⁰ **LEY N° 24.522. Artículo 191.-** (...) En su autorización el juez debe pronunciarse explícitamente por lo menos sobre:

(...)

5) La designación o no de uno o más coadministradores; y la autorización al síndico para contratar colaboradores de la administración; (...)

¹⁷¹ **LEY N° 24.522. Artículo 259.- Coadministradores.** Los coadministradores pueden actuar en los casos señalados por los Artículos 192 a 199. Su designación debe recaer en personas especializadas en el ramo respectivo o graduados universitarios en administración de empresas. Su remoción se rige por lo dispuesto en el Artículo 255.

Aunque la norma bajo comentario no lo indique textualmente, los co-administradores también podrán participar en los concursos preventivos en los que el juez haya dispuesto, como consecuencia de los actos realizados por el deudor en contravención al artículo 16 de la ley, la remoción total o parcial de los administradores del concursado¹⁷². En este supuesto, el ejercicio de sus funciones también queda sujeto a la fiscalización del síndico. A diferencia de lo que ocurre con el síndico, la ley exige que las personas designadas como co-administradoras deben tener especialización “en el ramo respectivo”, o tener graduación universitaria en administración de empresas. A nuestro entender, la primera exigencia está referida a experiencia en el manejo de empresas en general, en particular de empresas sometidas a concurso, mientras que la segunda exigencia atañe a la tenencia de grado universitario sobre la materia¹⁷³.

Poco más de margen de interpretación y comentario sobre los alcances de estas funciones permite la ley argentina¹⁷⁴. Como puede apreciarse, dedica solo un artículo a la regulación exclusiva de esta figura, estando la normativa restante relacionada con ella referida, básicamente, al modo de ejercicio de las funciones del co-administrador en los procesos de quiebra con continuación provisional de actividades de la empresa. Así, los numerales 1 y 2 del artículo 192 de la ley establecen que los co-administradores están facultados a realizar todos aquellos actos de administración ordinaria que correspondan a la continuación provisional de actividades, siendo que para ejecutar actos que excedan tal ámbito requieren autorización judicial y solo ante necesidades evidentes para el proceso, lo cual restringe aún más su campo de acción.

Creemos que la configuración normativa de este funcionario concursal es deficitaria. Lo escueto de su regulación específica pone en evidencia que su utilidad para el desarrollo del proceso concursal es, a los ojos del legislador argentino, mínima, si tenemos en

¹⁷² Aquí seguimos lo expresado por BARBIERI, Pablo. Op. Cit., p. 76.

¹⁷³ En este punto nos apartamos parcialmente de lo expuesto por Barbieri, quien sostiene que solo pueden cumplir el primer requisito exigido los profesionales especializados en el rubro económico específico al que se dedique el deudor. Sin embargo, entendemos que esta interpretación “literal” de la norma bajo comentario enfrenta no solo el problema de las evidentes dificultades que el juez tendría que afrontar para identificar, en cada caso concreto, a profesionales con un perfil tan específico – el cual por lo demás es reconocido por el propio autor – , sino la eventualidad de que puedan presentarse casos en los que el objeto social de la empresa admita la realización de una diversidad de actividades económicas, incluso distintas entre sí. BARBIERI, Pablo. Ídem. p. 77 – 78.

¹⁷⁴ En palabras de Arnoldo y Jaime Kleidermacher el funcionamiento de los co-administradores, al cual ellos denominan un “tercer régimen” de desapoderamiento distinto al de vigilancia y al aplicable a los procesos de quiebra, carece de sistematización y reglamentación alguna en la ley argentina. KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. Op. Cit. p. 119.

cuenta que, en primer término, su designación es plenamente facultativa del juez, quien incluso puede optar por prescindir de sus servicios en el caso concreto, ni existe previsión legal que exija a los jueces concursales tener a su disposición listados de profesionales aptos para ejercer estas funciones¹⁷⁵. Esto representa, a nuestro modo de ver, una inmejorable oportunidad desperdiciada para suplir, con el debido aprovechamiento de esta figura, las limitaciones e inconvenientes que trae consigo el ejercicio de las funciones del síndico en el concurso argentino.

Hasta aquí el análisis sobre la regulación del desapoderamiento en la legislación argentina. Como reflexión final, y en coincidencia con lo expresado en los párrafos inmediatamente anteriores, consideramos que el ordenamiento concursal de ese país tiene en el desapoderamiento del deudor un mecanismo de protección de la masa de acreedores que resulta fundamental para un desarrollo exitoso de los procesos respectivos, sea el concurso preventivo o la quiebra. Sin embargo, la indefinición conceptual de los hechos económico-jurídicos que sirven de base para el inicio de cada uno de tales procesos, sumada a la falta de una determinación legislativa clara y concreta de cuáles son los objetivos que se buscan alcanzar con el régimen concursal, a la yuxtaposición de funciones y competencias de los funcionarios auxiliares, al excesivo carácter procedimental de los concursos y a la propia falta de especialización de los jueces, pueden convertirse en factores que conspiran en contra de la consecución de esa finalidad.

3 Estados Unidos

3.1. **The Bankruptcy Code**

El sistema concursal norteamericano está regido por el *Bankruptcy Code* vigente desde 1978, codificación que regula, aunque en distintos capítulos, el tratamiento dispensado a las crisis de pagos afrontadas tanto por las personas naturales sin negocio como por las empresas, ofreciéndoles la posibilidad de superar dicha situación falencial a través de la liquidación de sus bienes o activos, o de la aprobación de planes de reprogramación de pagos y de reorganización empresarial¹⁷⁶.

¹⁷⁵ BARBIERI, Pablo. *Ibidem*.

¹⁷⁶ "Bankruptcy laws help people who can no longer pay their creditors get a fresh start – by liquidating assets to pay their debts or by creating a repayment plan. Bankruptcy laws also protect troubled businesses and provide for orderly distributions to business creditors through reorganization or

Es necesario destacar que la autoridad a cargo de los procesos concursales es el denominado “*United States bankruptcy judge*”¹⁷⁷, cuya jurisdicción es exclusiva, lo cual significa que este tipo de procesos no puede ser conocido por cortes estatales¹⁷⁸.

El *Bankruptcy Code* no contiene una legislación uniforme para abordar el fenómeno de la insolvencia. Consciente de las diferencias existentes entre las características, magnitud y necesidades de cada uno de los diversos sectores económicos de su país, el régimen concursal norteamericano agrupa la regulación de la llamada “bancarrotas” en torno a varios capítulos (*Chapters*), cada uno de los cuales trata sobre el estado de cesación de pagos de sectores económicos diferenciados de la sociedad americana, así como el diferente tratamiento que reciben las crisis empresariales en función al estado de sus dificultades patrimoniales¹⁷⁹.

Dos son los capítulos o *chapters* que, en cierta forma, regulan de manera general las situaciones de insolvencia de los deudores en el sistema norteamericano: el *Chapter 7* titulado *Liquidation*, y el *Chapter 11* denominado *Reorganization*. Como sus denominaciones lo sugieren, el *Chapter 7* es un procedimiento orientado a la venta de los activos del deudor para pagar con su producto a los acreedores, mientras que el *Chapter 11* es un procedimiento que tiene por finalidad proponer a los acreedores del concursado un plan de reorganización que, luego de su confirmación por el juez de la quiebra, permita pagar la totalidad de los pasivos manteniendo al deudor en el ejercicio de sus actividades.

Como veremos a continuación, el desapoderamiento difiere sustancialmente en uno y otro

liquidation.” Ver <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy.aspx>. Consultada el 11 de noviembre de 2013.

¹⁷⁷ Ver <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf>. Consultada el 11 de noviembre de 2013.

¹⁷⁸ Ver <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy.aspx>. Consultada el 11 de noviembre de 2013.

¹⁷⁹ Son seis los tipos básicos de procesos de insolvencia los que, en igual número de capítulos, son regulados por el *Bankruptcy Code*: el *Chapter 7*, titulado “*Liquidation*”, el *Chapter 13* denominado “*Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income*”, el *Chapter 11* llamado “*Reorganization*”, el *Chapter 12*, titulado “*Adjustment of Debts of a Family Farmer or Fisherman with Regular Annual Income*”, el *Chapter 9* denominado “*Adjustment of Debts of a Municipality*” y el *Chapter 15* llamado “*Ancillary and Other Cross-Border Cases*”. Por razones metodológicas analizaremos solo el contenido del *Chapter 7* y del *Chapter 11*, solo en aquello que concierna al tema objeto del presente trabajo. Ver el siguiente enlace: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf> (Consultado el 11/11/2013).

caso, siendo virtualmente inexistente en los procesos tramitados al amparo del *Chapter 11* y, por el contrario, completo tratándose de los procesos seguidos bajo el *Chapter 7*.

3.2 Chapter 11: proceso de reorganización. El “U.S. Trustee” y el “Bankruptcy Administrator”.

El deudor que solicita su acogimiento al *Chapter 11 (Reorganization)* conserva de modo íntegro las facultades de administración y disposición de su patrimonio, el cual queda protegido de ejecuciones individuales de sus acreedores (*automatic stay*) hasta que estos aprueben un plan de reorganización que debe ser confirmado por el juez que conoce el concurso.

Este régimen de corte favorable al deudor – al menos de modo nominal, como lo veremos más adelante – tiene una vigencia relativamente reciente, puesto que antes de la dación del *Bankruptcy Code* en 1978 los procesos de reorganización empresarial norteamericanos se hallaban regidos por el denominado *Chapter X of the Chandler Act* del antiguo *Bankruptcy Act* desde 1938, norma que disponía la sustitución de los administradores de las empresas sometidas a reorganización por un funcionario estatal designado por la corte (*trustee*)¹⁸⁰.

El proceso regido bajo el *Chapter 11* es de vocación eminentemente empresarial. Únicamente admite el acogimiento de personas no empresarias (*individuals*) siempre que hayan acreditado haber recibido, dentro de los 180 (ciento ochenta) días anteriores a la presentación de su pedido, asesoría crediticia por parte de alguna agencia de asesoría de crédito autorizada. Puede ser promovido a pedido del propio deudor o de sus

¹⁸⁰

En comparación con la actual regulación prevista en el *Chapter 11*, David A. Skeel se remite a un antecedente histórico para explicar en parte el cambio radical producido en el desapoderamiento bajo el *Chapter 11* respecto de su antecedente normativo inmediatamente precedente. Señala el citado autor que, como resultado de la crisis financiera ocasionada por la debacle de Wall Street a principios de los años 30, el llamado “*New Deal*” puesto en marcha por el gobierno de ese entonces decidió excluir a los bancos inversionistas y abogados de Wall Street de toda influencia e injerencia que, hasta ese momento, habían ejercido dichos agentes económicos en los procesos de reorganización, a través de la imposición de un *trustee* designado por la corte y, al mismo tiempo, prohibiendo la intervención en el proceso de todos aquellos abogados y banqueros que representaban al deudor antes de recaer en *bankruptcy*. De esta manera, la influencia de Wall Street en los procesos de reorganización desapareció por décadas. SKEEL, David A.: “*The “New” New Corporate Governance in Chapter 11*”. En: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 52, N° 2 (Dec. 2003), p. 924. Consultado en el siguiente enlace <http://www.jstor.org/stable/3313038> (31/12/2013)

acreedores¹⁸¹.

Para acogerse al *Chapter 11*, no se requiere acreditar en estricto un “estado de insolvencia”, sin perjuicio de lo cual el pedido puede ser rápidamente desestimado en caso haya sido formulado de mala fe o con pocas posibilidades de éxito¹⁸². Conforme lo señala la doctrina, detrás de esta regulación subyace la presunción de que el valor de una empresa que atraviesa una seria crisis económica y financiera es mayor con la continuación de sus actividades que el que tendría en caso de realizarse sus activos, para lo cual se requiere que sea la empresa, a través de sus administradores originales, quien solicite el acogimiento a este régimen excepcional bajo la supervisión de la autoridad estatal competente¹⁸³.

Una vez iniciado el proceso, el deudor debe acompañar a su denominación el término *debtor in possession* (deudor en posesión). Esta condición la mantiene hasta que su plan de reorganización sea confirmado, el proceso sea eventualmente reconducido al *Chapter 7*, su pedido sea rechazado o se designe un administrador (*Chapter 11 Trustee*)¹⁸⁴.

Sobre los alcances de la condición de *debtor in possession* que asume la empresa sometida al *Chapter 11* se ha pronunciado la jurisprudencia de la *U.S. Supreme Court* en el caso *N.C.P. Marketing Group, Inc., Petitioner v. BG Star Productions, Inc.* resuelto por sentencia del 23 de marzo de 2009, al señalar que “ (...) *The object of Chapter 11 of the Bankruptcy Code is to empower a debtor with going concern value to reorganize its operations to become solvent once more. In a typical case, the debtor takes on the role of “debtor in possession,” allowing it to retain possession and control of its business. A*

¹⁸¹ Ver el siguiente enlace: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf> (Consultado el 11/11/2013)

¹⁸² Cfr. McCORMACK, Gerard: “*Control and Corporate Rescue: An Anglo American Evaluation*”. En: *The International and Comparative Law* published by Cambridge University Press, Vol. 56, N° 3 (Jul. 2007), p. 517. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.jstor.org/stable/4498088> (31/12/2013)

¹⁸³ “ (...) *Chapter 11 is founded on certain key assumptions including the idea of a ‘going concern surplus’. In other words, there is a premise that companies in financial distress are worth more as going concerns than they are if liquidated piecemeal (...) It is also assumed that the necessary adjustments cannot be brought about without court supervision and that, with few exceptions, the decision to initiate formal reor-ganization proceedings should be made by the management of the company. (...)*” Ibidem.

¹⁸⁴ Ver el siguiente enlace: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf> (Consultado el 11/11/2013)

*debtor-in-possession operates its business and performs many functions that would fall to the trustee under other chapters of the Bankruptcy Code. (...)*¹⁸⁵

Según la jurisprudencia antes citada, el hecho que el deudor sometido al *Chapter 11* conserve la administración y disposición de su patrimonio no implica, en modo alguno, que tenga libertad de acción absoluta respecto de los actos que conciernen a su patrimonio. Desde el momento que el juez acoge su solicitud, el deudor se convierte en una especie de “fiduciario” de la gestión de su patrimonio, es decir, en garante de la conservación y administración del mismo en aras de la protección del interés de sus acreedores¹⁸⁶.

Como una de las razones que explican el que la legislación norteamericana privilegie, como regla general¹⁸⁷, la permanencia de la administración original del deudor sometido al *Chapter 11*, se aduce que con ello se busca incentivar la “cultura del riesgo” entre los empresarios¹⁸⁸, evitando penalizarlos con la pérdida de sus facultades de administración y disposición como sanción por el fracaso en el que eventualmente pudieran incurrir en el emprendimiento de sus negocios¹⁸⁹. Así, la posibilidad exclusiva que el *Bankruptcy Code*

¹⁸⁵ Consultado en el siguiente enlace: <http://www.lexisnexis.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/hottopics/lnacademic/> (26/01/2014)

¹⁸⁶ “ (...) *Another fundamental assumption is that the incumbent management should generally remain in place although legally transformed into a quasi-trustee in bankruptcy and called the 'debtor in possession' or DIP. (...)*” McCORMACK, Gerard. Op. cit., p. 517 – 518.

¹⁸⁷ Nótese que, a diferencia de los ordenamientos español y argentino, la continuación de actividades del deudor bajo el *Chapter 11* no está supeditada a la intervención, control o vigilancia alguna por parte de auxiliares de justicia designados por el juez (llámese síndico, interventor o *trustee*), salvo que la propia corte disponga, siempre de manera sobreviniente y generalmente a pedido de parte interesada, la sustitución de los administradores por un *case trustee*.

¹⁸⁸ “ (...) *In the aggregate, if more entrepreneurs are willing to take such risks, then there will be a wider variety of firms and, in turn, a higher level of competition in a society. Moreover, not only may these entrepreneurial firms take risks but they also may induce risk-averse established firms to take more risks (Arend, 1999) in order to avoid becoming competitively obsolete. (...)*” HYUN – LEE Seung, Mike W. Peng and Jay B. Barney: “*Bankruptcy Law and Entrepreneurship Development: A Real Options Perspective*”. En: *The Academy of Management Review*, Vol. 32, N° 1 (Jan. 2007), p. 259. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.jstor.org/stable/20159291> Otra posición en esa misma línea, aunque enfocada principalmente hacia el incentivo en emprendimientos de innovación tecnológica, la desarrollan Viral V. Acharya y Krishnamurthy V. Subramanian, quienes sostienen que los sistemas legales de insolvencia favorables al deudor (*debtor-friendly bankruptcy codes*) estimulan la innovación empresarial al promover la permanencia de empresas que recaen en insolvencia. ACHARYA, Viral V. y Krishnamurthy V. Subramanian: “*Bankruptcy Codes and Innovation*”. En: *The Review of Financial Studies* published by Oxford University Press, Vol. 22 N° 12 (Dec. 2009), p. 4949 – 4988. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.jstor.org/stable/40468335> (31/12/2013)

¹⁸⁹ *Ibidem*. Para ello, una idea implícita que presupone la consecución de este objetivo es que los empresarios asuman plenamente, como parte fundamental del riesgo de su emprendimiento, las consecuencias de una eventual insolvencia (*failure*). Agregan los citados autores que, siempre que

atribuye a las empresas en dificultades para optar por la aprobación de un plan de reorganización, es vista como un juego de incentivos de “zanahoria y garrote” a los administradores, instándolos a recurrir al régimen concursal a cambio de permitirles conservar el manejo de la empresa insolvente¹⁹⁰.

Para cumplir a cabalidad este rol de “fiduciario”, el deudor debe observar una serie de deberes frente a la autoridad judicial del concurso y a sus acreedores. En primer lugar, debe informar sobre el estado de sus libros contables, así como presentar información periódica al *U.S. Trustee* o al *Bankruptcy Administrator* sobre su situación patrimonial como, por ejemplo, reportes mensuales de sus operaciones. También está facultado para contratar todo el personal profesional que resulte necesario para llevar a cabo el proceso de reorganización, completar y presentar declaraciones de renta e informes requeridos por la corte como parte de la contabilidad que deba adjuntar al final de su gestión¹⁹¹.

El *U.S. Trustee* se encarga de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de los deberes fiduciarios del *debtor in possession*, requiriéndole la presentación mensual de reportes de sus ingresos y costos de operación, apertura de nuevas cuentas bancarias, entre otras atribuciones de supervisión y control. Por sus servicios, el deudor debe pagar un honorario (*fee*), cuyo incumplimiento faculta al *U.S. Trustee* a solicitar al juez la conversión del proceso a uno regido por otro capítulo del *Bankruptcy Code*, o denegar la solicitud de acogimiento al proceso¹⁹².

Los casos en los que procede designar a un *case trustee* en los procesos de reorganización tramitados bajo el *Chapter 11* son aquellos en los cuales la corte toma conocimiento, a pedido de parte interesada o por el propio *U.S. Trustee*, que el deudor ha administrado su patrimonio en forma fraudulenta, deshonesto, incompetente, por mal

los efectos y costos de la quiebra sean debidamente contenidos, las quiebras de grandes empresas pueden incluso reportar un beneficio al crecimiento económico de la sociedad.

¹⁹⁰ Cfr. McCORMACK, Gerard. Op. cit., p. 521 – 528. Este autor realiza un acucioso e interesante análisis sobre las diferencias existentes entre las cultura de riesgo empresarial imperante en los Estados Unidos y aquella predominante en el Reino Unido y, entre los puntos de dicho análisis, esboza una crítica al sistema norteamericano en cuanto anota que este adolecería de un adecuado incentivo de “garrote” a los administradores que deciden someter a su empresa al régimen del *Chapter 11*.

