

# El Fuero de Atracción y sus Alcances en la Legislación Concursal Peruana. A Propósito del Último Precedente Vinculante

Dr. Esteban Carbonell O'Brien\*

*"El artículo que a continuación se presenta, es un importante análisis de la Legislación Concursal peruana relacionados con los derechos políticos de los acreedores titulares de créditos tardíamente apersonados al procedimiento concursal; todo ello, a partir de la Resolución del Tribunal de INDECOPI sobre el caso Ayvar, último precedente de Observancia Obligatoria acerca del tema."*

## I.- Antecedentes Preliminares

A nuestros lectores, les debo precisar que el citado precedente se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 5 de abril del 2008. En él, se precisa los alcances de las disposiciones referidas al ejercicio de los derechos políticos en Juntas de Acreedores en los procesos de disolución y liquidación. La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI se pronunció mediante Resolución No. 0532-2008/TDC-INDECOPI al interior del procedimiento concursal de una persona natural, Raúl Ayvar Cevallos (Expediente No. 247-2001/CRP-ODI-ULI) cuya sumilla marca el precedente con fines de ilustración, transcribimos literalmente:

En el Procedimiento Concursal Ordinario del señor Raúl Ayvar Cevallos, la Sala de Defensa de la Competencia ha aprobado como Precedente de Observancia Obligatoria el criterio de interpretación que se enuncia a continuación:

"De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 74 de la Ley General del Sistema Concursal, en virtud del fuero de atracción de créditos en

procesos de liquidación, los acreedores titulares de créditos devengados con posterioridad a la fecha de publicación de la situación de concurso del deudor quedan facultados para apersonarse al procedimiento a fin de obtener el reconocimiento de sus créditos y poder participar con derecho a voz y a voto en la Junta de Acreedores, a partir de la fecha en que se acuerde o declare la liquidación del deudor, según sea el caso.

Dicho régimen no comprende a los acreedores titulares de créditos devengados con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32 de la Ley General del Sistema Concursal, quienes continuarán sujetos, incluso en los procesos de liquidación, a la regulación sobre participación en Junta de Acreedores prevista en el artículo 34 del citado dispositivo legal."

## II.- Antecedentes del Caso Sub-Materia

2.1.- Mediante Resolución 2621-2003/CCO-ODI-ULI del 12 de agosto de 2003, confirmada por Resolución 0292-2004/SCO-INDECOPI del 14 de mayo de 2004, la Comisión de Procedimientos Concursales (en adelante, la Comisión) declaró la situación de concurso del señor Raúl Ayvar Cevallos (en adelante, el señor

\* (Lima, 1970) Abogado por la PUCP. Master en Derecho con mención en Derecho Civil por la misma Universidad (1993-94) Cursando estudios de Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Universidad de Castilla La Mancha, España (2008-) Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal -Sección Peruana, con sede en México. Autor de varios libros entre ellos: "Bancarrotas y Suspensión de Pagos" (1998) e "Interpretación de la Ley General del Sistema Concursal" (2003). Director de la Revista Electrónica de Derecho Concursal "Vía Crisis" (2005-), distribuida a más de 5,000 correos a nivel de América y Europa. Asesor Ad Hoc del Congreso de la República en la Ley Concursal 27.809 (2002). Socio Fundador de Carbonell O'Brien Abogados (2000-) bufete legal con sede en Lima y enlaces en ciudades de América Latina y Europa. Visualizar web site: [www.carbonell-law.org](http://www.carbonell-law.org).

Cabe precisar que el Dr. Carbonell es considerado por la prestigiosa revista británica Latinlawyer como el mejor abogado de su generación en temas concursales, bancarrotas corporativas y reorganización empresarial. Visualizar entrevista en: [www.diariouridico.com](http://www.diariouridico.com)

Ayvar). En ese sentido, por aviso publicado el 5 de julio de 2004 en el diario oficial "El Peruano" se dio a conocer la situación de concurso del deudor y se citó a sus acreedores a fin de que presenten sus solicitudes de reconocimiento de créditos.

2.2.- En sesión del 24 de octubre de 2005, la Junta de Acreedores del señor Ayvar acordó designar a Banco de Crédito del Perú (en adelante, Banco de Crédito) como Presidente de dicho Órgano deliberativo.

2.3.- En sesión del 17 de febrero de 2006, reanudada el 22 de febrero de 2006, la Junta de Acreedores del señor Ayvar se reunió sin alcanzar la mayoría requerida en la Ley General del Sistema Concursal para adoptar el acuerdo referido al destino del patrimonio del deudor.