¹⁹¹ Ver el siguiente enlace: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf> (Consultado el 11/11/2013)

¹⁹² Ídem.

manejo de su negocio, por considerar que de ese modo se cautela mejor el interés de los acreedores o incluso por otros intereses del Estado. Eventualmente también procederá el nombramiento de un *case trustee* en caso de verificarse que cualquiera de los sujetos a cargo de la administración o de los demás órganos societarios del deudor realizó conductas fraudulentas y hasta criminales durante la gestión del negocio, o al momento de elaborar los reportes financieros del concursado. En principio, el *case trustee* es designado por el *U.S. Trustee*, pero también está permitido que los acreedores puedan nombrarlo en junta¹⁹³.

Una vez designado, el *case trustee* asume la conducción de la empresa concursada y, de ser el caso, elabora una propuesta de plan de reorganización. En caso contrario, solicitará al juez la denegatoria del proceso o su conversión a uno regulado en otro capítulo del *Bankruptcy Code*. No obstante ello, el juez puede separar a este funcionario de la administración de la empresa en cualquier momento antes de la confirmación del plan de reorganización, a solicitud de parte interesada¹⁹⁴.

El *case trustee* es un auxiliar de justicia de las cortes, pero no califica como funcionario público en la medida que no percibe remuneraciones del Estado para el desempeño de sus funciones, sino que, en su calidad de sustituto del *debtor in possession*, obtiene sus ingresos de la propia administración y eventual venta de los activos del deudor sometido al *Chapter 11*. Así se ha cuidado de puntualizarlo el Tribunal de Apelaciones para el Noveno Circuito del distrito de Oregon en el fallo del 6 de noviembre de 2013 recaído en el caso *Obsidiana Fin. Group, LLC, Kevin D. Padrick v. Crystal Cox*: “ (...) A *Chapter 11 trustee can be appointed by the bankruptcy court for cause or when the best interests of the estate or creditors dictate. (...) But, an appointed trustee simply substitutes for, and largely exercises the powers of, a debtor-in-possession. (...) No one would contend that a debtor-in-possession has become a public official simply by virtue of seeking Chapter 11 protection, and we can reach no different conclusion as to the trustee who substitutes for the debtor in administering a Chapter 11 estate. (...)*”¹⁹⁵

¹⁹³ Ídem.

¹⁹⁴ Ídem.

¹⁹⁵ Consultado en el siguiente enlace:
<http://www.lexisnexis.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/hottopics/lnacademic/> (26/01/2014)

Vemos cómo la legislación norteamericana, no obstante conceder a los deudores concursados bajo el régimen del *Chapter 11* un amplio margen de acción en la administración de su patrimonio, al mismo tiempo les imponen deberes “fiduciarios” cuyo cumplimiento es requisito necesario para que puedan continuar plenamente empoderados de su negocio. Asimismo, podemos observar que el nivel de cumplimiento de tales deberes es permanentemente monitoreado por la autoridad concursal, quien tiene las facultades para desapoderar a aquellos deudores que desatiendan esos deberes, incluso mediante la realización de conductas fraudulentas o lesivas del interés de los acreedores del concurso.

Sin embargo, la utilidad del *Chapter 11* como mecanismo exitoso de recuperación de créditos bajo un esquema de continuación de actividades de la empresa ha sido objeto de duras críticas. Por una parte, se le percibe más como una vía legal que tienen a su inmediata disposición empresas que por su precaria situación patrimonial en realidad deberían ser liquidadas, permitiéndoles permanecer indefinidamente protegidas de ejecuciones individuales por las cortes que acogen su pedido (*petition*). De otro lado, se sostiene que esta “protección” artificial de empresas inviables deriva en una ineficiencia económica, al evitar o retardar la recolocación de los activos de la concursada en manos de nuevos propietarios en quienes tales bienes generarían mayor valor¹⁹⁶.

Para algunos autores, ese “blindaje” artificial y prolongado en el tiempo del que pretenden valerse empresas inviables al acogerse al *Chapter 11* en perjuicio de sus acreedores constituyó un fenómeno que se presentó principalmente durante los primeros años de vigencia del *Bankruptcy Code*, específicamente en la década de los ochenta¹⁹⁷, pero que a partir de la década siguiente, y de modo cada vez más consistente desde entonces, ha

¹⁹⁶ “ (...) *Businesses that should be liquidated are allowed to linger indefinitely under the protection of the court. Chapter 11 prevents or retards the reallocation of the assets even when a failing business’s assets may have greater value in the hands of another owner. Rent-seeking competition among secured and unsecured creditors dominates a process overseen by judges who lack business training and are biased in favor of preserving businesses that should be liquidated. (...)*” MORRISON, Edward R.: “*An Empirical Study of Continuation Bias in Small – Business Bankruptcies*”. En: *Journal of Law and Economics*, published by The University of Chicago Press for The Booth School of Business of The University of Chicago and The University of Chicago Law School, Vol. 50, N° 2 (May 2007), p. 382. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/511319> (31/12/2013)

¹⁹⁷ SKEEL, David A. Op.cit., p. 920 – 921. Este autor cita como ejemplo emblemático de esta utilización indebida del *Chapter 11* el caso de Eastern Airlines, aerolínea que, no obstante ser conocida por todos la necesidad de su venta inmediata, fue sometida al *Chapter 11* por su CEO Frank Lorenzo, proceso que lo único que reportó fue prolongar la agonía de dicha empresa por varios años, luego de la cual sus activos terminaron siendo liquidados a un valor ínfimo comparado con aquel que pudo haberse obtenido de haberse procedido a su venta al inicio del proceso concursal.

evolucionado hacia el desarrollo de procesos reorganizativos más expeditivos, propulsados por una mayor intervención – directa o indirecta – de los acreedores a través de mecanismos como el del *DIP Financing* (*debtor in possession financing*) o el otorgamiento de bonos a los ejecutivos de las empresas (*executive compensation*) como incentivos para que los administradores de deudores en crisis impulsen con la mayor celeridad posible la aprobación y confirmación del plan de reorganización¹⁹⁸.

De este modo, se asume, en principio, que el deudor conserva el control de su negocio una vez acogido al *Chapter 11*. Si bien cierto sector de la doctrina relativiza este “control” aduciendo que quien en realidad maneja el destino de la empresa concursada es el inversor que le dota de fondos frescos para poder afrontar con éxito su plan de reorganización, denominado “*DIP lender*” (*debtor in possession lender*)¹⁹⁹, otros autores consideran que, en última instancia, siempre es el administrador del deudor (*manager*) quien conserva la facultad de decidir la continuación de la empresa o convertir el proceso a uno regido bajo el *Chapter 7*, correspondiendo en todo caso al *DIP lender* solo el derecho de ejecutar (*foreclose*) la garantía constituida a su favor (*collateral*)²⁰⁰.

¹⁹⁸ Ídem. p. 918 – 919. En relación con el otorgamiento de incentivos a los administradores (*managers*) para alinear su gestión a la protección del interés de los acreedores, Yair Listokin propone una novedosa alternativa mediante la cual los administradores podrían recibir un porcentaje del pago a los acreedores no garantizados (*unsecured creditors*) como “premio” por su manejo eficiente dirigido a la recuperación de tales créditos, los cuales generalmente tienen las menores probabilidades de retorno. LISTOKIN, Yair: “*Paying for performance in bankruptcy: Why CEOs should be compensated with debt*”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 155, N° 4 (Apr. 2007), p. 777 – 832. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.jstor.org/stable/40041327> (29/12/2013)

¹⁹⁹ *The revolving credit facility, installed as the firm begins to have trouble making debt payments, also gives the lender who runs it the ability to control the firm inside of Chapter 11 as well as out. Most large firms that enter Chapter 11 lack enough free cash flow to operate without debtor-in-possession (DIP) financing. The control that the lender has over cash collateral makes it hard to enter into a financing arrangement without its explicit blessing. Its blessing can be contingent upon many things, including a requirement that the firm be sold as a going concern within a fixed period of time. (...) In other words, it is the lender, and not the Bankruptcy Code or the bankruptcy judge, that is deciding how long the managers will have to make a go of things. (...) The reorganization law set out in the United States Code has remained largely unchanged, but the control that the debtor's managers once possessed in Chapter 11 proceedings has been greatly reduced. For the firms that are likely to survive as going concerns, professional investors ensure that they remain in control, regardless of whether the firm is inside of bankruptcy or out. (...) BAIRD, Douglas and Robert K. Rasmussen: “The end of Bankruptcy”. En: *Stanford Law Review*, Vol. 55, N° 3 (Dec. 2002), p. 784 – 785. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.jstor.org/stable/1229669> (31/12/2013)*

²⁰⁰ “ (...) To understand those reasons, one must first realize that, contrary to Baird and Rasmussen's claim, boards of directors rather than DIP lenders control most large, public firms in reorganization. The board, acting on behalf of the debtor-in-possession, makes the sale or shutdown decision. In doing so, the board is protected by the business judgment rule, meaning that the board can do whatever it believes is in the interests of the firm.
(...)
“DIP lenders” are financial institutions that make loans to reorganizing debtors at the inception of bankruptcy cases. DIP lenders sometimes are in effective control of reorganizing firms. But that is not

Más allá de la discusión doctrinaria sobre quién detenta efectivamente el control de la empresa sometida al *Chapter 11*, hay cierto consenso en cuanto a la importancia que reviste para este tipo de procedimientos la necesidad de recurrir al *DIP financing* y a métodos de incentivo económico a los *managers* para inyectar de fondos frescos a la empresa para superar su crisis patrimonial, por una parte, y limitar el poder de decisión de la administración de la concursada una vez iniciado el procedimiento, procurando que el manejo del negocio en vías de reorganización armonice en la mayor medida posible con el interés de la masa de acreedores en maximizar el valor del patrimonio del deudor a fin de poder recuperar sus créditos²⁰¹.

Este “balance” entre el interés reorganizativo de la empresa y el interés de sus acreedores en obtener la mayor recuperación posible de sus créditos que progresivamente ha desarrollado la utilización del *Chapter 11* desde la dación del *Bankruptcy Code*, también ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia de la *U.S. Supreme Court* en el caso *Fla. Dep’t of Revenue v. Piccadilly Cafeterias, Inc*, en los siguientes términos:

“ (...)To the contrary, this Court has rejected the notion that “Congress had a single purpose in enacting Chapter 11.” (...) Rather, Chapter 11 strikes a balance between a debtor’s interest in reorganizing and restructuring its debts and the creditors’ interest in maximizing the value of the bankruptcy estate. Ibid. The Code also accommodates the interests of the States in regulating property transfers by “generally [leaving] the determination of property rights in the assets of a bankrupt’s

their usual role. DIP lenders are ordinarily asset-based lenders. That is, they contract for sufficient collateral or priority that they will not be at risk from the business. (...). The board must work within cash constraints fixed by the firm’s contract with the DIP lender. But for all practical purposes in most cases, the board remains in control. Boards sometimes agree that failure to sell the firm within a fixed period of time (often 120 days) will constitute a default under the DIP lending arrangement. But even such a default does not put the DIP lender in control. First, the DIP lender is not making the decision whether to liquidate or reorganize. The board made that decision when it sought financing conditioned on sale. Second, default under such an agreement does not give the DIP lender the ability to make future decisions. It gives the DIP lender only the option to foreclose. (...)” LOPUCKI, Lynn M.: “*The Nature of the Bankrupt Firm: a response to Baird and Rasmussen’s “The End of Bankruptcy”*”. En: *Standford Law Review*, Vol. 56, N° 3 (Dec. 2003), p. 666 – 667. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.jstor.org/stable/1229639> (30/12/2013)

²⁰¹ Ver SKEEL, David A. Op.cit., p. 949 – 951; LISTOKIN, Yair, Op. cit., p. 832; LOPUCKI, Lynn M., Op. cit., p. 669; McCORMACK, Gerard. Op. cit., p. 550 – 551; CHATTERJEE Sris, Uphinder S. Dhillon and Gabriel G. Ramírez: “*Debtor-in-possession financing*”. En: *Journal of Banking & Finance* 28 (2004), p. 3110. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.sciencedirect.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/science/article/pii/S0378426604000330> (26/01/2014)

estate to state law."²⁰²

Como reflexión final del análisis del presente acápite, podemos afirmar que la configuración legal del *Chapter 11* lo convierte en un régimen bastante favorable al interés de la administración de la empresa deudora, puesto que le permite conservar la gestión y disposición de su patrimonio al inicio del procedimiento, aunque con ciertas restricciones en cuanto a la transferencia de sus bienes. Dependerá entonces de la mayor o menor capacidad que muestren las cortes y sus órganos auxiliares en su labor de supervisión y fiscalización de la conducta patrimonial de los deudores sometidos a este régimen, así como del grado de utilización de mecanismos de “control indirecto” de tal conducta por parte de los acreedores (*DIP Financing* y *executive compensation*), el éxito perseguido con esta especie de “auto-desapoderamiento” fiduciario de las empresas en crisis.

3.3 Chapter 7: proceso liquidatorio. El “case trustee”.

A diferencia de lo que ocurre en los procesos tramitados bajo el *Chapter 11*, en este tipo de procedimiento, el deudor, quien puede ser una persona no empresaria (*individual*), una corporación (*corporation*) o firma (*partnership*), solicita su acogimiento para que sus bienes sean realizados y, con el producto de los mismos, pagar a sus acreedores. Generalmente, estos procedimientos se originan en peticiones de acogimiento al *Chapter 11* convertidas al *Chapter 7* por decisión voluntaria del propio deudor o luego de haber sido rechazadas (*dismissed*) por la Corte.

Es importante resaltar que el sistema norteamericano permite a este tipo de deudores sustraer del concurso una serie de bienes que no quedarán sujetos al procedimiento regido por el *Chapter 7* (“*exempt*” *property*), porque así lo han determinado previamente las leyes federales sobre bancarrota o incluso las leyes del estado respectivo. Asimismo, dicho procedimiento tampoco alcanza a los bienes afectos al pago de los acreedores garantizados (*secured creditors*)²⁰³, quienes pueden hacer efectivos sus privilegios de manera directa, con lo que el universo patrimonial a ser liquidado se reduce a los demás

²⁰² Consultado en el siguiente enlace: http://www.lexisnexis.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/lnacui2api/results/docview/attachRetrieve.do?csi=6443&A=0.9205777049775145&risb=21_T19074593375&urlEnc=ISO-8859-1&inline=y&smi=41695&key=4SS8-DX70-TXFX-11YK-00000-00&componentseq=1&type=pdf (26/01/2014)

²⁰³ Ver el siguiente enlace: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf>. (Consultado el 11/11/2013)

bienes que pueda tener el deudor²⁰⁴.

Contra lo que pudiera sugerir la naturaleza liquidatoria del *Chapter 7*, la vocación de este régimen propende más bien a liquidar los bienes del deudor pero con una finalidad de “darle una segunda oportunidad”, para lo cual no solo la faculta a excluir determinados bienes del proceso liquidatorio sino a liberarlo de deudas (*discharge of prepetition debts*) una vez distribuido el producto de la venta de los bienes objeto del concurso. Así lo ha determinado la *U.S. Supreme Court* en el fallo expedido en el caso *Robert Louis Marrama v. Citizens Bank of Massachusetts*: “ (...) *The principal purpose of the Bankruptcy Code is to grant a “fresh start” to the “honest but unfortunate debtor.” (...) Both Chapter 7 and Chapter 13 of the Code permit an insolvent individual to discharge certain unpaid debts toward that end. Chapter 7 authorizes a discharge of prepetition debts following the liquidation of the debtor’s assets by a bankruptcy trustee, who then distributes the proceeds to creditors. (...)*”²⁰⁵

La vocación antes comentada de este régimen liquidatorio por favorecer la liberación de deudores a costa de sus acreedores ha sido criticada por varios autores. Como principal objeción, se cuestiona que su orientación pro – deudor, traducida en la amplitud de la que gozan los deudores para excluir voluntariamente de la liquidación bienes (*exempt assets*)²⁰⁶ y descargar deudas (*discharge of of prepetition debts*), genera un precedente negativo al contravenir normas básicas de compromisos adquiridos (pago de deudas) y los mecanismos que las normas ordinarias (*nonbankruptcy norms*) confieren a los afectados con su incumplimiento para satisfacer sus intereses (acreedores)²⁰⁷.

²⁰⁴ La realidad indica que, en la mayoría de casos sometidos al *Chapter 7*, todos o casi todos los bienes del deudor están afectos a garantías previamente constituidas a favor de determinados acreedores, con lo cual los acreedores no garantizados (*unsecured creditors*) virtualmente no recuperan monto alguno. Así lo señala WHITE, Michelle J.: “*Chapter 14 Bankruptcy Law*”. En: *Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, 2007, p. 1020. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.sciencedirect.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/science/article/pii/S1574073007020142> (26/01/2014)

²⁰⁵ Consultado en el siguiente enlace: <http://www.lexisnexis.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/hottopics/lnacademic/> (26/01/2014)

²⁰⁶ Michelle J. White grafica claramente este incentivo “perverso” al explicar cuán fácil puede resultar para este tipo de deudores transformar bienes “no exentos” de la liquidación en bienes “exentos”: “ (...) *Because debtors can easily convert non-exempt assets such as bank accounts into home equity before filing for bankruptcy, high homestead exemptions protect all types of wealth for debtors who are homeowners.*(...)” WHITE, Michelle J. Op. cit., p. 1046 – 1047.

²⁰⁷ Así lo señala Donald R. Korobkin, para quien el sistema actual de *bankruptcy* ofrece a las personas naturales dos formas legales de liberarse de sus deudas sin pagarlas en su totalidad, permitiéndoles incluso escoger aquella alternativa que les ofrezca la menor afectación posible al desarrollo de su

Luego de presentada la solicitud de acogimiento al procedimiento, el *U.S. Trustee* – funcionario cuyo desempeño en este contexto se asemeja, en cierto modo, al del síndico – dispone el nombramiento de un *case trustee* (liquidador), quien deberá realizar todos los actos tendientes a realizar todos aquellos bienes no exentos del concurso ni afectos a garantías, para pagar a los acreedores no garantizados (*unsecured creditors*) con el producto obtenido. En caso que no halle bien libre alguno, el *case trustee* emitirá un reporte de “falta de activos” (“*no asset*” report) y, por consiguiente, no habrá distribución alguna para los acreedores no garantizados, salvo que con posterioridad logre recuperar algún activo no afecto a las limitaciones antes señaladas, informará de ello a los acreedores no garantizados para que promuevan sus respectivas demandas de pago (*claims*)²⁰⁸.

El nombramiento del *case trustee* y el ejercicio de sus funciones de liquidar los activos de la masa patrimonial del deudor equivalen, en términos prácticos, a una especie de “desapoderamiento a favor del Estado”, puesto que el Estado a través de sus funcionarios auxiliares toma control de los bienes no afectos del deudor, para procurar el pago de los créditos comprendidos en el proceso²⁰⁹. Así, el *case trustee* no debe limitarse a realizar los bienes del deudor, sino que tiene la carga de demostrar que el mecanismo de venta empleado en concreto es el que maximiza el valor de tales bienes y, con ello, las posibilidades de cobro de los créditos²¹⁰.

Es importante apuntar que, dada la peculiar estructura y orientación de los procedimientos regidos bajo el *Chapter 7* descritas líneas arriba, otra de las funciones que el *case trustee* debe ejercer de manera oportuna y diligente en tutela del interés de la colectividad de acreedores²¹¹ es la facultad de oponerse al pedido de *exempt assets* que el deudor

modo de vida. KOROBKIN, Donald R.: “*Bankruptcy Law, Ritual and Performance*”. En: *Columbia Law Review*, Vol. 103, N° 8 (Dec. 2003), p. 2150. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.jstor.org/stable/3593385> (31/12/2013)

208 Ver el siguiente enlace: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf> (Consultado el 11/11/2013)

209 Ibídem.

210 Así lo señala DAVIS, Peter J.: “*Settlements as Sales under the Bankruptcy Code*”. En: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 78, N° 3 (Summer 2011), p. 1002 – 1003. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.jstor.org/stable/41552875> (30/12/2013)

211 “ (...)The trustee’s power to recover preferences thus is exercised only on behalf of the general creditors of economically failing firm. (...)” SCHWARTZ, Alan: “*A Normative Theory of Business*

presente junto con su pedido de acogimiento, ya que la relación de bienes excluidos de la liquidación puede comprender una parte considerable e, incluso, la totalidad de los activos del deudor, los cuales quedarán desafectados del proceso si es que el *trustee* no cumple con observar tal relación en su momento, conforme a lo expresado por la *U.S. Supreme Court* al resolver el caso *William G. Schwab, Petitioner v. Nadejda Reilly*²¹².

El *case trustee* también tiene amplias facultades para revertir actos de transferencia preferenciales para ciertos acreedores realizados 90 (noventa) días antes de la petición del deudor, así como transferencias de propiedad no perfeccionadas a la fecha de inicio del procedimiento y otros actos de disposición presuntamente fraudulentos cometidos en perjuicio de los acreedores no garantizados, para lo cual se vale de “*avoiding powers*”²¹³ destinados a proteger el interés de tales acreedores. Del mismo modo, puede ser autorizado por el juez para continuar provisionalmente las actividades del deudor si este es empresario, siempre que ello redunde en beneficio de la masa²¹⁴.

Podemos apreciar que en este tipo de procedimientos el desapoderamiento es absoluto. El deudor se ve privado completamente de la administración y disposición de su patrimonio, facultades que son asumidas por el *case trustee* a fin de liquidar los bienes para el pago de los créditos y, de esta manera, solucionar el estado de insolvencia del concursado.

La reflexión que nos deja este breve estudio del funcionamiento del *Chapter 7* es similar a

Bankruptcy”. En: Virginia Law Review, Vol. 91, N° 5 (Sep. 2005), p. 1226. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.jstor.org/stable/3649437> (30/12/2013)

²¹² En dicho pronunciamiento, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América señaló lo siguiente: “ (...) *The decision reached here encourages a debtor wishing to exempt an asset's full market value or the asset itself to declare the value of the claimed exemption in a way that makes its scope clear. Such declarations will encourage the trustee to object promptly and preserve for the estate any value in the asset beyond relevant statutory limits. If the trustee fails to object, or his objection is overruled, the debtor will be entitled to exclude the asset's full value. (...)*” (el subrayado es agregado). Consultado en el siguiente enlace: <http://www.lexisnexis.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/hottopics/lnacademic/> (26/01/2014)

²¹³ Según Alan Schwartz, los *avoiding powers* pueden ser ejercidos por el *trustee* de dos formas, cada una de las cuales analiza bajo el criterio de reducción de costos de capital para las empresas: “ (...) *increase the value of the insolvent firm or shift assets from other claimants to the general creditor. (...)*” Así, en opinión de dicho autor los actos de reintegración del patrimonio del deudor frente a transferencias fraudulentas (*fraudulent conveyances*) sería una manifestación del ejercicio de *avoiding powers* bajo la primera modalidad mencionada. SCHWARTZ, Alan. Op. cit., p. 1221 – 1222.

²¹⁴ Ver el siguiente enlace: <http://www.uscourts.gov/Viewer.aspx?doc=/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics2011.pdf> (Consultado el 11/11/2013)

la formulada al analizar el *Chapter 11*: si bien la intervención de las cortes a través del *case trustee* es determinante para la liquidación expeditiva de los bienes del deudor que sale del mercado, este procedimiento liquidatorio contiene una serie de disposiciones que, aplicadas de manera sistemática, imponen al *case trustee* varias limitaciones en su labor de conservación y realización del patrimonio concursado en beneficio de los acreedores, las cuales tienen como fundamento común el facilitar a los deudores “desafortunados” la posibilidad de emprender un “nuevo comienzo” de sus actividades económicas.

El estudio que hemos abordado en la presente sección nos deja valiosos aportes con miras a la estructuración de una propuesta para introducir en nuestro ordenamiento concursal la figura del desapoderamiento inmediato. Si bien cada una responde a objetivos más o menos distintos y la estructura y funcionamiento de sus órganos también difiere en mayor o menor medida, ninguna de las legislaciones comparadas objeto de análisis deja carente de control de algún tipo a la administración del deudor concursado una vez iniciado el procedimiento. El grado de intervención en la conducción de las empresas concursadas varía en función al poder del que pueda disponer la participación de las autoridades concursales en cada régimen, pero siempre se mantienen, siquiera a la espera de su uso frente a eventuales manejos distorsionados del sistema por parte del deudor, modalidades de desapoderamiento pleno o relativo cuya razón de ser es la de servir de mecanismos de protección del patrimonio concursado en garantía del pago de los acreedores. La siguiente sección buscará plantear la posibilidad de implementar este tipo de mecanismos en nuestro sistema concursal, adecuándolos a los principios y objetivos que inspiran el mismo.

SECCIÓN 3: NECESIDAD DE INCORPORAR AL SISTEMA CONCURSAL PERUANO UN RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN “CONTROLADA” DEL DEUDOR CONCURSADO HASTA LA INSTALACIÓN DE LA JUNTA DE ACREEDORES

La tercera y última sección del presente trabajo tiene por finalidad formular una propuesta de cambio de nuestro régimen de desapoderamiento a partir de un desarrollo que permita comprender a cabalidad la necesidad de su implementación en el ordenamiento concursal peruano. Para tal fin, en primer lugar plantearemos en términos generales la problemática que actualmente afronta nuestra legislación la ausencia del desapoderamiento en los procesos concursales desde su inicio hasta la instalación de la junta de acreedores. En segundo lugar, expondremos cuáles son a nuestra consideración los mecanismos actuales que tienen a disposición los acreedores para proteger sus intereses durante el período antes mencionado y explicaremos su insuficiencia para el logro de tal objetivo. En tercer lugar, determinaremos la conveniencia de introducir la figura del desapoderamiento inmediato por las ventajas que podría reportar su aplicación en los diversos procedimientos concursales que conforman nuestro sistema y, finalmente, con base en tales reflexiones, propondremos una especie de “menú de opciones” de desapoderamiento según la necesidad concreta de desapoderar al deudor que se pueda constatar en cada caso.

1. Justificación

Todo sistema concursal tiene, siquiera como un objetivo formalmente proclamado, la recuperación del crédito. Incluso aquellos ordenamientos que muestran una marcada tendencia a privilegiar la protección de la empresa en crisis y su conservación en el mercado, estructuran sus procedimientos de tal forma que ofrezcan a las partes involucradas un escenario propicio para el pago de los créditos comprendidos en el concurso.

El diseño de este “escenario” requiere, a su vez, de la implementación de una serie de mecanismos que denominaremos “garantías institucionales” de protección del crédito. Podemos señalar como ejemplos de “garantías institucionales”, la suspensión de la exigibilidad de obligaciones que opera al iniciarse el procedimiento concursal, así como el marco de protección legal del patrimonio del concursado que busca evitar la ejecución individual de los bienes del deudor y, con ello, mermar aún más el patrimonio insolvente.

El desapoderamiento o, eventualmente, la intervención en la administración del deudor al iniciarse el procedimiento concursal constituye también una garantía institucional de la que se vale el sistema concursal para el logro de su objetivo de proteger el crédito. El análisis desarrollado en la sección segunda de este trabajo nos demuestra que en todas las legislaciones materia de estudio se acogen variantes de desapoderamiento o intervención inmediatas del deudor aparejados con su declaración de concurso. Incluso en aquellos supuestos en los que no opera una intervención propiamente dicha en la administración – como en los procesos de reorganización del *debtor in possession* correspondientes al *Chapter 11* norteamericano – podemos apreciar que las autoridades concursales respectivas se reservan la facultad de disponer posteriormente el desapoderamiento total o parcial de los deudores sometidos a concurso en caso verifiquen que estos incumplan con sus deberes “fiduciarios” sobre la gestión de su patrimonio, en perjuicio de las expectativas de cobro de sus acreedores.

No se trata en modo alguno de “reinvidicar” figuras aplicadas en nuestro pasado normativo y que a la fecha han sido ampliamente superadas. El desapoderamiento necesario que operaba en nuestro ordenamiento jurídico antes de 1992 y que en buena cuenta conllevaba la “muerte” de la empresa en crisis de la mano de un funcionario judicial todopoderoso, con poca o nula especialización y sin control alguno como lo era el síndico de quiebras, respondía a un modelo que no es más el que rige nuestro sistema concursal. Como lo hemos explicado en la primera sección de este trabajo, la evolución normativa desarrollada en nuestro país desde 1992 hasta la actualidad ha instaurado un nuevo régimen concursal desjudicializado y con una marcada vocación “privatista” que traslada a los acreedores el poder de tomar las decisiones orientadas a superar o anticipar el estado de insolvencia del deudor en un entorno de negociación con este último a bajos costos de transacción, para maximizar el valor de su patrimonio y, de esta forma, poder obtener el mayor grado posible de recuperación de los créditos comprendidos en el procedimiento.

En este contexto normativo que otorga a los acreedores el rol conductor del proceso concursal, entendemos que no resulta incompatible con este sistema el implementar, con carácter general, un mecanismo de desapoderamiento inmediato del deudor una vez publicada su situación de concurso. No es, ciertamente, solo por el argumento fáctico de tener ya en funcionamiento un régimen especial como el de los clubes de fútbol que contempla expresamente esta figura. Pero la estructura y particularidades de este

régimen concursal especial refuerzan nuestra convicción acerca de la conveniencia de extender los alcances del desapoderamiento inmediato a todos los procedimientos concursales de nuestro ordenamiento.

La instauración del régimen concursal de los clubes de fútbol en nuestro país con la figura del administrador temporal ha obedecido, entre otras razones, a la necesidad imperiosa de apartar de la gestión del patrimonio de tales clubes a sus administradores originales ante su manifiesta y pública incapacidad en el manejo económico y financiero de las citadas entidades deportivas. En ese sentido, uno podría cuestionarse válidamente por qué esta modalidad de desapoderamiento tendría que ser privativa y exclusiva de los clubes de fútbol.

La respuesta a esta interrogante para nosotros es, claramente, negativa. Dejando de lado el impacto mediático que inevitablemente produce la intervención a ese tipo de entidades deportivas, consideramos que un manejo deficiente y, eventualmente, hasta irregular de la gestión de la empresa susceptible de afectar seriamente su cadena de pagos puede presentarse no solo en un club de fútbol, sino en el rubro de cualquier otro perfil empresarial. Y así la “urgencia” en rescatar empresas del colapso patrimonial al que las arrastra un proceder doloso o culposo de sus administradores puede – y debe – convertirse en un imperativo para la generalidad de deudores en concurso.

Ahora bien, lo antedicho no supone en modo alguno que nuestra propuesta sea un mero traslado del esquema de administración temporal previsto para los clubes de fútbol, tal como está regulado por la Ley N° 29862, a nuestro régimen concursal general. Por lo contrario, estamos convencidos que una fórmula única y absoluta de desapoderamiento – como la modalidad de “sustitución” española o los escenarios liquidatorios previstos en los ordenamientos argentino y norteamericano – para todos los procedimientos, estaría reñida con la filosofía de nuestro actual sistema concursal.

En armonía con el objetivo y finalidad consagrados por los artículos I y II del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal, las etapas procedimentales previas a la instalación de la junta de acreedores son realizadas y conducidas por la Comisión para preparar el escenario propicio para que los acreedores reconocidos por dicha autoridad puedan “negociar” con su deudor la elección y ejecución de los mecanismos disponibles de solución de la insolvencia, lo cual permitirá la recuperación de los créditos comprendidos en el procedimiento.

Así por ejemplo, tenemos que la declaración de la situación de concurso y la verificación de los créditos cuyo reconocimiento otorga a sus titulares el derecho de participar en la junta de acreedores, constituyen funciones ejercidas por la autoridad concursal para facilitar el espacio que necesitan tanto el deudor como sus acreedores para negociar la salida de la crisis de pagos: en primer lugar, es imprescindible que un tercero imparcial a las partes determine si el deudor se encuentra incurso en causal para ser sometido al régimen excepcional del concurso; y en segundo lugar, también resulta necesario que sea un tercero quien identifique y acredite individualmente a cada uno de aquellos agentes que, por tener un derecho de crédito exigible a su deudor, estén legitimados para oponer el ejercicio de sus derechos políticos y económicos a los demás acreedores reconocidos.

Siguiendo a Ezcurra²¹⁵, estas actuaciones reducen sustancialmente los costos de transacción a los que de otro modo tendrían que enfrentarse las partes en ausencia de una autoridad neutra que las pudiera realizar. Estos costos estarían representados, básicamente, por las extremas dificultades que supondría obtener un acuerdo entre el deudor y sus acreedores respecto de la existencia efectiva de su situación de concurso, así como la imposibilidad virtual de un acuerdo consensuado sobre la determinación de cada acreedor habilitado para participar en el proceso, puesto que ello demandaría no solo el entendimiento del acreedor con su deudor, sino con cada uno de los demás acreedores.

Otro de los mecanismos que la ley establece para “reducir” costos de transacción que produce todo régimen concursal es la protección del patrimonio del deudor. Siendo este patrimonio el objeto natural de todo procedimiento colectivo de cobro, es indispensable que el mismo deba ser resguardado de ejecuciones individuales por parte de cada acreedor o de terceros que pudieran tener alguna garantía o gravamen sobre los bienes que lo integran, ya que será precisamente este patrimonio el que garantice, con carácter general, la satisfacción de los derechos de créditos de la colectividad de acreedores apersonados al concurso.

Esta exigencia protectora del patrimonio concursado resulta de suma importancia, considerando que el estado de insolvencia del deudor o su inminencia –esto último en el caso de los procedimientos preventivos – torna manifiestamente escaso dicho patrimonio

²¹⁵ EZCURRA, Huáscar. *La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un instrumento de reducción de costos de transacción*. En: Gaceta Jurídica Editores – Edición Especial. Tomo N° 57 (agosto 1998), p. 27 – 36.

para atender de modo oportuno el pago de todas las obligaciones, lo que amerita cautelar su integridad hasta el momento en el que los acreedores reunidos en junta decidan en qué forma dispondrán del mismo para satisfacer sus derechos de crédito. Hacia esa finalidad protectora apunta el contenido de los artículos 17 y 18 de la Ley General del Sistema Concursal, que consagran la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio del deudor²¹⁶.

Pero así como nuestro ordenamiento concursal se cuida de imponer los “candados” institucionales que impidan a los acreedores y en general a terceros disminuir el patrimonio concursado a través de ejecuciones individuales o cobros indebidos, vemos que no existe un mecanismo similar que establezca una especie de control previo y directo sobre los actos mediante los cuales el deudor sometido a concurso dispone de sus bienes, por lo menos hasta que la junta de acreedores tome las riendas del proceso y sea ella quien decida conforme a su propio criterio el destino de ese patrimonio. Y entendemos que la implementación de ese tipo de control resulta de suma necesidad, ya que el mismo también coadyuva de modo determinante a proteger la integridad del patrimonio que permitirá a la masa de acreedores procurar la maximización de su valor con miras a poder cubrir con la mayor amplitud posible el pago de las acreencias

²¹⁶

LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Artículo 17.- Suspensión de la exigibilidad de obligaciones

- 17.1 A partir de la fecha de la publicación a que se refiere el Artículo 32º, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a éstas, cuando corresponda, la tasa de interés que fuese pactada por la Junta de estimarlo pertinente. En este caso, no se devengará intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses.
- 17.2 La suspensión durará hasta que la Junta apruebe el Plan de Reestructuración, el Acuerdo Global de Refinanciación o el Convenio de Liquidación en los que se establezcan condiciones diferentes, referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable en cada caso, lo que será oponible a todos los acreedores comprendidos en el concurso. (...)

Artículo 18.- Marco de protección legal del patrimonio

- 18.1 A partir de la fecha de la publicación referida en el Artículo 32º, la autoridad que conoce de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial seguidos contra el deudor, no ordenará, bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte su patrimonio y si ya están ordenadas se abstendrá de trabarlas.
- (...)
- 18.4 En ningún caso el patrimonio del deudor sometido a concurso podrá ser objeto de ejecución forzosa, en los términos previstos en la Ley, con la excepción prevista en el primer y segundo párrafos del Artículo 16º.
- (...)
- 18.6 Declarada la situación de concurso y difundido el procedimiento no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados por garantías, salvo que dichos bienes hubiesen sido afectados en garantía de obligaciones de terceros, en cuyo caso podrán ser materia de ejecución como en los supuestos de los artículos 16.1 y 67.5. (...)

reconocidas.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, el planteamiento de una propuesta unívoca de desapoderamiento inmediato del deudor concursado resulta, por lo menos, inadecuado. Si de lo que se trata es de preparar a las partes el escenario de negociación requerido para hallar la solución que permita superar la crisis de insolvencia, podremos advertir casos en los que no haya una necesidad real de privar con carácter absoluto al deudor de la gestión de su patrimonio, pues este ofrece claras muestras de su deseo de cooperar con la solución de la crisis. Esto por lo demás guarda coherencia con el hecho que, como regla general, el propio deudor debe ser uno de los sujetos interesados en participar de dicha solución, ya que de ello depende el que siga o no desempeñando sus actividades económicas o, en cualquier caso, tener la posibilidad de recuperar parte de la inversión realizada en su negocio luego de su salida del mercado.

Aquí es donde identificamos la necesidad de otorgar a la figura del desapoderamiento inmediato un tratamiento similar al que le dispensan las legislaciones comparadas analizadas en la sección segunda de este trabajo. Pero no podemos dejar de advertir, a la vez, profundas diferencias con la estructuración de tales ordenamientos que debemos tener en cuenta para formular nuestra propuesta. En mayor o menor medida, las legislaciones española, argentina y norteamericana reconocen, junto con la necesidad de proteger el crédito, la importancia de fomentar la continuación de la actividad empresarial, lo cual también explica el diseño de esquemas procesales diferenciados de naturaleza reorganizativa, cuyo desarrollo es notoriamente privilegiado en la regulación de los sistemas concursales de los países en mención. Nuestro ordenamiento, en cambio, marca una nítida distancia en cuanto a la concepción del sistema concursal, consagrando única e indiscutidamente la protección del crédito como objetivo rector del mismo, por lo que debe ser en torno a este que se inspirará la presente propuesta.

En este punto es importante no perder de vista dos factores que comúnmente condicionan la eficiencia de un régimen de desapoderamiento inmediato en función a las circunstancias y particularidades que se puedan presentar en cada caso concreto. El primero viene dado por el hecho que una situación de insolvencia o de riesgo de caer en ella no tiene por qué obedecer necesariamente a una gestión desacertada, negligente o irregular por parte de los administradores de la empresa deudora, ya que tal estado de falencia patrimonial puede derivar también de factores de mercado imprevistos, de hechos fortuitos o en general de fuerza mayor que los órganos de dirección y administración de la

deudora no están en condiciones razonables de evitar o controlar. El segundo (que en cierta medida puede inferirse del primero) consiste en que, ante situaciones como las indicadas, usualmente es preferible continuar aprovechando la experiencia y conocimiento específicos del negocio que tales órganos puedan estar en capacidad de seguir aportando para el manejo de la empresa insolvente, al menos con la finalidad de “mantenerla a flote” hasta que la junta de acreedores asuma el control de la misma.