2.4.- Mediante Resolución 5411-2006/CCO-INDECOPI del 24 de abril de 2006, se declaró la disolución y liquidación del patrimonio del señor Ayvar, asumiendo la Comisión la conducción de dicho procedimiento y encargando a la Secretaría Técnica que designe el lugar, día y hora en que debe llevarse a cabo la Junta de Acreedores del señor Ayvar para que se pronuncie exclusivamente sobre la designación del liquidador del patrimonio del deudor y la aprobación del Convenio de Liquidación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley General del Sistema Concursal.

2.5.- El 16 de junio de 2006, la Junta de Acreedores del señor Ayvar acordó designar a la señorita Juana Vilchez Requejo (en lo sucesivo, la señorita Vilchez) como liquidadora del patrimonio del señor Ayvar y aprobó el respectivo Convenio de Liquidación.

2.6.- El 26 de abril de 2007, la Junta de Acreedores del señor Ayvar acordó remover a la señorita Víchez de su cargo de liquidadora del patrimonio del señor Ayvar y designó en su reemplazo al Estudio Alvarez y Torres Abogados Asociados S. R. L. (en adelante, el Estudio Alvarez y Torres). En dicha sesión no se llegó a la mayoría establecida en la Ley General del Sistema Concursal para aprobar la addenda al Convenio de Liquidación.

2.7.- Mediante aviso publicado el 20 de abril de 2007 en el diario oficial "El Peruano", el Banco de Crédito convocó a Junta de Acreedores del señor Ayvar para el 14 y el 17 de mayo de 2007, en primera y segunda convocatoria, respectivamente, para tratar los siguientes temas de agenda: (i) remoción del Presidente de la Junta de Acreedores, de ser el caso; (ii) nombramiento del nuevo Presidente de la Junta de Acreedores, de ser el caso; y, (iii) otros asuntos de interés.

2.8.- El 17 de mayo de 2007, la Junta de Acreedores del señor Ayvar desaprobó la remoción de Banco de Crédito como Presidente y dispuso no someter a votación el siguiente punto de agenda, por considerar que ello carecía de objeto, dado el resultado de la

votación del primer punto de agenda. Dicho órgano deliberativo estuvo conformado por los siguientes acreedores:

Acreedor	Porcentaje de Participación
ACREEDOR LABORAL	2.891699
AFP INTEGRAL	0.031477
AFP PROFUTURO	3.722539
BANCO DE CREDITO DEL PERU	54.708234
INVERSIONES ROFACSA S.A.C.	38.646051
TOTAL	100.00000

2.9.- Por escrito del 17 de mayo de 2007, el señor Manuel Benito Magret Ríos, representante de los créditos laborales (en adelante, el señor Magret), dedujo la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores del señor Ayvar del 17 de mayo de 2007 y solicitó la convocatoria a nueva Junta de Acreedores con la participación de un representante de la Comisión, alegando que en la referida reunión no se consideró al 100% de los créditos laborales reconocidos por la Comisión, hecho del cual se dejó constancia en dicha sesión. El 23 de mayo de 2007, Inversiones Rofacsa S.A.C. (en adelante, Inversiones Rofacsa), acreedor reconocido del señor Ayvar, solicitó que se declare la nulidad de los acuerdos adoptados el 17 de mayo de 2007 por los mismos argumentos expuestos por el señor Magret.

2.10.- Mediante Resoluciones 6145-2007/CCO-INDECOPI y 6146-2007/CO-INDECOPI del 4 de junio de 2007, se calificó los pedidos de nulidad presentados por el señor Magret y por Inversiones Rofacsa contra los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores del señor Ayvar realizada el 17 de mayo de 2007, como impugnaciones de acuerdos de Junta de Acreedores, y se les requirió el pago de los derechos administrativos correspondientes a la tramitación de dicha impugnación dentro del plazo de dos (2) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificados con tales actos administrativos.

2.11.- Por Resolución 7302-2007/CCO-INDECOPI del 2 de julio de 2007, la Comisión resolvió lo siguiente: (i) declaró improcedentes las impugnaciones presentadas por el señor Magret y por Inversiones Rofacsa contra los acuerdos de Junta de Acreedores del 17 de mayo de 2007; (ii) declaró de oficio la nulidad de dichos acuerdos; y, (iii) dispuso que la Secretaría Técnica de la Comisión evaluara la posible realización de irregularidades por parte de Banco de Crédito al impedir la participación de los acreedores laborales del señor Ayvar en la citada sesión de Junta.