El análisis desarrollado hasta ahora nos permite rescatar dos ideas centrales que, en nuestra opinión, abonan en forma determinante a favor de un régimen de desapoderamiento inmediato del deudor con diferentes grados de intensidad: la primera, la necesaria intervención de la autoridad administrativa en esta etapa del procedimiento a través de un desapoderamiento absoluto o relativo; y la segunda, la conveniencia de armonizar tal intervención con el ambiente de cooperación que, como regla general, debe haber entre el deudor y sus acreedores para facilitar su posterior negociación en junta²¹⁷.

Dos ideas que, aparentemente contradictorias a primera vista, en realidad resultan complementarias. Por un lado, compartimos lo expresado por Puelles en el sentido que un estado de insolvencia o próximo a ella tiene la virtualidad de provocar en los empresarios que la sufren una ansiedad por superar esta crisis, situación que con frecuencia los impulsa a tomar decisiones de negocio precipitadas y hasta temerarias, que usualmente terminan empeorando su situación patrimonial en vez de mejorarla²¹⁸. En otros casos, el empresario reacciona consciente y deliberadamente con propósitos elusivos, pretendiendo sustraerse de su responsabilidad patrimonial mediante la realización de

²¹⁷ “ (...) Se parte del supuesto de que es más eficiente y conveniente para los acreedores de un deudor común en situación de crisis económica o en riesgo de caer en ella, negociar organizadamente entre sí, y por qué no también con este último, a través de un procedimiento único – procedimiento concursal – , las opciones existentes para lograr la recuperación de sus créditos en los mejores términos, bien sea a través de la reestructuración del patrimonio del deudor o mediante la liquidación de su patrimonio. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. Op. Cit. p. 45. Una reflexión similar acerca de la idoneidad estructural del sistema concursal para fomentar conductas cooperativas entre las partes intervinientes la podemos encontrar en SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. Op. Cit. p. 37.

²¹⁸ Sobre el particular, sostiene Puelles: “ (...) Sin embargo, en muchos casos la crisis es consecuencia de un gradual y hasta previsible deterioro en las finanzas y la economía de la empresa, el cual en ocasiones no puede ser contrarrestado y, por el contrario, se ve incluso agravado por los gestores del negocio. Es en estos casos donde las medidas de “urgencia” hacen aparición y, en más de una oportunidad, terminan contribuyendo al desastre. Transferencias de activos por valor inferior al de mercado, endeudamiento excesivamente costoso, adquisiciones onerosas pero inútiles, refinanciamientos en condiciones desventajosas: los actos realizados “al borde del abismo” frecuentemente terminan empobreciendo más al deudor, en directo perjuicio de sus acreedores. (...)” PUELLES OLIVERA, Luis Guillermo. *Al filo de la sospecha: la ineficacia de actos del deudor en concurso*. En: *Advocatus*, N° 18. Lima, 2008. p. 288.

conductas ilícitas orientadas a disminuir e, incluso, desaparecer sus bienes de la acción de cobro de sus acreedores.

Este riesgo de mayor pérdida patrimonial para la masa que implica dejar al deudor en la libre administración y disposición de sus bienes desde su sometimiento a concurso, es el que justifica la necesidad de implementar un mecanismo de control preventivo de la gestión del concursado hasta la instalación de la junta de acreedores. En nuestra opinión, esta forma de intervención de la autoridad concursal no contradice en modo alguno la vocación privatista de nuestro sistema concursal sino que más bien la refuerza, ya que la adopción de este tipo de medidas preventivas tiene por objeto preservar el mayor valor posible del patrimonio objeto de concurso durante una etapa del proceso en la que la junta de acreedores aún no ha asumido la dirección del mismo y, por lo tanto, tampoco se encuentra en la posibilidad de poder tomar las decisiones tendientes a maximizar dicho valor para una mayor recuperación de los créditos.

Se trata, en consecuencia, de un mecanismo necesario para el logro del objetivo y fines del proceso, ya que el mismo permite reducir los costos de transacción que de otra forma tendrían que asumir los acreedores como resultado de actos unilaterales del deudor que perjudiquen su patrimonio, conservándolo hasta el momento en que sean los propios acreedores quienes decidan el destino que le otorgarán, actuación que como vemos resulta subsidiaria ante la imposibilidad de que los privados llamados a ser los conductores del proceso (los acreedores) puedan tomar cualquier tipo de decisión mientras no se determine la composición de la junta de acreedores²¹⁹. En este orden de ideas, esta clase de intervención subsidiaria nos parece plenamente congruente con la función promotora de la negociación privada en los concursos que compete al Indecopi como autoridad administrativa encargada de su tramitación y supervisión, contemplada en el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal²²⁰.

²¹⁹ “ (...) En el nuevo Derecho Concursal son las partes afectadas – deudor, acreedores, trabajadores, proveedores – los principales protagonistas y por tanto son ellos los que deben buscar la solución al problema de la crisis empresarial, bien sea a través de la liquidación del activo o de la conservación de la empresa a través del desarrollo de la autonomía de la voluntad, con la menor intervención estatal: ésta debe utilizarse solo en supuestos excepcionales y siempre de manera subsidiaria a los propios recursos privados. (...)” BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. Op. Cit. p. 61.

²²⁰ **LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Título Preliminar. Artículo IX.- Rol promotor del Estado.**

Empero, consideramos que, al mismo tiempo, la necesidad de implementar un régimen de desapoderamiento inmediato debe ir aparejada de su aplicación ponderada en función a la necesidad concreta de “cuánto desapoderamiento” debe soportar cada empresa concursada. Y en este punto podemos apreciar la convergencia de las dos ideas centrales antes esbozadas: tomando como premisa la innegable vocación privatista de nuestro sistema concursal, toda intervención en la administración y disposición del patrimonio del deudor una vez sometido a concurso – necesaria en todos los casos – debería ser, como regla general, mínima, es decir, se busca propugnar que la primera opción que ofrezca el sistema sea el de menor intervención posible, ya que en principio se asume que todas las partes involucradas en el proceso (el deudor y sus acreedores) adoptarán una actitud cooperativa con miras a facilitar el escenario de negociación que se dará en junta, pues la lógica del sistema es suprimir o desincentivar, en la medida de lo posible, conductas oportunistas por cada una de las partes, individualmente consideradas²²¹.

Ahora bien, tal intervención “mínima” tendería a intensificarse en forma proporcional al menor grado de “cooperación” efectiva que muestren las partes durante el desarrollo del proceso. De este modo, un deudor que empieza su concurso bajo un régimen “atenuado” de desapoderamiento, podría ser sometido posteriormente por la autoridad concursal a un desapoderamiento más severo en caso de verificarse que él o alguno de sus acreedores realizaran alguna conducta lesiva de su patrimonio, como está previsto en la legislación norteamericana. O también podrían presentarse los supuestos en los que la gravedad de la crisis patrimonial del deudor sea de tal magnitud que se justifique aplicarle, desde el inicio, un régimen de desapoderamiento absoluto.

Luego de establecidas las bases conceptuales que justifican nuestra propuesta de implementar un régimen de desapoderamiento inmediato del deudor concursado, a continuación analizaremos cuáles son los mecanismos de control patrimonial que tienen

El Estado, a través del INDECOPI, 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.

²²¹

En ese sentido, Gonzalo Ruiz considera que la vigente Ley General del Sistema Concursal contempla una serie de mecanismos como el incremento del período de sospecha, el fortalecimiento de las facultades fiscalizadoras de la autoridad administrativa y la fijación de toques de acceso al concurso preventivo, entre otros, todos ellos orientados a reforzar la capacidad preventiva y correctiva de la autoridad concursal frente a eventuales comportamientos oportunistas de los agentes involucrados en el proceso. Así, postula que esta regulación procura equilibrar de manera adecuada el respeto a la autonomía privada con la prevención y disuasión del oportunismo individual de cada una de las partes. Cfr. Ruiz, Gonzalo. *El costo beneficioso del sistema concursal*. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi. Año 2 N° 3, Lima 2006, p. 162.

actualmente los acreedores para tutelar sus derechos de créditos en ausencia del referido régimen, para explicar cómo a partir de la insuficiencia de tales mecanismos para esa protección, se refuerza la necesidad de introducir la figura en cuestión.

2. Mecanismos actuales de “control patrimonial” del deudor concursado.

Como lo hemos señalado en líneas anteriores, a excepción del régimen concursal especial de los clubes de fútbol, nuestro ordenamiento no contempla un mecanismo que controle directamente y de forma continua la actividad patrimonial del deudor, desde el inicio de su procedimiento concursal hasta la fecha en la que la junta de acreedores decide cuál será su régimen de administración.

Lo que nuestra ley concursal general establece en salvaguarda de la integridad patrimonial del deudor durante dicho período, es el régimen de ineficacia concursal de actos de disposición realizados por el deudor durante el comúnmente denominado “período de sospecha”. A continuación analizaremos a grandes rasgos el diseño normativo de esta figura concursal en nuestra legislación y cuáles son los problemas que plantea su aplicación en relación con la protección patrimonial de la masa de acreedores en los procedimientos concursales, para lo cual se abordará también cierta jurisprudencia judicial y administrativa relevante con el tema materia de estudio.

2.1 Ineficacia de actos de disposición realizados durante el “período de sospecha”.

Los artículos 19 y 20 de la Ley General del Sistema Concursal consagran lo que en el ámbito doctrinal se conoce como el régimen de ineficacia de actos de disposición realizados por el deudor concursado durante el llamado “período de sospecha”. Mientras el artículo 19 lista un extenso enunciado de los actos patrimoniales cuya realización por el deudor es susceptible de ser sancionada con la ineficacia concursal y su oponibilidad frente a terceros de buena fe, el artículo 20 regula la vía y legitimación procesal para ejercer la acción judicial de ineficacia, así como los efectos del pronunciamiento judicial que la declara²²².

²²²

LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Artículo 19.- Ineficacia de actos del deudor.

19.1 El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos

A su vez, el artículo 19 antes citado regula dos supuestos similares, pero diferenciados en cuanto al tiempo de su ocurrencia: el primero, contempla los actos de disposición realizados durante el año anterior a la fecha en la que el deudor solicita su acogimiento al procedimiento, es emplazado con la solicitud de sus acreedores o es notificado con el inicio de la disolución y liquidación de su patrimonio (art. 19.1); el segundo, abarca todos aquellos actos realizados por el deudor entre la fecha antes indicada y la fecha en la que la junta de acreedores decide ratificar o remover a la administración o aprueba el respectivo convenio de liquidación, según sea el caso (art. 19.3). En este apartado nos ocuparemos principalmente del segundo supuesto, por ser el mecanismo de protección patrimonial “alternativo” que recoge la ley ante la falta del desapoderamiento inmediato propuesto en el presente trabajo.

La ineficacia concursal de determinados actos de disposición patrimonial del deudor concursado es un instituto ampliamente reconocido y aplicado en nuestro ordenamiento

concursoales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación.

- 19.2 Los actos de disposición que se realicen en virtud a cualquier cambio o modificación del objeto social del deudor, efectuado en el período anterior, serán evaluados por el juez en función de la naturaleza de la respectiva operación comercial.
- 19.3 El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación:
- a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;
 - b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;
 - c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;
 - d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores;
 - e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el deudor con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito;
 - f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste;
 - g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y
 - h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimento patrimonial.
- 19.4 El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho del deudor que en el Registro pertinente aparece con facultades para otorgarlo, no resultará afectado con la ineficacia a que se refiere el presente artículo, una vez inscrito su derecho.

Artículo 20.- Pretensión de ineficacia y reintegro de bienes a la masa concursal.

- 20.1 La declaración de ineficacia, y su consecuente inoponibilidad a los acreedores del concurso, se tramitará en la vía del proceso sumarísimo. La persona o entidad que ejerza la administración del deudor o el Liquidador, o uno o más acreedores reconocidos se encuentran legitimados para interponer dicha demanda.
- 20.2 El juez que declara la ineficacia de los actos del deudor ordenará el reintegro de los bienes a la masa concursal o el levantamiento de los gravámenes constituidos, según corresponda.

jurídico y en la generalidad de las legislaciones comparadas sobre insolvencia, cuya finalidad es contrarrestar la merma patrimonial al que puede verse expuesto el deudor como resultado de la transferencia onerosa o gratuita de todos o algunos de sus bienes, el pago o compensación de determinadas obligaciones, constitución de gravámenes o afectación de ciertos bienes, reconocimiento de deudas y, en general, todos aquellos actos de disposición que impliquen un detrimento de su patrimonio en perjuicio de sus acreedores. Así, lo que se pretende con la aplicación de este mecanismo es recomponer e, inclusive, incrementar la masa patrimonial comprendida en el concurso para facilitar a los acreedores la toma de acuerdos que permitan maximizar dicho patrimonio para el pago de sus créditos²²³.

En opinión de algunos especialistas, la sanción legal de ineficacia concursal a ciertos actos de disposición del deudor luego de iniciado su procedimiento concursal coloca a este ante una situación que le restringe el ejercicio de sus facultades de disposición sobre sus bienes, lo cual la convertiría en una especie de “desapoderamiento atenuado” que impone al concursado un deber fiduciario de tutela de su patrimonio hasta que la junta de acreedores decida, o bien ratificar a sus órganos de administración, o desapoderarlo plenamente²²⁴.

Coincidimos parcialmente con dicha apreciación. Siguiendo a Puelles, el régimen regulado en el artículo 19.3 de la ley es más severo que el contenido en el artículo 19.1 (el que detalla los actos de disposición realizados antes del inicio del procedimiento) al posibilitar que se sancione con ineficacia prácticamente todos los actos de disposición del deudor con prescindencia de cualquier análisis sobre el perjuicio que puedan haber ocasionado a la masa de acreedores, efecto que encuentra su explicación en la ausencia de un desapoderamiento del deudor que pueda operar desde el inicio del concurso²²⁵. Sin embargo, consideramos que afirmar la consagración legal de un desapoderamiento “atenuado” o “relativo” sobre la base de la mayor drasticidad de ineficacia que ofrece el precepto comentado equivale a confundir dos figuras jurídicas distintas, aunque la aplicación de cada una en su respectivo ámbito coadyuve al logro del objetivo y finalidad del sistema concursal.

En nuestra opinión, por “desapoderamiento” debe entenderse aquella restricción o

²²³ SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. Op. Cit. p. 44 y 45.

²²⁴ Ver nota a pie de página N° 47. También se pronuncia en ese sentido PUELLES OLIVERA, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 298.

²²⁵ *Ibidem*.

privación parcial o absoluta del ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimoniales que, por mandato expreso de la ley, es impuesta a los deudores concursados, es decir, la medida en mención condiciona directamente la conducta patrimonial de aquellos al limitarles o prohibirles la realización de determinados actos de manera libre y autónoma. En cambio, la ineficacia concursal de determinados actos de disposición del deudor es una sanción que, si bien termina desvirtuando la eficacia de tales actos, lo hace *ex post* y no *ex ante* como ocurre con el desapoderamiento, aunque opere con efectos retroactivos y, dado que requiere necesariamente un pronunciamiento judicial en ese sentido, los deudores concursados conservan el libre ejercicio de las atribuciones de administrar y disponer de sus bienes en tanto no haya un fallo del Poder Judicial o arbitral que prive de eficacia a los actos realizados como resultado del ejercicio de tales potestades.

Estimamos oportuno efectuar este deslinde conceptual porque, lejos de obedecer a un formalista “juego de palabras”, en nuestra opinión resulta fundamental diferenciar los institutos antes mencionados, puesto que ello nos permitirá sustentar la insuficiencia de nuestro régimen legal de ineficacia concursal de actos de disposición del deudor para una eficaz protección del interés de la colectividad de acreedores y, como consecuencia de esta situación, la imperiosa necesidad de implementar un mecanismo de desapoderamiento auténtico e idóneo para reforzar esa tutela patrimonial.

En primer lugar, como lo hemos anticipado líneas arriba el artículo 19.3 de la ley no exige que los actos de disposición comprendidos en este segundo período deban haber causado un perjuicio a la masa, sino que podrán ser declarados ineficaces aun si su realización se tradujera en un incremento patrimonial para el deudor, situación que paradójicamente termina por perjudicar a los acreedores pues la declaración de ineficacia de tales actos los priva de un mayor valor del patrimonio concursado y, con ello, de la posibilidad de cubrir en mayor medida el pago de las acreencias del concurso²²⁶.

En segundo lugar, el artículo 19.4 de la ley “blinda” de manera absoluta a los terceros de buena fe que adquieran algún derecho del deudor derivado de los actos de disposición previstos en el artículo 19.3 y que inscriban tal derecho en Registros Públicos, haciéndoles inoponibles la ineficacia de tales actos. Reconociendo la justificada necesidad de tutela que, en aras de salvaguardar la seguridad jurídica que debe presidir el tráfico económico y comercial de bienes en la sociedad, requieren los terceros que de

²²⁶ Ibídem. En ese sentido también se pronuncia SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. Op. Cit. p. 56 y 57.

buena fe contratan y adquieren derechos patrimoniales con motivos de los actos de disposición del concursado sujetos a ineficacia, compartimos la preocupación expresada por Schmerler en el sentido que, en la práctica, esta situación hace que la declaración de ineficacia de actos de disposición realizados entre la fecha de publicación del concurso y la fecha en que la junta de acreedores ratifica o desapodera a la administración del deudor, termine por convertirse en “letra muerta” o si utilidad alguna para la masa, puesto que al no alcanzar la declaración judicial de ineficacia a los terceros adquirentes de buena fe, los bienes o derechos transmitidos a estos no pueden ser reintegrados al patrimonio concursado, resultando inviables acciones alternativas de restitución como exigir al deudor el reembolso del valor patrimonial disminuido o dirigir esa acción de cobro a sus representantes legales, en el primer caso porque es materialmente inconducente gravar aun más con una deuda el ya mermado patrimonio insolvente, y en el segundo caso debido a que nuestro ordenamiento no contempla la posibilidad de trasladar la responsabilidad patrimonial en este supuesto a los administradores que decidieron y ejecutaron los actos sancionados con ineficacia²²⁷.

En tercer lugar, coincidimos con Puelles en que la regulación de la legitimación procesal para demandar la ineficacia concursal de estos actos es deficitaria, porque si bien el artículo 20 de la ley reconoce que cualquier acreedor reconocido puede ejercer esta vía procesal, no genera incentivo alguno para que los acreedores hagan uso de esta facultad, el cual resulta necesario si se considera que la interposición de una acción judicial irroga una serie de costos y gastos a quien decide demandar pero cuyo reembolso con cargo al patrimonio recuperado no está previsto por la ley, lo cual debería implementarse en la medida que la reintegración patrimonial resultante de dicha acción judicial beneficia a toda la masa y no solo al acreedor que la promueve²²⁸.

En cuarto lugar, la ley vigente ha optado por suprimir el plazo prescriptorio para el ejercicio de la acción de ineficacia concursal, apartándose de la regulación legal previa que sí fijaba dicho plazo. Este vacío normativo ha generado un estado de incertidumbre entre los agentes involucrados en este tipo de actos, con la consiguiente afectación a la seguridad jurídica que debería resguardar la sanción de los mismos, ya que en ausencia de un plazo específico concursal, se presenta la duda en cuanto a si debe computarse el plazo de dos años previsto en el Código Civil para el ejercicio de la acción revocatoria

²²⁷ Ídem., p. 66.

²²⁸ PUELLES, Guillermo. Op. Cit., p. 303 y 304.

(“pauliana”) o el plazo de diez años establecido por el artículo 2001 del Código Civil para la prescripción de las acciones personales²²⁹.

Finalmente, otro factor que en nuestra opinión conspira seriamente contra la idoneidad del régimen de ineficacia concursal para neutralizar la realización de actos de disposición lesivos de los intereses patrimoniales de los acreedores, lo constituye el hecho que este tipo de acciones sean conocidas, de modo incidental, por el Poder Judicial. Decimos “incidental” porque, como lo hemos desarrollado en la sección primera del presente trabajo, desde el año 1992 los jueces dejaron de tener un papel preponderante en la conducción y decisión del rumbo de los procesos concursales, produciéndose el fenómeno denominado la “desjudicialización” del concurso. En adelante, el rol del Poder Judicial se volvió estrictamente residual, quedando reservado en lo que a la marcha del proceso se refiere a constatar y declarar la quiebra del deudor luego que el liquidador informe el agotamiento o inexistencia del patrimonio.

Claro que el carácter “incidental” que atribuimos a la competencia judicial para conocer las acciones de ineficacia concursal no está relacionado con la relevancia de dicha materia. Al contrario, reconocemos la trascendencia que reviste para nuestro sistema concursal la necesidad de privar de efectos a todo acto de disposición que perjudique el patrimonio del deudor y, con ello, las expectativas de cobro de sus acreedores. Nuestra observación apunta a que, como su intervención en los procesos concursales ahora es meramente residual, consideramos que nuestros jueces se avocan a resolver estos casos sin el conocimiento del contexto integral y complejo que implica la situación de concurso y, como consecuencia de ello, sus criterios de oportunidad para evaluar la eficacia de los actos cuestionados no difieren sustancialmente de aquellos empleados para resolver controversias de derecho común. Este desconocimiento de la real y urgente problemática que conllevan los procesos concursales pone de manifiesto y explica la demora excesiva en la que incurre la autoridad judicial para resolver este tipo de procesos, con el consiguiente perjuicio que esta situación implica para la masa de acreedores, tal como se advierte en el siguiente párrafo.

El cuadro detallado a continuación nos muestra una selección de cinco ejecutorias supremas expedidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, las cuales corresponden en su mayoría a procesos judiciales de ineficacia concursal, y en los demás casos a otro tipo de pretensiones pero también

²²⁹ SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. Op. Cit. p. 48.

relacionadas con la realización de actos de disposición dentro del denominado “período de sospecha”. Con independencia de lo resuelto finalmente a través de cada sentencia, lo que buscamos resaltar de estos procesos judiciales es lo que denominaremos su “ineficiencia intrínseca”, entendiendo como tal al excesivo retardo de nuestra administración de justicia en resolver controversias de importancia fundamental para el sistema concursal peruano como lo son aquellas referidas a la recomposición y reintegración del patrimonio del deudor.

CASACIÓN/ ORIGEN	MATERIA	FECHA DE CELEBRACIÓN DE ACTO CUESTIONADO	FECHA DE SENTENCIA CASATORIA	TIEMPO APROXIMADO DE DEMORA
005343- 2008/Corte Superior de Lima ²³⁰	Ineficacia de acto jurídico	28/02/2002	02/07/2009	7 años 4 meses
Casación N° 000172- 2008/Corte Superior de La Libertad ²³¹	Pago indebido en proceso concursal	06/01/2000	13/11/2008	8 años 10 meses
Casación N° 004471- 2007Corte Superior de Justicia de Arequipa ²³²	Ineficacia de acto jurídico	31/01/2003	07/05/2008	5 años, 4 meses
Casación N° 005196-	Ineficacia de acto jurídico	02/02/2006	19/03/2008	2 años, 1 mes

²³⁰ Ver el siguiente enlace, incluido en la página web del Poder Judicial del Perú: [N°. Expediente/Distrito: 005343-2008 //CORTE SUPERIOR DE LIMA](#) (Consultado el 30/11/2013)

²³¹ Ver el siguiente enlace, incluido en la página web del Poder Judicial del Perú: [N°. Expediente/Distrito: 000172-2008 //CORTE SUPERIOR DE LA LIBERTAD](#) (Consultado el 30/11/2013)

²³² Ver el siguiente enlace, incluido en la página web del Poder Judicial del Perú: [N°. Expediente/Distrito: 004471-2007 //CORTE SUPERIOR DE AREQUIPA](#) (Consultado el 30/11/2013)

2008/Corte Superior de Lima ²³³				
Casación N° 004582-2006/Corte Superior de Ica ²³⁴	Anulación de laudo arbitral que hizo oponible acto de disposición a acreedores del concurso	19/11/2003	11/07/2007	3 años, 8 meses

El somero análisis de las ejecutorias supremas antes expuestas nos demuestra que el Poder Judicial puede resolver demandas de ineficacia de actos de disposición realizados durante el período de sospecha regulado por el artículo 19 de la Ley General del Sistema Concursal, así como otras controversias directamente relacionadas con dicha materia, en un rango de tiempo que oscila de dos a nueve años.

Como veremos a continuación, un régimen de ineficacia concursal que ofrece la reintegración y recomposición del patrimonio concursado dentro del rango de tiempo antes mostrado es manifiestamente inconsistente e incongruente con el objetivo y finalidad que persigue nuestro sistema concursal, tal como lo desarrollaremos en el siguiente acápite al analizar la jurisprudencia administrativa vinculante expedida por el Tribunal del Indecopi en materia concursal.

2.1.1. Compatibilidad del instituto con precedentes administrativos sobre celeridad en procedimientos concursales

Nuestro sistema concursal tiene como objetivo rector la protección del crédito, el cual a su vez determina como finalidad de los procedimientos concursales el propiciar un escenario de negociación que permita al deudor y a sus acreedores tomar las decisiones orientadas a la maximización del valor del patrimonio del concursado, con miras a posibilitar una

²³³ Ver el siguiente enlace, incluido en la página web del Poder Judicial del Perú: [N°. Expediente/Distrito: 005196-2008 //CORTE SUPERIOR DE LIMA](#) (Consultado el 30/11/2013)

²³⁴ Ver el siguiente enlace, incluido en la página web del Poder Judicial del Perú: [N°. Expediente/Distrito: 004582-2006 //CORTE SUPERIOR DE ICA](#) (Consultado el 01/12/2013)

mayor recuperación de los créditos.

Como lo hemos desarrollado en la sección primera del presente trabajo, desde 1992 contamos con un sistema concursal desjudicializado y que tiene como una de sus notas distintivas la privatización de las decisiones empresariales para superar la crisis de la insolvencia. Este traslado de la conducción del proceso concursal a los privados ha resultado en el “empoderamiento” de los acreedores como los agentes a quienes la ley ha encomendado la dirección de dicho proceso, a través de la toma de acuerdos en junta en ejercicio de su autonomía privada y bajo el régimen de mayorías.

Pero la comprensión de los alcances de esta toma de control del proceso por parte de los acreedores no puede agotarse en el mero otorgamiento de una “facultad” de naturaleza dispositiva, cuyo ejercicio pueda ser decidido por aquellos en la oportunidad que estimen conveniente. Con la dación de la vigente Ley General del Sistema Concursal, se atribuye expresamente a la junta de acreedores la responsabilidad por las decisiones que adopta en ejercicio de tales atribuciones, así como también por la falta de ejercicio de las mismas.

Para un mejor entendimiento de lo antes señalado, es fundamental tener presente la importancia que el transcurso del tiempo representa para una eficaz tutela de los intereses patrimoniales comprometidos en el proceso concursal. Para poder estar en reales condiciones materiales de tomar las decisiones orientadas a maximizar el valor del patrimonio en crisis, el proceso debe ser conducido de manera célere y cumplirse los plazos previstos por la ley para cada actuación procedimental, ya que una demora indefinida en realizarlas repercute negativamente en el patrimonio sujeto a concurso al prolongar con esta inacción la inexorable depreciación del valor de los bienes de la masa que se deriva del paso del tiempo.

Por esta razón, la ley vigente ha consagrado la perentoriedad de los plazos exigidos a las partes intervinientes en el concurso para realizar las actuaciones procedimentales a su cargo, sancionando con una serie de efectos jurídicos adversos a quienes no cumplan con llevarlas a cabo dentro de los plazos legales establecidos²³⁵.

La toma de acuerdos por la junta de acreedores no escapa a dicho precepto imperativo. Por lo contrario, se trata de una de las actuaciones de mayor importancia para el concurso

²³⁵

LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Artículo 137.- Plazos máximos para la tramitación de procedimientos concursales.

(...)

137.3 Los plazos previstos en la Ley son perentorios e improrrogables. Esta disposición se aplica tanto a los plazos procesales como a aquellos que imponga el deber de ejecución de actuaciones a cualquiera de los sujetos del procedimiento concursal.

puesto que a través de los mismos se toman decisiones como el destino del patrimonio y la aprobación del plan de reestructuración, convenio de liquidación o acuerdo global de refinanciación según el caso, entre otros acuerdos determinantes para la recuperación de los créditos. En ese sentido, nuestra ley concursal se cuida de trasladar exclusivamente a los acreedores las consecuencias de su demora en adoptar tales acuerdos dentro de los plazos legales fijados para ello, disponiendo que la autoridad concursal intervenga de manera subsidiaria al asumir de oficio la conducción de un proceso de liquidación con el fin de evitar que la inacción de los acreedores continúe contribuyendo a la disminución del valor del patrimonio del deudor²³⁶.

Sobre el particular, resulta ilustrativo citar los fundamentos expuestos en dos precedentes de observancia obligatoria expedidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, pronunciamientos que, al interpretar de modo general y expreso el sentido de disposiciones contenidas en la Ley General del Sistema Concursal, resultan vinculantes para todos los agentes intervinientes en los procesos concursales.

El primero de ellos fue aprobado por Resolución N° 0377-2004/SCO-INDECOPI del 22 de junio de 2004. En dicho pronunciamiento se recogen una serie de consideraciones acerca de la importancia que reviste para nuestro sistema concursal el impulso célere de los procedimientos, las cuales citamos a continuación:

- “ 3. *Para tal efecto, los procesos concursales requieren de decisiones oportunas respecto del destino del patrimonio del deudor y la forma de pago de los créditos, toda vez que la demora que pudiera incurrirse en la toma de tales decisiones genera un riesgo de depreciación de los bienes integrantes de la masa, lo que afecta directamente las posibilidades de que los acreedores obtengan el mejor índice de recuperación de sus créditos.*
4. *Debe tenerse en cuenta que todo proceso concursal enfrenta el problema de que el patrimonio del deudor concursado resulte insuficiente para satisfacer los créditos de todos los acreedores, por lo que una situación de indefinición en la toma de acuerdos incrementará sustancialmente la proporción de pérdidas que tendrá que*

²³⁶

LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Artículo 96.- Disolución y liquidación iniciada por la Comisión.

- 96.1 Si luego de la convocatoria a instalación de Junta, ésta no se instalase, 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. Un extracto de la citada resolución será publicado por la Comisión en el Diario Oficial El Peruano por una única vez. Excepcionalmente, cuando a criterio de la Comisión el reducido número de acreedores no amerite la realización de la publicación señalada, la Comisión notificará la resolución mencionada al deudor y a cada uno de los acreedores reconocidos por ésta.
- 96.2 La disolución y liquidación iniciada por la Comisión no puede ser revertida por decisión de la Junta.

enfrentar cada acreedor y, por ende, hará más difícil y menos probable una salida exitosa de la crisis. (...)

22. *En síntesis, la Ley General del Sistema Concursal busca dinamizar la estructura del procedimiento concursal, privilegiando su rápida tramitación, a fin de obtener el máximo valor del patrimonio en crisis, sea que el deudor ingrese a un proceso de reestructuración o a uno de liquidación. (...)*”

El segundo precedente bajo comentario fue aprobado por Resolución N° 0609-2005/TDC-INDECOPI del 30 de mayo de 2005. Este pronunciamiento también contiene entre sus fundamentos un razonamiento que, desarrollado en la línea de lo expresado por el precedente anteriormente citado, destaca la perentoriedad de los plazos para la realización de las actuaciones procedimentales a cargo de la junta de acreedores como un elemento central para la exitosa marcha de los procesos concursales:

“(...) la legislación no solo establece que es derecho de los acreedores conducir el proceso concursal mediante la adopción de las decisiones que consideren más convenientes para obtener la recuperación de sus créditos, sino que además les impone la carga de ejercer tal derecho dentro de plazos determinados, a los cuales el artículo 137 de la LGSC les ha otorgado el carácter de perentorios. Como se indica en el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución N° 0377-2004/SCO-INDECOPI del 22 de junio de 2004, el carácter perentorio de los plazos regulados en la LGSC busca disuadir la incorrecta utilización de los procedimientos concursales y generar incentivos para que las partes actúen con diligencia y adopten oportunamente las decisiones empresariales correspondientes en el marco de negociación de la Junta de Acreedores. (...)”

El análisis jurisprudencial efectuado nos permite concluir que, tanto el diseño normativo de nuestra ley concursal como su desarrollo jurisprudencial en sede administrativa, propician una actuación célere de las partes intervinientes en el procedimiento a fin de que un rápido impulso del concurso facilite la toma de decisiones destinadas a maximizar el valor del patrimonio del deudor y así acrecentar las posibilidades de cobro de todos los acreedores. Pero como hemos podido constatar en el apartado precedente, esta clara y consistente vocación que la aplicación administrativa de la ley concursal muestra por la rápida solución de las crisis de insolvencia existentes e inminentes, tropieza inevitablemente con los largos y engorrosos procesos judiciales de ineficacia de actos de disposición del deudor realizados durante el período de sospecha, cuyo excesivo retardo entorpece en forma determinante, a nuestro modo de ver el problema, el logro de tal aspiración.

Todas las buenas intenciones y deseos de impulsar el proceso que pueda tener la junta se verán truncadas ante la imposibilidad de poder determinar con certeza la exacta composición patrimonial del deudor, como consecuencia de la demora incurrida por el Poder Judicial en resolver con carácter definitivo las acciones de ineficacia concursal.

Este problema se agrava considerablemente en caso que los bienes y/o derechos cuya reintegración a la masa sea pretendida a través de tales acciones judiciales representen la totalidad o un valor importante del patrimonio del deudor, situación ante la cual entendemos que la impotencia de la junta o de la propia autoridad administrativa en vía de intervención subsidiaria será absoluta.

Es este factor distorsionante que la demora resolutive judicial representa para el buen funcionamiento del sistema concursal el que justifica nuestra propuesta de prescindir del mecanismo existente de ineficacia concursal de actos de disposición realizados desde el inicio del procedimiento hasta la fecha en la que la junta de acreedores decide ratificar o remover a la administración del deudor. Dada la estructura formalista y procedimentalista del aparato judicial que debe conocer esta materia, sumada a la poca o nula especialización que sobre la misma pueden tener los jueces encargados de resolverla, consideramos que se torna de primera necesidad la implementación de un mecanismo directo y preventivo de control de la administración del deudor concursado durante el período antes señalado, para tutelar de manera efectiva la integridad del patrimonio llamado a responder por el pago de los créditos comprendidos en el procedimiento.

2.2. Información sobre la situación patrimonial del deudor.

Conforme al análisis desarrollado en la sección segunda del presente trabajo, el deber de presentación continua y actualizada de información contable y financiera a cargo del deudor desde la fecha de su acogimiento al concurso, constituye uno de los mecanismos más eficaces en la legislación comparada para garantizar un flujo de información oportuno y veraz sobre la real situación patrimonial del deudor que permita a sus acreedores estar en condiciones para tomar la decisión que optimice la recuperación de sus créditos. También advertimos la necesidad prevista por tales ordenamientos de que, ante el incumplimiento del deudor en brindar dicha información, se dicten medidas correctivas efectivas para disuadir tal incumplimiento y, por tanto, fomentar su estricta observancia, como la posibilidad de desapoderar al deudor e, incluso, decretar su salida del mercado dando inicio al proceso de liquidación.

Nuestra ley concursal, sin embargo, adolece de un alarmante vacío sobre esta materia. En primer lugar, observamos que el artículo 31 de la Ley General del Sistema Concursal impone al deudor el deber de presentar, si no lo hizo en la etapa pre-concursal del procedimiento, un conjunto de documentos contables y financieros e información sobre la composición de su patrimonio detallados en el artículo 25 de la norma, bajo

apercibimiento de multa contra sus representantes legales²³⁷. No obstante, esta disposición resulta, cuando menos, incompleta si consideramos que el artículo 25 de la ley solo exige actualizar determinada información patrimonial a la fecha de difusión del procedimiento (cuentas por cobrar, relación de obligaciones, bienes y gravámenes), omitiendo pedir tal actualización para la mayor parte de la información y documentación contable y financiera con una antigüedad requerida no mayor de dos meses anteriores a la presentación de la solicitud de inicio del concurso, sea a pedido del propio deudor o de sus acreedores²³⁸, por lo que en realidad el dispositivo legal bajo comentario no obliga al

237

LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 31°.- Obligación del deudor de presentar información

Efectuada la publicación referida en el Artículo 30°, el deudor deberá presentar a la Comisión, si no lo ha hecho antes, en un plazo no mayor de diez (10) días, la totalidad de la información y documentación señaladas en el Artículo 25°, bajo apercibimiento de multa contra sus administradores y representantes legales.

238

LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 25°.- Documentos anexos a la solicitud

- 25.1 El deudor acompañará a su solicitud un Resumen Ejecutivo fundamentando el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario, la viabilidad económica de sus actividades, de ser el caso y los medios para solventar las obligaciones adeudadas. Asimismo, presentará, en lo que resulte aplicable, la siguiente documentación:
- a) Copia del acta de la Junta de Accionistas o del órgano correspondiente en la que conste el acuerdo para acogerse al Procedimiento Concursal Ordinario;
 - b) Nombre o razón social del deudor, su actividad económica, su domicilio y las provincias en las que mantenga sedes administrativas o realice actividades productivas;
 - c) Copia del documento de identidad y del poder de su representante legal;
 - d) Copias del Balance General; Estado de Ganancias y Pérdidas; Estado de Cambios en el Patrimonio Neto y del Estado de Flujos de Efectivo, de los dos (2) últimos años; y de un cierre mensual con una antigüedad no mayor de dos (2) meses a la fecha de presentación de la solicitud. De tratarse de personas cuyo monto de obligaciones supera las quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, los Estados Financieros referidos deberán encontrarse debidamente auditados y deberá presentarse, además, el dictamen correspondiente;
 - e) Información acerca de las fuentes de financiamiento a que ha accedido el deudor durante los dos últimos ejercicios, así como sobre la forma en que se ha acordado el retorno de dicho financiamiento y el tiempo que se ha destinado para ello;
 - f) Copia de las fojas del libro de planillas correspondientes al último mes;
 - g) Una relación detallada de sus obligaciones de toda naturaleza, precisando la identidad y domicilio de cada acreedor, los montos adeudados por concepto de capital, intereses y gastos y la fecha de vencimiento de cada una de dichas obligaciones. La relación debe incluir las obligaciones de carácter contingente precisando en estos casos la posición de ambas partes respecto de su existencia y cuantía. La información referida tendrá una antigüedad no mayor de dos (2) meses de la fecha de presentación de la solicitud; así como deberá reflejar las obligaciones del deudor contenidas en el balance presentado según el literal d) del presente párrafo y encontrarse conciliada con el mismo;
 - h) Una relación detallada de sus bienes muebles e inmuebles y de sus cargas y gravámenes, así como los titulares y montos de los mismos. La información referida tendrá una antigüedad no mayor de dos (2) meses de la fecha de presentación de la solicitud, así como deberá encontrarse ajustada a valores contables o de tasación, y señalarse cuál de los dos criterios se siguió. Dicha información deberá reflejar los bienes del deudor contenidos en el balance presentado según el literal d) del presente párrafo y encontrarse conciliada con el mismo;
 - i) Una relación detallada de sus créditos por cobrar, indicando sus posibilidades de recuperación. La información referida deberá reflejar los créditos del deudor contenidos en el

deudor a presentar toda su información económica y financiera actualizada a la fecha de publicación de su estado de concurso, ni a continuar proporcionándola hasta la instalación de la junta de acreedores.