2.12.- En sustento de dicho pronunciamiento, la Comisión señaló lo siguiente: (i) si bien el artículo 34.3 de la Ley General del Sistema Concursal establece que sólo participarán con derecho a voz y voto en las sesiones de Junta de Acreedores los titulares de

créditos apersonados al procedimiento dentro del plazo de treinta (30) días siguientes a la fecha de publicación de la situación de concurso del deudor, el artículo 74.6 de dicha norma dispone como excepción que, en el supuesto que el deudor ingrese a un proceso de liquidación, también tendrán derecho a voz y voto en Junta de Acreedores los titulares de créditos devengados con posterioridad a la fecha de inicio del concurso y aquellos tardíamente apersonados al procedimiento, según interpretación efectuada mediante Directiva 001-2003/CCO publicada el 24 de mayo de 2003 en el diario oficial "El Peruano"; y, (ii) en aplicación de la Directiva antes mencionada, el Presidente de la Junta de Acreedores del señor Ayvar debió incluir a la totalidad de los acreedores laborales reconocidos para computar el quórum de instalación y los porcentajes de participación en los temas materia de agenda, por lo que tal omisión acarrea la invalidez de los acuerdos adoptados.

**"(...) Por ende el cuidado del patrimonio en crisis debe ir orientado, a satisfacer a la colectividad en pleno, sin menoscabo, incluso del propio concursado."**

2.13.- El 20 de julio de 2007, Banco de Crédito apeló la Resolución 7302-2007/CCO-INDECOPI alegando lo siguiente: (i) la interpretación efectuada mediante Directiva 001-2003/CCO extiende indebidamente los alcances de la regulación prevista en el artículo 74.6 de la Ley General del Sistema Concursal a los acreedores tardíamente apersonados al procedimiento, toda vez que según lo establecido por Resolución 0546-2004/TDC-INDECOPI del 30 de setiembre de 2004, dicha norma únicamente resulta aplicable a los titulares de créditos postconcursoales incorporados al procedimiento en virtud del fuero de atracción, pronunciamiento mediante el cual la Sala también ordenó a la Comisión la modificación de la citada Directiva en el referido extremo; y, (ii) solicitó la suspensión del procedimiento hasta que la Sala se pronuncie respecto del recurso de apelación interpuesto.

### III.- Cuestión en Discusión

A nuestro juicio, determinar si la totalidad de los acreedores laborales reconocidos del señor Ayvar estaban legitimados para participar con derecho a voz y voto en la sesión de Junta de Acreedores realizada el 17 de mayo de 2007, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 74.6 de la Ley General del Sistema Concursal. Asimismo, marcar una barrera entre el acreedor diligente y el negligente.

### IV.- Interpretación del Precedente Vinculante

Los procedimientos concursales constituyen mecanismos diseñados por el ordenamiento jurídico para la atención y solución de los conflictos que se generan cuando una persona natural o jurídica enfrenta una situación de crisis patrimonial y deviene insolvente, mecanismos que conllevan el establecimiento de un régimen transitorio y excepcional para que las partes cuyos intereses de tipo patrimonial hayan sido afectados con la situación de concurso del deudor puedan actuar colectivamente a fin de tomar decisiones sobre la forma de recuperación de los créditos adeudados, señala con acierto la Sala.

En tal sentido, el objetivo de un determinado sistema concursal, no es en estricto la protección del crédito, pues dicha orientación debe entenderse como fin último. Consideramos que el mismo está orientado a enmendar el rumbo de los distintos agentes del mercado y serán éstos, los que utilicen este mecanismo de reflujo, para reordenar metas, dependiendo de la viabilidad del negocio o en defecto de ello, aislarse del mismo, con la consecuente salida del mercado.

La premisa de conservación de la unidad productiva fue incorporada por el legislador en la presente ley, como una idea básica de prevención económica, ante el inminente crecimiento en nuestros tiempos, de crisis patrimoniales de grandes proporciones. Ello, porque éstas, no hacen más que disminuir la capacidad de orientación de los agentes económicos, con el consiguiente cierre en cadena. Por ende el cuidado del patrimonio en crisis debe ir orientado, a satisfacer a la colectividad en pleno, sin menoscabo, incluso del propio concursado."