En segundo lugar, a nuestro entender el mecanismo de supervisión y sanción previsto por la norma ante el incumplimiento de esta obligación es manifiestamente insuficiente. La imposición de multas a los administradores y representantes legales del deudor no representa un mecanismo efectivo para que los deudores brinden la información que los acreedores necesitan para tomar decisiones maximizadoras del valor del patrimonio en crisis, considerando que la experiencia administrativa en la tramitación de los procedimientos concursales da cuenta de numerosos casos en los que los administradores son sancionados por la autoridad concursal, sin que ello dé como resultado la presentación de la información requerida. Se hace necesario entonces implementar soluciones más drásticas que promuevan de manera efectiva un flujo de información acerca del movimiento patrimonial del deudor hasta que la junta de acreedores tome las riendas del proceso.

3. Ventajas de introducir un régimen de desapoderamiento inmediato.

El análisis efectuado en el acápite anterior demuestra claramente, a nuestro entender, la insuficiencia de los mecanismos que la Ley General del Sistema Concursal actualmente prevé para tutelar el patrimonio del deudor concursado desde la fecha de su sometimiento al concurso hasta el momento en el que la junta de acreedores toma el control del proceso. Como lo anticipamos al inicio de la presente sección, consideramos que el mecanismo de protección patrimonial adecuado para suplir y corregir los vacíos y deficiencias de nuestra legislación sobre esta materia es introducir a nuestro régimen concursal, con carácter general, el desapoderamiento inmediato y “graduable” del deudor según las circunstancias una vez difundida su situación de concurso, propuesta que

-
- balance presentado según el literal d) del presente párrafo y encontrarse conciliada con el mismo;
 - j) Documentación que acredite ser contribuyente activo ante la administración tributaria; y
 - k) Declaración jurada de la existencia o inexistencia de vinculación con cada uno de sus acreedores, de acuerdo a los supuestos establecidos en el Artículo 12°.
 - 25.2 Las relaciones señaladas en los literales g), h) e i) del párrafo precedente, deberán ser actualizadas a la fecha de difusión del procedimiento.
 - 25.3 Si el solicitante fuera persona natural, sociedad conyugal o sucesión indivisa, no acompañará la documentación detallada en los literales d), e) y f), que anteceden.
 - 25.4 La información y documentación presentadas deberá ser suscrita por el representante legal del deudor. La documentación identificada en el literal d) que antecede deberá ser suscrita, además, por contador público colegiado. (...)

estimamos como la más adecuada a nuestra evolución legislativa de los últimos veinte años y que está en mejores condiciones de adaptar a nuestro sistema concursal las bondades que sobre la aplicación de esta figura ofrecen los ordenamientos concursales de los países estudiados en la segunda sección de este trabajo.

A continuación pasaremos a exponer las ventajas que, en nuestra opinión, reportaría al mejor funcionamiento de nuestro sistema concursal la implementación de un régimen de desapoderamiento en los términos planteados.

3.1. Control *ex – ante* de actos de disposición patrimonial.

En nuestra opinión, la primera y principal ventaja que ofrece un régimen de desapoderamiento inmediato es la de poder controlar, de modo preventivo, cualquier acto de disposición que pudiera realizar el deudor luego de la difusión de su sometimiento a concurso y que se traduzca en una disminución efectiva del patrimonio del deudor, sea bajo la modalidad de desapoderamiento absoluto o relativo.

Llegados a este punto, consideramos oportuno precisar un matiz diferenciador que nuestra propuesta presenta respecto de la regulación contenida en la legislación comparada. La prohibición que otros ordenamientos jurídicos imponen a los deudores de disponer de sus bienes sin la previa autorización del juez o autoridad concursal competentes para tramitar el procedimiento es coherente con el rol director que ostentan tales autoridades en sus sistemas concursales respectivos, por lo que pretender una mera y literal traslación de esos esquemas de control a nuestro marco normativo nos parece impracticable al estar reñido con los principios que informan nuestro propio sistema.

Hemos destacado más de una vez en el presente trabajo el rol residual y subsidiario que la autoridad concursal debe desempeñar en los procedimientos a su cargo. Por tanto, desde nuestro punto de vista el pretender convertir a la autoridad administrativa en un ente “autoritativo” de actos patrimoniales realizados por privados implicaría, en buena cuenta, una abierta intromisión del Estado en decisiones de negocio llevadas a cabo por los empresarios en crisis que, aunque realizada con el propósito de cautelar el patrimonio del concursado, puede conducir a resultados que terminen perjudicando a los acreedores en vez de beneficiarlos.

El perfil de los funcionarios públicos a cargo de la tramitación de los procedimientos concursales es, en su gran mayoría, jurídico. Tanto la mayoría de funcionarios integrantes de los órganos colegiados como de sus órganos de apoyo son abogados y, por

consiguiente, carecen de un grado suficiente de conocimientos económicos, financieros y empresariales requeridos para evaluar la viabilidad y conveniencia de determinadas operaciones que involucren disposición de activos, por lo que trasladarles la responsabilidad de decidir qué actos de disposición patrimonial superan el “test” de conservación del patrimonio equivaldría a transferirles en vía indirecta el poder de determinar el manejo patrimonial del deudor concursado, situación que el diseño normativo que nos rige rechaza al contravenir abiertamente la privatización de las decisiones empresariales que desde hace más de veinte años propugna nuestro sistema concursal.

Frente a este impedimento estructural de nuestro ordenamiento concursal para que la autoridad concursal asuma un control patrimonial directo sobre el comportamiento de los deudores, la alternativa que surge es la posibilidad de delegar este control en entidades administradoras privadas registradas ante el Indecopi, la cual será desarrollada con mayor amplitud en las siguientes líneas. En cualquier caso, de lo que se trata es que sea un tercero quien supervise y controle la actividad patrimonial del deudor para preservar el patrimonio de este con miras a facilitar el posterior marco de negociación que se instaurará con la junta de acreedores.

De esta forma, la implementación de este mecanismo de desapoderamiento inmediato tornará a la postre innecesario, como lo señala un sector de la doctrina²³⁹, mantener la figura de la ineficacia concursal de actos de disposición realizados durante el período en mención, puesto que el control previo llevado a cabo sobre tales actos hará virtualmente ocioso el recurso a la revisión judicial de la eficacia de los mismos.

3.2. Fiscalización anticipada de gestión del deudor.

Otra ventaja que a nuestro parecer reporta el implementar un régimen de desapoderamiento inmediato es que ello permitirá fortalecer las facultades de supervisión y fiscalización de la autoridad concursal respecto de la actividad patrimonial previa del deudor, facilitando también de esta manera el flujo de información que puedan necesitar los acreedores antes de la instalación de la junta para ejercer sus propios mecanismos de supervisión.

Una vez impuesto el desapoderamiento al deudor – sea absoluto o relativo –, la entidad

²³⁹ SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. Op. Cit. p. 72 y 73.

designada por el Indecopi para administrar de modo conjunto o exclusivo la empresa deudora requerirá a sus anteriores administradores la entrega de toda la información contable, financiera y patrimonial actualizada a la fecha de publicación de la situación de concurso. La revisión de esta información permitirá al nuevo administrador (o co-administrador) estar en condiciones de poder identificar con mayor antelación la realización de algún acto de disposición incurrido en causal de ineficacia conforme a lo preceptuado por el artículo 19.1 de la Ley General del Sistema Concursal y, por consiguiente, poder demandar judicialmente también con mayor premura la ineficacia de tales actos y el reintegro a la masa concursal de los bienes sustraídos a través de los mismos.

3.3. Aprovechamiento de la administración original.

Es indudable que son los propios administradores del deudor quienes, con motivo del desempeño de sus funciones, están en condiciones de conocer mejor que cualquier otro gestor externo la organización y funcionamiento de la empresa, así como las perspectivas a corto, mediano y largo plazo de viabilidad del negocio en crisis. Asimismo, la experiencia da cuenta de empresas cuyo giro es tan especializado que con frecuencia puede resultar difícil hallar en el mercado una gran variedad de profesionales con el perfil adecuado para conducir esa clase de negocios.

Por ello, y en armonía con la vocación cooperativa que, conforme lo hemos expresado líneas arriba, debe presidir el desarrollo de los procedimientos concursales, el régimen de desapoderamiento que proponemos implementar en nuestro sistema concursal debe estar orientado a privilegiar, como regla general, un desapoderamiento relativo o atenuado del deudor, a fin de que, a la par que se establece el control necesario sobre los actos patrimoniales que puedan perjudicar su patrimonio, se pueda aprovechar al mismo tiempo los conocimientos y experiencia que los administradores originales tienen sobre el contenido y manejo del rubro empresarial al que se dedica el deudor concursado, de manera que, en la medida que la situación patrimonial de este lo permita, la gestión conjunta de dichos administradores con la entidad interventora pueda conservar e, incluso, incrementar el valor del patrimonio en concurso en resguardo y beneficio de la masa de acreedores.

3.4. Desapoderamiento absoluto “subsidiario”.

Una ventaja que, a nuestro entender, complementa la que acabamos de describir en el numeral precedente consiste en que, ante la imposibilidad material o coyuntural en implementar un régimen de desapoderamiento “atenuado”, la autoridad concursal proceda a desapoderar plenamente al deudor de la administración y gestión de su patrimonio, a través de la designación de una administración temporal que asumirá, desde la publicación del concurso, la gestión exclusiva de la empresa insolvente.

Como hechos que nosotros consideramos podrían configurar causales de un desapoderamiento inmediato absoluto, podemos mencionar, por ejemplo, a los supuestos de liquidación directa, sea por mandato judicial o por declaración de la autoridad administrativa al disponer el inicio del concurso. Con cargo a ampliar el análisis de este tema en un apartado posterior, la decisión de desapoderar con carácter absoluto al deudor de la gestión de su patrimonio deberá estar sustentada en una necesidad de *ultima ratio* para enfrentar una situación que no admita la posibilidad de que el insolvente pueda seguir disponiendo de sus bienes.

3.5. Temporalidad.

Una ventaja adicional que consideramos aparece un régimen de desapoderamiento en los términos propuestos es la temporalidad del ejercicio del cargo de los administradores (o co-administradores) que designe el Indecopi para tal efecto.

Aquí podemos recoger y aprovechar la reciente y valiosa experiencia que nos brinda el régimen concursal especial de los clubes de fútbol vigente al amparo de la Ley N° 29862 y sus normas complementarias y reglamentarias. En la sección primera de este trabajo hemos tenido la oportunidad de constatar que la aplicación de este régimen especial ha suscitado una justificada inquietud a nivel doctrinal²⁴⁰ acerca de los alcances de las facultades y atribuciones a cargo de los administradores temporales, precisamente en función a la temporalidad en el ejercicio de sus funciones hasta la instalación de la junta de acreedores.

Nosotros consideramos que la naturaleza temporal del cargo, sumada a la indudable vocación normativa de nuestra ley a reservar el poder decisorio sobre actos patrimoniales trascendentales para el concurso a los acreedores, son factores determinantes para

²⁴⁰ Ver notas a pie de página N° 64 y 65.

concluir que la temporalidad de las funciones de los administradores designados por el Indecopi limita, en principio, el ámbito de sus facultades a aquellas destinadas a preservar el patrimonio del deudor concursado, es decir, solo están autorizados a realizar actos de administración ordinaria que tengan por objeto conservar la integridad de los bienes que conforman la masa activa del deudor.

Como lo hemos analizado en líneas precedentes, la lógica de nuestro sistema propugna una marcha célere del proceso concursal, para lo cual se exige a todos los agentes involucrados una actuación pronta en el ejercicio de sus derechos y deberes, incluyendo a la propia autoridad administrativa en lo que concierne a las funciones destinadas a facilitar la instauración del marco de negociación en junta (declaración del inicio del concurso y reconocimiento de los créditos apersonados). Por tanto, dado que la vocación célere del sistema conlleva a asumir que el tiempo a transcurrir entre la difusión del procedimiento y la toma de control por la junta de acreedores no será prolongado, el administrador temporal no requerirá como regla general la realización de actos que excedan la gestión ordinaria del negocio, puesto que su función se constriñe a conservar la masa patrimonial del deudor para que sean los acreedores – y solo ellos – quienes decidan la pertinencia de realizar determinados actos de disposición sobre dicho patrimonio en su beneficio.

Sin perjuicio de lo expuesto, entendemos también que la dinámica y cambiante realidad empresarial puede conducir a la administración temporal hacia situaciones límite en las que, al no ser posible esperar la instalación de la junta de acreedores, sea necesario efectuar o autorizar actos de disposición precisamente para tutelar la integridad del patrimonio en concurso. En estos casos, proponemos que la autorización o realización directa de tales actos por parte de la administración temporal proceda a condición de que, además del deber de acreditar su necesidad impostergable, la eficacia o pertinencia de su realización pueda ser posteriormente objeto de ratificación por la junta de acreedores en su calidad de órgano supremo decisorio en el proceso, la cual podrá reservarse incluso el derecho de ejercer acciones de responsabilidad administrativa, civil y penal contra los administradores por un eventual proceder doloso o culposo al momento de decidir o ejecutar el acto de disposición sometido a revisión.

Creemos que el ejercicio de esta facultad excepcional, en vez de disuadir a los administradores temporales de autorizar o realizar determinados actos de disposición para no enfrentar el ulterior riesgo de ser pasibles de sanciones de diversa índole, puede convertirse – si es adecuadamente regulado – en un interesante estímulo para asumir este tipo de funciones, ya que su resultado exitoso puede garantizarles la permanencia en

el ejercicio de su cargo, si consideramos que, conforme lo explicaremos en el siguiente acápite, la junta de acreedores puede ratificar su designación.

3.6. Registro ya existente de entidades administradoras ante el Indecopi.

Como última pero no menos importante ventaja que podemos identificar en caso se implemente un régimen de desapoderamiento inmediato, tenemos el hecho que el Indecopi ya administra y supervisa un registro de entidades administradoras y liquidadoras habilitadas para conducir procesos de reestructuración y liquidación de empresas concursadas al amparo de la Ley General del Sistema Concursal y también de la Ley N° 29862, norma que regula el régimen concursal especial de los clubes de fútbol. El artículo 120 de la Ley General del Sistema Concursal establece los requisitos mínimos de orden profesional y económico que deben cumplir las entidades para acceder a dicho registro y mantener su vigencia²⁴¹. Asimismo, el artículo 122 de dicha norma regula los criterios de evaluación que debe emplear la Comisión de Procedimientos Concursales del

²⁴¹

LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Artículo 120.- Registro de entidades administradoras y liquidadoras

120.1 Podrán ejercer las funciones de Administrador o de Liquidador las personas naturales o las personas jurídicas registradas ante la Comisión.

120.2 Para acceder al registro los interesados deberán presentar ante la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI una solicitud acreditando cumplir los requisitos siguientes:

- a) En caso de personas naturales:
 - a.1 Tener capacidad de ejercicio.
 - a.2 Tener grado académico universitario.
 - a.3 No haber sido condenado por delito doloso.
 - a.4 Presentar declaración jurada de bienes y rentas.
 - a.5 Tratándose de personas previamente inscritas, no encontrarse suspendido su registro ni haber sido inhabilitado en forma permanente, según el Artículo 123.1.
- b) En caso de personas jurídicas:
 - b.1 Estar inscrita en los Registros Públicos del país.
 - b.2 Presentar declaración jurada de bienes y rentas.
 - b.3 Tratándose de entidades previamente inscritas, no encontrarse suspendido su registro ni haber sido inhabilitado en forma permanente, según el Artículo 123.1.
 - b.4 Los representantes, apoderados, gerentes, directores, accionistas y similares de la persona jurídica deberán cumplir los requisitos para personas naturales, en lo que sea aplicable.
- 120.3. Los requisitos señalados en el numeral anterior deberán cumplirse mientras el Administrador o el Liquidador tenga el registro vigente ante la Comisión.
- 120.4 La Comisión podrá solicitar información complementaria a las diversas centrales de riesgo u otros organismos que considere pertinente.
- 120.5 En defecto del acuerdo de Junta de Acreedores, el INDECOPI exigirá a la entidad administradora o liquidadora una Carta Fianza otorgada por una empresa del Sistema Financiero autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática a requerimiento del INDECOPI, cada vez que la entidad administradora o liquidadora asuma la conducción de un procedimiento concursal por designación de la Junta o la Comisión.
- 120.6 En caso las entidades liquidadoras designadas por la Comisión no cumplan con constituir la referida Carta Fianza dentro del plazo establecido por la Comisión, quedará sin efecto dicha designación de pleno derecho.

Indecopi para autorizar el acceso al registro, la información que debe brindar a los usuarios del sistema concursal sobre la gestión de tales entidades e impone a estas la obligación de proporcionar con periodicidad trimestral un informe detallado de su gestión en cada procedimiento concursal a su cargo²⁴². Finalmente, el artículo 123 del referido dispositivo legal establece un régimen de infracciones y sanciones a las entidades por incumplimiento de las obligaciones que les impone la ley y la junta de acreedores²⁴³.

242

LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Artículo 122.- Información sobre entidades administradoras y liquidadoras.

- 122.1 La Comisión verifica el cumplimiento de los requisitos mencionados en el Artículo 120.2, pero la evaluación de la capacidad técnica de las entidades administradoras y liquidadoras registradas corresponde a los acreedores.
- 122.2 La Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI administrará los registros de entidades administradoras o liquidadoras, estando facultada para publicar periódicamente la información sobre dichos registros que, a su juicio, pudiera contribuir a que los acreedores estén adecuadamente informados antes de tomar una decisión. Sin carácter limitativo, la Comisión podrá publicar información sobre:
- a) Quejas recibidas y sus resultados.
 - b) Duración de los procedimientos a su cargo.
 - c) Honorarios y comisiones acordados.
 - d) Estado de las liquidaciones a su cargo, detallando el nivel de cumplimiento con los créditos reconocidos por orden de preferencia.
 - e) Gastos incurridos en la tramitación de los procedimientos a su cargo.
- 122.3 Las entidades registradas están obligadas a remitir trimestralmente a la Comisión un informe detallado sobre el estado de los procedimientos a su cargo y cumplir los requerimientos de información adicional. Dichos informes deberán ser presentados el 31 de marzo, 30 de junio, 30 de setiembre y 31 de diciembre, respectivamente, con la información siguiente de cada procedimiento:
- a) Copia del Plan o Convenio, que se presentará en el trimestre posterior al inicio del procedimiento y sus eventuales modificaciones.
 - b) Valorización contable y tasación del total de activos recibidos al inicio del procedimiento a su cargo y del total de activos existentes a la fecha del informe.
 - c) Honorarios y comisiones acordados y pagados, cuando corresponda.
 - d) Relación de gastos incurridos.
 - e) Venta o adjudicación de muebles e inmuebles.
 - f) Relación de créditos pagados o adjudicados.
 - g) Créditos y gastos generados con posterioridad al inicio del procedimiento.
 - h) Cualquier otra que la Comisión considere conveniente solicitar.
- 122.4 La Comisión de Procedimientos Concursales publicará en la página Web del INDECOPI la lista actualizada de las entidades administradoras y liquidadoras registradas.

243

LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Artículo 123.- Incumplimiento de las funciones de las entidades administradoras y liquidadoras.

- 123.1 En caso de que las personas jurídicas públicas o privadas o personas naturales registradas para desempeñarse como administradores o liquidadores, en el ejercicio de sus funciones incumpliera alguna de las obligaciones que les impone la Ley o la Junta, la Comisión, atendiendo a la gravedad del incumplimiento, podrá imponer las sanciones siguientes:
- a) Multas no menores de una (1) ni mayores de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias.
 - b) Suspensión del registro.
 - c) Inhabilitación permanente.
- 123.2 La resolución de sanción podrá ser publicada, a criterio de la Comisión.
- 123.3 Las sanciones podrán ser aplicadas tanto a la entidad como a sus representantes legales, apoderados, directores, accionistas, gerentes y a todo aquel que hubiera participado directamente en la infracción, sin perjuicio de la responsabilidad penal que les pudiera corresponder, de ser el caso. El procedimiento de sanción se sujetará a lo establecido en el Título VII.

Por otra parte, otras normas complementarias cuyo contenido puede servir de base para desarrollar un estatuto jurídico específico para los administradores temporales en la generalidad de los procesos concursales, son las Directivas N° 001-2012/DIR-COD-INDECOPI y N° 004-2012/DIR-COD-INDECOPI publicadas en el diario oficial El Peruano el 21 de marzo y el 26 de diciembre de 2012²⁴⁴, respectivamente, las cuales regulan la designación, funciones y honorarios de los administradores temporales de los clubes de fútbol sometidos a concurso.

Aquí consideramos indispensable formular una reflexión – probablemente se asemeje más a una crítica constructiva – que estamos convencidos de que permitirá contribuir a reforzar y hacer realmente efectivo este esquema propuesto de desapoderamiento inmediato del deudor concursado. Para evitar que un régimen como el que proponemos en este trabajo degenera en la práctica en una “sindicatura de quiebras” con los efectos negativos que produjo en nuestro sistema concursal hasta el año 1992, no basta con limitar su ámbito temporal de actuación hasta la instalación de la junta de acreedores. Debemos asegurarnos además de que nuestro marco normativo brinde a la autoridad concursal las herramientas necesarias para llevar a cabo una oportuna y efectiva fiscalización de la actuación de estas entidades, no obstante el límite temporal claramente delimitado para el ejercicio de sus cargos.

De esta manera, a nuestro criterio – y sin abundar en el tema por no constituir la materia específica de estudio del presente trabajo – estimamos que las normas que regulan el acceso y mantenimiento del registro de las entidades administradoras y liquidadoras, así como su régimen de infracciones y sanciones, deberían ser mejoradas para que puedan estar en condiciones de ofrecer a los acreedores y a la propia autoridad administrativa un sistema de supervisión y fiscalización realmente eficaz. Así por ejemplo, debería establecerse requisitos más rigurosos para el perfil profesional requerido para el desempeño de estas funciones, a fin de conformar una terna de administradores y liquidadores más especializada en el ramo empresarial, como se exige en las legislaciones española y colombiana; reforzar de igual modo los requisitos para verificar la solvencia patrimonial de los aspirantes al registro; que se implementen los canales de comunicación adecuados para facilitar un fluido y continuo flujo de información proporcionado por estas entidades a la autoridad administrativa sobre su gestión en los

²⁴⁴ Para poder revisar el contenido de estas directivas, puede consultarse el siguiente enlace: http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=7&JER=31 (Consultado el 01/12/2013)

procedimientos a su cargo; y que la autoridad concursal ejerza a plenitud sus facultades de fiscalización removiendo de inmediato a aquellos administradores que incumplen sus funciones o proceden con dolo o culpa en perjuicio de la masa, sin perjuicio de imponerle las sanciones respectivas.

Este mejoramiento normativo redundará no solo en beneficio de la masa de acreedores interviniente en los procedimientos concursales al brindarles mayor confianza sobre la gestión de las entidades designadas por el Indecopi para tutelar sus intereses patrimoniales, sino en provecho de los propios administradores temporales, ya que el potenciamiento de su perfil profesional y la sujeción estricta de su comportamiento a un control efectivo de la autoridad administrativa generará, en nuestra opinión, los incentivos necesarios para que estos auxiliares de nuestra justicia concursal puedan participar masivamente de la conducción temporal de los procedimientos y, a través de un desempeño exitoso, puedan continuar al frente de la empresa concursada por recibir el “voto de confianza” de los acreedores reunidos en junta, lo cual les reportará un indiscutido beneficio económico al incrementarse con ello la percepción de honorarios por sus servicios.

Como podemos apreciar del análisis desarrollado en este acápite, la correcta implementación del régimen de desapoderamiento inmediato del deudor concursado ofrece una serie de ventajas que, en nuestra opinión, comparativamente superan en eficacia al mecanismo existente de régimen judicial de declaración de ineficacia de actos de disposición patrimonial del deudor, puesto que en conjunto permite tutelar de modo más eficaz la integridad patrimonial del concursado y, con ello, protege también de forma determinante la probabilidad de satisfacción de los derechos de crédito de sus acreedores.

4. “Menú de opciones” para una administración temporal.

Como lo hemos desarrollado en los apartados anteriores, una fórmula “única” de desapoderamiento del deudor concursado para la generalidad de los procedimientos concursales no constituye, a nuestro entender, la solución adecuada para la diversidad de manifestaciones de crisis empresariales que se presentan en los concursos, ni se condice con la vocación cooperativa entre el deudor y sus acreedores que promueve nuestro sistema concursal. Por estas razones, consideramos necesario que nuestro marco normativo ofrezca a la autoridad concursal un “menú de opciones” de desapoderamiento

en función a la situación concreta en la que se encuentre el deudor al momento de iniciarse su proceso concursal.

Entendemos que la elección de la modalidad de desapoderamiento a implementarse en cada caso concreto no debe quedar librada a la sola discrecionalidad de la autoridad administrativa, por lo menos no al inicio del procedimiento concursal. A diferencia de la legislación española en la que el juez puede, no obstante tener un condicionamiento legal para determinar el tipo de concurso aplicable (voluntario o necesario), decidir discrecionalmente si desapodera total o parcialmente al deudor desde el inicio del procedimiento, nuestro sistema concursal no deja en manos de la autoridad concursal la conducción del proceso como sí lo hace el régimen español y, en tal sentido, debe hallar un límite legal a su decisión de privar en forma absoluta o relativa al deudor de la gestión de su patrimonio, puesto que una medida de esa naturaleza solo puede tomarla con carácter definitivo la junta de acreedores en su condición de órgano rector del concurso.

Así, la temporalidad del desapoderamiento también explica, en cierta medida, el carácter instrumental y subsidiario de esta función de designación de los administradores que recaería en la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi. En principio, creemos que esta autoridad no tendría razón justificada para disponer, a su propio criterio, la variación del régimen de desapoderamiento de una modalidad a otra, debiendo sujetar su actuación a los márgenes que le fija la ley.

Pero en cambio sí consideramos necesario otorgarle a la autoridad administrativa, en ciertos casos, la atribución discrecional de variar la modalidad de desapoderamiento de modo sobreviniente al inicio del procedimiento. Ahora bien, conviene precisar que, en nuestra opinión, esta variación discrecional solo debería poderla ejercer dicha autoridad en caso que, por excepcionales circunstancias sobrevinientes a la difusión de procedimiento y que favorezcan una gestión menos controlada del deudor, decida pasar a este de una modalidad más severa (desapoderamiento absoluto) a una más atenuada (desapoderamiento relativo)²⁴⁵. Una decisión inversa, al restringir el margen de actuación del deudor, tendría que mantenerse justificada en una expresa previsión normativa que así la contemple, mediante la especificación de los supuestos que habiliten a la Comisión

²⁴⁵

En efecto, podría suceder que, por ejemplo, una empresa declarada judicial o administrativamente en liquidación al inicio del procedimiento por insuficiencia patrimonial (pérdidas iguales o superiores al total del capital social pagado) apruebe, con anterioridad a la instalación de la junta de acreedores, un aumento de capital otorgado por sus propios accionistas o por terceros inversionistas para reducir sustancialmente la crisis patrimonial de la empresa deudora, en cuyo caso la situación falencial de esta ya no tendría la gravedad que justificó el implantar en un inicio el desapoderamiento absoluto del deudor.

de Procedimientos Concursales del Indecopi a intensificar *a posteriori* el grado de desapoderamiento del deudor.

Otro aspecto previo que es relevante resaltar es que, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos argentino y norteamericano, nuestra propuesta no contempla un régimen sin desapoderamiento, supeditado al cumplimiento estricto por el deudor de deberes de proporcionar información continua sobre su situación patrimonial y de orden fiduciario en relación con la conservación de su patrimonio. Esto obedece a dos razones: primero, porque actualmente no existe un flujo de información constante de los deudores hacia la autoridad concursal, lo cual dificulta notoriamente la posibilidad de fiscalizar eficazmente su observancia; y segundo, aunque logren mejorarse los canales de dicha información nuestro sistema concursal padece aún una “dualidad” estructural en cuanto a las funciones de tutela del interés patrimonial de los acreedores se refiere, pues mientras encarga a la autoridad administrativa las labores de supervisión y monitoreo que emanan directamente de la tramitación del procedimiento concursal (verificación de créditos, revisión de validez de acuerdos de junta de acreedores, investigación y sanción de infracciones administrativas, entre otros), continúa reservando para el Poder Judicial el conocimiento de las acciones de ineficacia concursal, cuya demora excesiva en resolverlas impide que la Comisión de Procedimientos Concursales esté en reales condiciones para sancionar oportunamente con el desapoderamiento absoluto al deudor que haya realizado actos de disposición del deudor en menoscabo de su patrimonio.

De este modo, nuestra propuesta prefiere no incurrir en el riesgo implícito y potencialmente dañoso que conllevaría mantener en el ordenamiento concursal peruano una opción de régimen de *debtor in possession*, a sabiendas que la capacidad de reacción de nuestra autoridad concursal para neutralizar actos de disposición patrimonial lesivos del interés de la colectividad de acreedores resultaría manifiestamente tardía, y considerando además que la estructura de nuestro ordenamiento concursal no admite ni favorece la implementación de mecanismos de “control indirecto” por los acreedores como lo son el *DIP Financing* y el *executive compensation*.

A continuación detallaremos las modalidades de desapoderamiento que proponemos en función a la naturaleza de cada procedimiento concursal regido por la Ley General del Sistema Concursal y a otras situaciones objetivamente constatables y, por ende, también susceptibles de ser contempladas como causales de sometimiento a una u otra modalidad.

4.1. Régimen de administración temporal “mixta” con administración original

Esta modalidad de desapoderamiento es la que, a nuestro modo de ver, debería ser concebida como el régimen general de desapoderamiento aplicable a los procedimientos concursales, al combinar las ventajas de una co-administración temporal explicadas en el acápite 2 precedente con la conveniencia de mantener en todo o en parte a los administradores originales por los aportes que puedan brindar en razón de su experiencia y conocimiento del manejo de la actividad empresarial del deudor.

Una pregunta inmediata que surge frente a la composición “mixta” de este régimen de administración temporal es la siguiente: ¿por qué no optar por consagrar simplemente una opción de “intervención” o “vigilancia” en la administración, sin necesitar que el propio auxiliar de justicia concursal realice labores de gestión de la empresa, como está previsto en los sistemas concursales español y argentino?

La respuesta a esta interrogante la encontramos, una vez más, en la particular configuración de nuestro sistema concursal y de los principios y objetivos rectores que lo rigen. Para una mejor comprensión del tema, es preciso recordar que las funciones de los interventores en los ordenamientos antes señalados no se limitan al control de actos de disposición patrimonial del deudor, sino que comprenden una variedad mucho más amplia de actuaciones procedimentales esenciales para la marcha del proceso, como la determinación de la masa activa y pasiva y el informe sobre la situación patrimonial de la empresa que se pone a disposición de los acreedores en junta, por citar algunas de sus labores más relevantes. En otras palabras, las funciones autoritativas de actos de disposición patrimonial que llevan a cabo los interventores en este contexto, más que justificar ellas mismas la necesidad de contar con tales funcionarios, obedecen a una estructura orgánica del rol de estos funcionarios en el concurso quienes por esta razón, lejos de ejercer un cargo de carácter temporal y provisorio como el que aquí proponemos, tienen una marcada vocación de permanencia por constituirse como los principales auxiliares de justicia de los jueces del concurso, quienes como ya hemos visto detentan indiscutidamente la conducción del proceso desde su inicio hasta su finalización.

Por consiguiente, si pretendiéramos introducir a nuestro sistema concursal un régimen de intervención cuyos titulares únicamente tuvieran que autorizar la realización de actos de disposición de bienes por el deudor, su ámbito real de actuación respecto del funcionamiento de la empresa sería realmente marginal e incidental, puesto que aun reconociendo la necesidad de establecer un control preventivo para la realización de tales

actos, la ocurrencia de los mismos en la generalidad de las empresas suele ser infrecuente (nos referimos obviamente a los actos de disposición patrimonial que excedan el curso ordinario de negocios del deudor), por lo que no tendría mucho sentido mantener en forma continua dentro de la empresa deudora a un funcionario (que en la mayoría de los casos serían personas jurídicas) que perciba honorarios con cargo a la masa solo para ejecutar ese tipo de acciones de ocurrencia eventual.

En cambio, la co-administración temporal acompañada de los administradores originales de la empresa concursada se nos presenta como una alternativa más apropiada para el diseño normativo de nuestros procedimientos concursales. Ofrece la ventaja de que su intervención parcial en la administración del deudor no tiene que significar necesariamente un costo adicional para la masa, en la medida que el pago de sus honorarios sea sufragado con la retribución que percibía el sector de la administración a quien sustituye en sus funciones.

De otro lado, su incorporación al régimen de administración de la empresa concursada coloca a los co-administradores en una posición privilegiada en términos de obtención y revisión de la información económica y financiera de la deudora, pudiendo acceder directamente a la misma en su condición de partícipes en la administración.

Su perfil especializado en materia empresarial le facilitará participar y colaborar en la gestión y administración ordinaria de la empresa en concurso, así como tener la oportunidad de intervenir directamente en el proceso de deliberación y decisión que la administración adopte, como órgano colegiado, sobre la pertinencia y necesidad de realizar actos de disposición que no correspondan a la actividad normal del deudor. En este último caso, consideramos que, además del condicionamiento de la eficacia de este tipo de actos a su posterior ratificación por la junta de acreedores, la Comisión debe exigir al co-administrador temporal la presentación de un informe en el que sustente su opinión favorable o contraria a la realización de tales actos, a fin de ponerlo a disposición antelada de los acreedores ya reconocidos a esa fecha para que estos tengan la posibilidad de satisfacer oportunamente sus derechos de acceso a información relevante en el procedimiento y, asimismo, facilitar la labor fiscalizadora de dicha autoridad permitiéndole monitorear con mayor inmediatez y eficacia la gestión de estas entidades.

4.2. Régimen de administración temporal “pura”: Desapoderamiento total.

Como ya lo hemos apuntado en las líneas que anteceden, la opción de desapoderamiento

total que implica el establecer un régimen de administración temporal semejante al ya existente para los procesos concursales de los clubes de fútbol, representa en nuestra propuesta una modalidad “subsidiaria” cuya aplicación no puede, por esa misma razón, ser decidida de manera discrecional por la autoridad concursal, sino que procede únicamente ante la verificación de supuestos de hecho previamente determinados por la ley.

Estos supuestos de hecho deben denotar, de manera inequívoca y que no deje lugar a dudas, la necesidad imperiosa de privar con carácter absoluto al deudor de la administración y gestión de su patrimonio, sea porque el colapso económico y financiero de la empresa en crisis sea inminente, o porque el insolvente evidencie con su conducta, dentro o fuera del procedimiento, una manifiesta negativa a brindar su cooperación para la superación de su crisis patrimonial a través del concurso, llegando incluso a realizar comportamientos expresamente dirigidos a frustrar la acción colectiva de cobro de sus acreedores.

Los supuestos de insolvencia cuya gravedad convenimos en denominar “crónica” para expresar de modo más gráfico el grado de peligro que estas situaciones terminales representan para el cobro de las acreencias, son los siguientes: (i) los casos de liquidación “directa” declarados por la Comisión de Procedimientos Concuriales al inicio de procedimientos concursales a pedido del propio deudor o de sus acreedores, de verificarse el estado de pérdida patrimonial previsto en los artículos 24.2 y 28.4 de la Ley General del Sistema Concursal²⁴⁶; y, (ii) la liquidación declarada por el Poder Judicial en aplicación del artículo 692-A del Código Procesal Civil, la cual activa el proceso liquidatorio ante la ausencia de bienes libres de gravamen que, en vía de ejecución forzada, respondan por el pago de una deuda exigida judicialmente²⁴⁷.

²⁴⁶ Estos preceptos establecen que la Comisión declarará, junto con el inicio del procedimiento concursal ordinario solicitado por el deudor o sus acreedores, la liquidación de aquel en caso constate que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, superan el total de su capital social pagado.

²⁴⁷ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 692-A.-** Si al expedirse la sentencia en primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del juez de declararse su disolución y liquidación.
Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el Juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concuriales del INDECOPI o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal.
El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un procedimiento de ejecución de sentencia derivada de un procedimiento de conocimiento, abreviado o sumarísimo.

En cuanto a las conductas del deudor contrarias al “espíritu cooperativo” que propugna nuestro sistema concursal, podemos determinar como aquellas que justifiquen la necesidad de desapoderar por completo al deudor de la gestión de su patrimonio las siguientes: (i) la omisión del deudor o su negativa a proporcionar, sea en la etapa pre-concursal del procedimiento o al momento de su difusión, la información y documentación requeridas por el artículo 25 de la Ley General del Sistema Concursal, así como la presentación de su información económica y financiera actualizada y continua desde la publicación de su estado de concurso hasta la instalación de la junta de acreedores; (ii) la realización de actos de disposición de bienes del deudor sin la autorización del co-administrador designado por la Comisión de Procedimientos Concursales; y, (iii) la realización de conductas fraudulentas por parte del deudor destinadas a ocultar y sustraer bienes de su propiedad de la acción de cobro de sus acreedores. En este último supuesto, creemos que la autoridad concursal no debería esperar a obtener un pronunciamiento judicial que, en el ámbito civil o penal, determine la existencia del fraude y la consiguiente responsabilidad del deudor por tales hechos, sino que de contar con los elementos de juicio suficientes que le permitan suponer la realización de conductas fraudulentas e incluso delictivas, está facultada para desapoderar de inmediato a dicho deudor y, simultáneamente, oficiar a las autoridades competentes para perseguir y sancionar este tipo de comportamientos.

Resulta evidente que, por la gravedad que este tipo de situaciones y conductas revisten para los intereses patrimoniales de la masa de acreedores, el deudor no resulta un agente económico en quien la autoridad administrativa pueda confiar respecto al correcto y prudente manejo de su patrimonio hasta la instauración de la junta de acreedores, por lo que la única alternativa posible al iniciarse el procedimiento es desapoderarlo de las facultades de administración y disposición de su patrimonio. Sin embargo, también debemos reconocer que, en algunos casos, pueda admitirse la posibilidad de revertir esta drástica decisión, reconduciéndola a un régimen de desapoderamiento atenuado siempre que el deudor demuestre de modo incontestable su voluntad de colaborar con el desarrollo del proceso concursal. Así, puede suceder que el deudor que, habiendo omitido en un inicio presentar la información contable y financiera de la empresa, lo regulariza posteriormente y empieza a mantener actualizado el flujo de dicha información; o un deudor que colabora activamente con la autoridad en la etapa de reconocimiento de créditos conciliando con prontitud los créditos invocados con la deuda registrada en su

contabilidad; también puede ocurrir (siquiera en términos hipotéticos) que el deudor que dispuso de sus bienes sin autorización del co-administrador los reintegra de inmediato a la masa concursal. En todo caso, consideramos que la pertinencia de variar el régimen del desapoderamiento en estos supuestos debe quedar al criterio ponderado de la autoridad concursal, quien deberá evaluar la conveniencia y oportunidad de hacerlo en función a circunstancias tales como la duración del proceso previo a la instalación de la junta y la consistencia de las señales de “voluntad cooperativa” que muestre el deudor durante el tiempo.