Por ende, la prosperidad y el bienestar general de una nación dependen substancialmente de la solidez de su economía, jugando en el afianzamiento de la misma un papel fundamental: el crédito, como instrumento perfeccionado de cambio económico. De ahí que el crédito requiera el máximo de tutela en nuestro ordenamiento jurídico positivo, como medio de protección legal de la riqueza del Estado.<sup>1</sup>

En este orden de ideas, la protección del crédito se erige en una de las principales justificaciones económicas de la legislación concursal, por cuanto un sistema efectivo de cobro que protege el crédito y, por tanto, que reduce los costos de acceder a él, resulta beneficioso no sólo para los acreedores que buscan la recuperación efectiva de sus créditos, sino también para las empresas que requieren de capital de trabajo para continuar el desarrollo de sus actividades económicas y producir más riqueza, hecho que a su vez genera mayor bienestar en la sociedad al incrementar los ingresos provenientes de la recaudación tributaria y los puestos de trabajo. En este sentido, el Artículo

<sup>1</sup> Para mayor ilustración ver: CARBONELL O'BRIEN, Esteban. Interpretación de la Ley General del Sistema Concursal, Lima, San Marcos 2003.

I del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal consagra a la protección del crédito como uno de los objetivos del sistema concursal peruano.

Dicha finalidad tiene como principio rector la privatización de las decisiones empresariales, por medio del cual se transfiere a la colectividad de acreedores la facultad de adoptar las decisiones tendientes a maximizar el valor del negocio, así como la responsabilidad de las decisiones que afectan al patrimonio y la carga del impulso de los procesos, una vez instalada la Junta de Acreedores. El régimen concursal vigente parte de la premisa de que aquellos que han resultado más afectados por la situación de crisis del deudor y, en consecuencia, se encuentran realmente interesados en el destino de su patrimonio o en la refinanciación de sus obligaciones, estén en aptitud de tomar, sin dilación y sin interferencia de autoridad alguna, las decisiones que resulten más adecuadas para la tutela efectiva de sus créditos.

Cabe precisar que, muchas veces la pluralidad de procedimientos han impedido que el objetivo trazado por el sistema concursal, tenga el éxito esperado, lo que conlleva a que el mismo, no resulte eficaz frente a las crisis patrimoniales. Por ello compartimos lo enunciado por Candelario Macías<sup>2</sup> que explica que conviene insistir en que el planteamiento de partida es que a través del derecho concursal se intenta satisfacer mejor a una colectividad de acreedores mediante un procedimiento de ejecución colectiva universal.

#### V.- Del Principio de Colectividad

Conforme lo ha señalado la Sala en anteriores oportunidades, el elemento que caracteriza el incumplimiento de obligaciones del deudor una vez acaecido el concurso es precisamente el grado de afectación general que tal situación supone, es decir, la lesión producida al universo de acreedores frente a quienes el deudor mantiene créditos impagos. Estos créditos pueden tener distinto origen en función de las particularidades del negocio y de las actividades a las que está destinado el patrimonio en concurso, por lo que en cada caso concreto las deudas comprometidas pueden derivarse en mayor o menor medida de préstamos bancarios, tributos, obligaciones laborales, contratos con proveedores, entre otros<sup>3</sup>.

El derecho concursal busca, sino únicamente como meta fundamental, la protección de los acreedores, quienes al declarar la falencia de su deudor, advienen a quedar unidos por estar asistidos de un interés común, cual es la aspiración de que todas las acreencias sean satisfechas en igual forma, proporción y plazos, salvo, eso sí, las que por expresa disposición legal gocen de alguna preferencia en particular.

El procedimiento concursal, a diferencia de lo que ocurre con el ejecutivo, reúne a todos los acreedores del fallido y mantiene entre ellos la mayor equidad posible. Para que todos los alcancen a satisfacer sus derechos, en cuanto lo permita el activo patrimonial del comerciante en bancarrota.

**“El derecho concursal busca(...) la protección de los acreedores, quienes al declarar la falencia de su deudor, advienen a quedar unidos por estar asistidos de un interés común (...)”**

Es pues principio fundamental de la bancarrota, que se apareja con los objetivos peculiares de la institución, el que la doctrina universal ha denominado por *condictio creditorum*, que corresponde a la garantía general de los acreedores.

Si uno de los objetivos de la bancarrota es la realización dentro del mismo procedimiento de la totalidad de los bienes que integran la masa general, en procura de solucionar las obligaciones según la prelación de créditos que exista, esa finalidad no se lograría cabalmente sin el surgimiento de la universalidad que se llame masa de la insolvencia, la que de otra parte, elimina la posibilidad de las ejecuciones singulares e impide que cada acreedor pueda individualmente perseguir separadamente los elementos integrantes del patrimonio.