4.3. Régimen de administración “supervisada”: El procedimiento concursal preventivo y la figura de los “veedores”.

En un procedimiento concursal preventivo, a diferencia del procedimiento concursal ordinario en el que la situación de insolvencia justifica que los acreedores en junta tomen control pleno de la gestión de la empresa concursada, el deudor que solicita su acogimiento al mismo no corre el “riesgo” de sufrir – al menos no de manera inmediata – el desapoderamiento de sus facultades de gestión y disposición de su patrimonio, ya que su estado de “pre-insolvencia” no lo amerita. Por tanto, se asume que los incentivos para que los deudores que recién experimentan síntomas de “crisis patrimonial incipiente” tomen decisiones empresariales apresuradas, desacertadas o incluso fraudulentas en perjuicio de sus acreedores son mínimos, puesto que su situación económica y financiera aún se mantiene relativamente estable y, en ese sentido, su manejo del negocio les permite enfrentar todavía con cierta calma y planificación la inminencia de una eventual insolvencia a través de la formulación de esquemas de solución colectiva y preventiva mediante mecanismos de refinanciación de sus pasivos oponibles a la totalidad de sus acreedores.

No obstante ello, esta especie de presunción de “solvencia amenazada” que garantizaría la toma de decisiones empresariales más ponderadas a través del uso de procedimientos preventivos destinados a anticipar verdaderas crisis patrimoniales, es relativa. En el ámbito administrativo podemos mencionar más de un caso de empresas que, habiéndose acogido a un procedimiento concursal preventivo, terminaron recayendo en procedimientos concursales ordinarios que derivaron, a su vez, en procesos de liquidación.

Este recelo hacia la efectiva idoneidad de los procedimientos preventivos para salvaguardar los intereses patrimoniales comprometidos en ellos exclusivamente en base

a la actuación del deudor, nos motiva a proponer, aunque no constituya propiamente un mecanismo de desapoderamiento, una modalidad de “vigilancia” o “supervisión” de la marcha de la empresa desde su acogimiento al procedimiento concursal preventivo hasta la aprobación del respectivo acuerdo global de refinanciación.

Esta modalidad de “observación” de la actividad patrimonial del deudor sometido a un esquema preventivo se implementaría a través de la designación de veedores por parte de la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, cuya función en la empresa concursada se limitaría a recabar información sobre el estado económico y financiero actualizado de aquella, para lo cual esta se encontraría obligada a suministrarle de manera periódica esta información que estos funcionarios se encargarían, a su vez, de trasladar a la autoridad concursal para el ejercicio de las respectivas facultades de fiscalización y, además, ponerla en conocimiento oportuno de los acreedores.

Además este mecanismo de supervisión podría resultar de suma utilidad para que la autoridad concursal pueda detectar de manera oportuna eventuales situaciones de fraude a los acreedores por involucrar la presentación de información falsa a la Comisión durante la tramitación del procedimiento preventivo, cuya constatación faculta a dicha autoridad para declarar de oficio la nulidad del referido procedimiento y del acuerdo global de refinanciación, en caso haya sido aprobado por la junta de acreedores²⁴⁸.

Con el análisis de esta sección concluimos la presentación y fundamentación de nuestra propuesta de introducir a nuestro sistema normativo concursal la figura del desapoderamiento inmediato del deudor concursado. Podemos finalizar este trabajo señalando que, tanto la evolución legislativa experimentada por nuestro país en materia concursal desde 1933 hasta la fecha como el estudio comparado de la regulación de esta figura en ordenamientos jurídicos extranjeros, nos brindan valiosas lecciones y, a la vez, elementos con los cuales podemos construir un nuevo esquema de tutela preventiva del interés de la masa de acreedores que procure, en la medida de lo posible, ser mutuamente beneficioso para todas las partes involucradas en las crisis patrimoniales que derivan de una situación de insolvencia, pues ello significará que el aporte que proponemos habrá contribuido a reforzar los escenarios de negociación entre el deudor y sus acreedores y, por consiguiente, se habrá dado un paso más en el intento por alcanzar

²⁴⁸

LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL, Artículo 111.- Presentación de información falsa.
De constatare la falsedad de declaraciones efectuadas por el deudor en el curso del procedimiento, la Comisión declara la nulidad del mismo y del Acuerdo Global de Refinanciación, en caso hubiere sido aprobado. El plazo para declarar la nulidad del acuerdo prescribe al año de la aprobación del mismo.

el objetivo de protección del crédito que propugna nuestro sistema concursal.



CONCLUSIONES

1. La evolución histórica del desapoderamiento inmediato del deudor concursado en nuestro ordenamiento jurídico ha seguido un rumbo acorde con la estructuración de los fines y objetivos que el sistema concursal peruano se ha trazado a lo largo de sus diversas etapas normativas.
2. Durante la vigencia de la Ley Procesal de Quiebras, el desapoderamiento del deudor en favor del síndico de quiebras convirtió a este funcionario auxiliar del juez, en los hechos, en el paradigma de la inoperancia del sistema concursal de aquella época, debido a su rol preponderante en el proceso y a la poca o nula fiscalización de su gestión por parte del juez, situación que, en un contexto normativo con vocación claramente liquidatoria que relegaba a su mínima expresión la participación de los acreedores, propiciaba una duración “eterna” de los procesos concursales que por lo general solo favorecía los intereses personales del síndico en perjuicio de los derechos de crédito de los acreedores del deudor.
3. Bajo la Ley de Reestructuración Empresarial y su norma sucesora, la Ley de Reestructuración Patrimonial, el sistema concursal peruano experimentó un cambio radical en su filosofía y estructura que, al “desjudicializar” el proceso concursal trasladándolo al ámbito administrativo y “privatizando” en manos de los acreedores las decisiones sobre el destino del deudor concursado y forma de pago de los créditos, trajo consigo la eliminación del desapoderamiento inmediato de los deudores en concurso, que además se había identificado estrechamente con la actuación del síndico de quiebras.
4. Los cambios normativos experimentados por nuestro sistema concursal durante los últimos diez años y el contexto en el cual se han producido, reflejan una tendencia a replantear la estructura y alcances del desapoderamiento en los procesos concursales que, sobre las bases conceptuales que sustentan nuestro ordenamiento concursal desde 1992, busca fortalecer esta figura jurídica para dotar de una mayor garantía institucional a los acreedores para el cobro de sus créditos, siendo la mejor muestra de ello la Ley para la reestructuración económica

y de apoyo a la actividad deportiva futbolística en el Perú.

5. El desapoderamiento inmediato regulado bajo los alcances de la Ley N° 22.2003 que rige el sistema concursal español, está articulado en función a los objetivos de protección del crédito y conservación de la empresa perseguidos por dicho ordenamiento, el cual privilegia un régimen de desapoderamiento “relativo” de los deudores en procesos reorganizativos sujeto a intervención de los jueces del concurso pero que, a la vez, también contempla una modalidad de desapoderamiento absoluto previsto para los procesos de liquidación. Ambas modalidades no son, empero, excluyentes ya que el juez del concurso puede variar motivadamente el régimen de desapoderamiento en cada caso concreto.
6. A semejanza de la legislación española, la Ley N° 24.522 que rige el sistema concursal argentino propende a favorecer la conservación de la empresa y, de ese modo, fomenta la continuación de actividades de las empresas en crisis bajo un régimen de conservación de la administración original del deudor, sujeta a vigilancia y susceptible de ser desapoderada por el juez del concurso en supuestos específicos. Como “segunda opción”, los procesos de quiebra solo admiten un régimen de desapoderamiento inmediato total del deudor en manos del síndico.
7. El sistema concursal norteamericano regido por el *Bankruptcy Code* establece dos procesos netamente diferenciados en función al destino de la empresa sometida a concurso y que también determina, por tanto, el grado de desapoderamiento inmediato en cada uno de ellos: el *Chapter 11*, que facilita el acogimiento de empresas en dificultades económicas y financieras a un régimen de *automatic stay* manteniendo el control y gestión de su negocio pero en calidad de fiduciario de los intereses de la masa de acreedores (*debtor in possession*), con miras a proponer a estos últimos un plan de reorganización que le permita superar su estado de insolvencia; y el *Chapter 7*, orientado directamente a liquidar los activos del deudor en manos de un *case trustee*, quien es designado por el juez del concurso al inicio del proceso y reemplaza en su integridad a la administración del deudor.
8. La necesidad de incorporar a nuestro sistema concursal un régimen de desapoderamiento inmediato del deudor concursado obedece a que, desde el inicio del procedimiento hasta la instalación de la junta de acreedores, se produce

- un “vacío” en la supervisión y control de la gestión patrimonial del deudor que, ante su estado de insolvencia actual o inminente, puede incentivarlo a tomar decisiones patrimoniales equivocadas o indebidas que terminen perjudicando el interés de sus acreedores a satisfacer al mayor grado posible sus derechos de crédito, situación que justifica la intervención excepcional, subsidiaria y temporal de la autoridad concursal a través de sus órganos auxiliares (administradores y liquidadores registrados ante el Indecopi).
9. Los mecanismos de “tutela” de los acreedores durante el referido período que actualmente prevé la ley (ineficacia de actos de disposición del deudor durante el “período de sospecha” y presentación de información económica y financiera por el deudor al inicio del procedimiento) resultan insuficientes para proteger adecuada y eficazmente los derechos de crédito que buscan verse satisfechos durante el concurso.
 10. Las principales ventajas que un régimen de desapoderamiento inmediato reportaría a nuestro sistema concursal son las siguientes: control *ex – ante* de actos de disposición patrimonial; fiscalización anticipada de la previa gestión del deudor; aprovechamiento de los conocimientos y experiencia de la administración original; la “subsidiariedad” del desapoderamiento pleno; la temporalidad de este régimen; y, el uso de un registro ya existente de entidades administradoras y liquidadoras registradas ante el Indecopi.
 11. La autoridad concursal tendría a su disposición un “menú de opciones” de modalidades de desapoderamiento del deudor para disponer cuál de ellas sería aplicable a cada caso concreto: la modalidad de desapoderamiento “parcial” como co-administración, opción que constituiría la alternativa general dada la filosofía que inspira nuestro sistema concursal; la modalidad de desapoderamiento “pleno”, que operaría en aquellos casos de liquidación del deudor declaradas directamente por la autoridad administrativa concursal o por el Poder Judicial, así como resultado de la constatación de actos realizados por el deudor contrarios a su deber de cooperación en el proceso; y la figura de los “veedores” aplicable a los procedimientos concursales preventivos, en los que únicamente se requiere una “vigilancia cercana” a la actividad del deudor bajo amenaza de insolvencia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- Sánchez Palacios, Manuel (1958). Ley Procesal de Quiebras. Lima: San Marcos.
- Nugent, Ricardo (1960). Derecho de Quiebra. Lima: Tesis para optar el grado de doctor en Derecho privado, editada por la Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Flores Polo, Pedro (1980). Código de Comercio: Comentarios, concordancias, jurisprudencia. Lima: Segunda edición, J. Valenzuela V.
- Tonón, Antonio (1988). Derecho concursal. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Argeri, Saúl (1991). El Síndico en el Concurso de la Quiebra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- Beaumont Callirgos, Ricardo (1994). Derecho comercial y restructuración empresarial. Lima: Alternativas.
- Sobrevilla Enciso, Tomás (1998). El proceso concursal peruano – La Ley de Reestructuración Patrimonial. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Flint, Pinkas. (2003) Tratado de Derecho concursal. Lima: Grijley 1era. Edición.
- Barbieri, Pablo (1999). Procesos concursales. Buenos Aires: Universidad.
- Escuti, Ignacio y Francisco Junyent Bas. (2006) Derecho Concursal. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Ezcurra Rivero, Huáscar (2002). Derecho concursal: estudios previos y posteriores a la nueva ley concursal: análisis económico del derecho. Lima : Palestra.
- Beaumont Callirgos, Ricardo y José E. Palma Navea (2002). Comentarios a la nueva Ley General del Sistema Concursal. Lima: Gaceta Jurídica.
- Quintana Carlo, Ignacio y otros (2005). Las claves de la ley concursal. Navarra: Thomson Aranzadi.

- Tirado, Ignacio (2005). Los administradores concursales. Madrid: Thomson Civitas.
- Llatjós Samuy, Ignasi (2005). La administración concursal: funciones, facultades y responsabilidades. Barcelona: Bosch.
- Ramos Ibós, Teresa (2007). La administración concursal: actuación, estatuto jurídico, responsabilidades y funciones. Barcelona: Bosch.
- Pacheco Guevara, Andrés (2009). La administración concursal. Navarra: Thomson Aranzadi.
- López Aparcero, Antonio. *Doctrina judicial sistematizada sobre la Ley Concursal*. Thomson Civitas – Editorial Aranzadi Cizur Menor. Navarra, 2006.
- CARO GONZALES, Isabel. *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- ROJO, Ángel, Ignacio Tirado y otros. *Comentario de la Ley Concursal*. Thomson Civitas. Primera edición, Madrid, 2004.
- Dasso, Ariel A. (2009). Derecho Concursal Comparado. Buenos Aires: Legis Argentina.
- KLEIDERMACHER Arnoldo y Jaime. *Lecciones de Derecho concursal*. Ad-Hoc S.R.L., primera edición, Buenos Aires, 2001.
- MAFFIA, Osvaldo. *La Ley de Concursos Comentada*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001.
- GRISPO, Jorge Daniel. *Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras*. Editorial Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 1997.
- Beltrán, Emilio y otros – Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (2009). Los problemas de la ley concursal. Madrid: Civitas.
- Puelles Olivera, Luis Guillermo (2013). Procedimientos Concursales – Colección por el Vigésimo Aniversario del Indecopi. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

DOCUMENTOS DE TRABAJO INSTITUCIONALES:

- Área de Estudios Económicos del INDECOPI. Documento de Trabajo N°004-1998. Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial. Diagnóstico y Propuesta.
- Área de Estudios Económicos del INDECOPI. Documento de Trabajo N°002-1999. Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial.
- Área de Estudios Económicos del INDECOPI. Documento de Trabajo N°008-2000. Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial. Diagnóstico de una década.

REVISTAS:

- Ferrero Diez Canseco, Alfredo. Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial. En: Derecho / Pontificia Universidad Católica del Perú -- No. 47 (1993) Derecho. Revista de la Facultad de Derecho PUCP. N°47 (1993)
- León Montalbán, Andrés. "Aspecto jurídico de la quiebra". En: Revista de Derecho PUCP. N° 9. (1949)
- Echeandía Chiappe, Luis Francisco. Sobre insolvencias, insolventes y formas de enfrentar una crisis. En: Gaceta Jurídica Editores – Edición Especial. Tomo N° 57 (agosto 1998)
- Ruiz Díaz, Gonzalo. El costo beneficio del sistema concursal. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Año 2, N° 3 (2006)
- Puelles, Guillermo. "Fotografías que matan" o los retos del financiamiento a empresas en concurso. En: Ius et Veritas. N° 39 (2009)
- Schmerler Vainstein, Daniel. Ineficacia de actos en el "período de sospecha": Buscando la reintegración patrimonial del deudor concursado. En: Revista de la

Competencia y la Propiedad Intelectual. Edición Especial. Año 7, N° 12. (2011)

- Del Águila Ruiz De Somocurcio, Paolo. *“La pelota en la cancha del Indecopi.”* En: Actualidad Jurídica. Tomo 220, Marzo 2012.
- Robilliard D’Onofrio, Paolo. *“¿Y dónde están...y dónde están...esos acreedores que podían liquidar? Mitos y verdades del excepcional régimen concursal para el mercado futbolístico.”* En: Actualidad Jurídica. Tomo 220, Marzo 2012.
- SKEEL, David A.: *“The “New” New Corporate Governance in Chapter 11”*. En: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 52, N° 2 (Dec. 2003).
- McCORMACK, Gerard: *“Control and Corporate Rescue: An Anglo American Evaluation”*. En: The International and Comparative Law published by Cambridge University Press, Vol. 56, N° 3 (Jul. 2007).
- HYUN – LEE Seung, Mike W. Peng and Jay B. Barney: *“Bankruptcy Law and Entrepreneurship Development: A Real Options Perspective”*. En: The Academy of Management Review, Vol. 32, N° 1 (Jan. 2007).
- Acharya, Viral V. y Krishnamurthy V. Subramanian: *“Bankruptcy Codes and Innovation”*. En : The Review of Financial Studies published by Oxford University Press, Vol. 22 N° 12 (Dec. 2009)
- MORRISON, Edward R.: *“An Empirical Study of Continuation Bias in Small – Business Bankruptcies”*. En: Journal of Law and Economics, published by The University of Chicago Press for The Booth School of Business of The University of Chicago and The University of Chicago Law School, Vol. 50, N° 2 (May 2007).
- LISTOKIN, Yair: *“Paying for performance in bankruptcy: Why CEOs should be compensated with debt”*. En: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 155, N° 4 (Apr. 2007).
- BAIRD, Douglas and Robert K. Rasmussen: *“The end of Bankruptcy”*. En: Stanford Law Review, Vol. 55, N° 3 (Dec. 2002).
- LOPUCKI, Lynn M.: *“The Nature of the Bankrupt Firm: a response to Baird and Rasmussen’s “The End of Bankruptcy””*. En: Stanford Law Review, Vol. 56, N° 3

(Dec. 2003).

- CHATTERJEE Sris, Uphinder S. Dhillon and Gabriel G. Ramírez: “*Debtor-in-possession financing*”. En: Journal of Banking & Finance 28 (2004).
- WHITE, Michelle J.: “*Chapter 14 Bankruptcy Law*”. En: Handbook of Law and Economics, Vol. 2, 2007.
- KOROBKIN, Donald R.: “*Bankruptcy Law, Ritual and Performance*”. En: Columbia Law Review, Vol. 103, N° 8 (Dec. 2003).
- DAVIS, Peter J.: “*Settlements as Sales under the Bankruptcy Code*”. En: The University of Chicago Law Review, Vol. 78, N° 3 (Summer 2011).
- SCHWARTZ, Alan: “*A Normative Theory of Business Bankruptcy*”. En: Virginia Law Review, Vol. 91, N° 5 (Sep. 2005).

TESIS:

- SERRANO, Marcos Andrés. *El síndico de la quiebra*. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1984.
- GONZÁLES CUETO, Rosario y CHÁVARRI GARCÍA, José. *Cobro de acreencias a personas fallidas*. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1976.
- VAINSTEIN BLANCK, Marcos. *Problemática de la sindicatura de quiebras en la legislación peruana: análisis y posibilidades*. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1988.

SITIOS WEB:

- CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_expdig_2001.nsf/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_expdig_2001.nsf/Agenda/FAF2D7573807963405257592005102B4?opendocument

LEGISLACIÓN:

Perú:

- Ley N° 7566, Ley Procesal de Quiebras.
- Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial.
- Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial aprobado por Decreto Supremo N° 044-93-EF.
- Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial.
- Ley N° 27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial.
- Decreto de Urgencia N° 064-99, que crea el Procedimiento Transitorio.
- Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal.
- Decreto Legislativo N° 1050, que aprueba la modificación de la Ley General del Sistema Concursal.
- Ley N° 29862, Ley para la Reestructuración Económica y de Apoyo a la actividad deportiva futbolística en el Perú.

Argentina:

- Ley 24.522, Ley de Concursos y Quiebras del 20 de julio de 1995.

España:

- Ley 22/2003

Estados Unidos:

- Bankruptcy Code, Chapter 7 y 11

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia administrativa del Indecopi:

- Precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución N° 0377-2004/SCO-INDECOPI
- Precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución N° 0609-2005/TDC-INDECOPI

Jurisprudencia norteamericana:

- <http://www.lexisnexis.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/hottopics/Inacademic/>