A ello debemos agregar que si existiera un mundo en el que todas las crisis económicas enfrentarían al deudor con un solo acreedor, no habría necesidad de elaborar un sistema concursal. El acreedor que se hallara ante un deudor incapaz de satisfacer su crédito en el plazo previsto, sólo podría elegir entre liquidar el patrimonio del deudor y obtener un porcentaje de su crédito o esperar la recuperación económica de su deudor<sup>4</sup>.

En tal sentido, el principio de la colectividad se verifica en dos aspectos materiales: i) aquél que llama a participar en el procedimiento concursal a la totalidad de acreedores y ii) aquél que se orienta en no beneficiar a un determinado grupo de acreedores, sino a todos, guardando como excepción a la regla, el orden de preferencia, a consecuencia de la propia naturaleza y origen del crédito.

#### VI.- De los Derechos de los Acreedores al Interior del Procedimiento Concursal

La participación de los acreedores en el concurso se manifiesta a través del ejercicio de dos clases de derechos consustanciales a su calidad de principales

2 CANDELARIO MACIAS, Isabel. El Convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales. Granada, Comares, 1999, Pag. 20-21.

3 Ver: CARBONELL O'BRIEN, Esteban. Ob. Cit. Pags. 529 y ss referidas a las sumillas de pronunciamientos de la Sala de Defensa.

4 Cfr. BISBAL, Joaquín. La empresa en crisis y el derecho de quiebras. Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1986.

afectados con la crisis patrimonial del deudor: derechos económicos y derechos políticos.

A diferencia de los derechos económicos, cuyo ejercicio es irrestricto –con las limitaciones que supone la insuficiencia del patrimonio del deudor y los órdenes de preferencia previstos por Ley– El otorgamiento de los derechos políticos está supeditado a la oportunidad en que los acreedores se apersonen al procedimiento para obtener el reconocimiento de sus créditos.

El artículo 34.1 de la Ley General del Sistema Concursal establece que tienen derecho a participar con voz y voto en las reuniones de Junta los acreedores apersonados dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la situación de concurso del deudor y que hayan sido reconocidos por la autoridad concursal, en tanto que el artículo 34.3 del citado dispositivo legal señala que carecerán de tales derechos los acreedores que se apersonen con posterioridad al plazo antes indicado.

La presente ley apunta a reducir los costos de transacción al interior de los procesos concursales, así como procurar que la tramitación de aquellos sea de la forma más eficiente posible. Ello se debe verificar de la celeridad del pronunciamiento y de la solvencia jurídica del fallo administrativo, con esto se busca que los acreedores actúen con diligencia al interior del procedimiento, presentándose dentro de los plazos establecidos desde su difusión, tal como comentábamos en el acápite anterior.

La ley concursal faculta y ello se desprende del texto del numeral 34.1 que son los acreedores, quienes –en tanto cuenten con créditos debidamente reconocidos– pueden participar de las decisiones que se adopten en la Junta de acreedores, con el consiguiente voto y voz en sus intervenciones.

Es de observarse, en referencia a la anterior legislación, que el plazo es ampliado a treinta (30) días hábiles, posteriores a la fecha de publicación del aviso que informa sobre la situación de concurso más el término de la distancia. Cabe mencionar que ésta última inclusión guarda correspondencia con el artículo 135 de la Ley No. 27444, que señala que dicho término está previsto entre “el lugar de domicilio del administrado dentro del territorio nacional y el lugar de la unidad de recepción más cercana a aquel facultado para llevar a cabo la respectiva actuación”. Por ende, el apersonamiento en la praxis resulta más factible, sin que ello medie como justificativo, para algunos organismos públicos o privados para la emisión de la documentación sustentatoria de sus créditos, con la consiguiente demora en su presentación, como suele suceder en la praxis. En ese sentido, se ha establecido el sistema de la doble publicación en el diario oficial, la primera para difundir el inicio o apertura del proceso concursal y la segunda –una semana antes del vencimiento del plazo establecido para apersonarse– para recordar a los acreedores sobre el vencimiento

aludido, que pretende incorporar a la mayor cantidad de acreedores válidos al interior del proceso concursal, guiándonos del principio de colectividad.

Es de mencionar que aquellos acreedores que se presenten con posterioridad al citado plazo o aquellos que verifiquen la necesidad de una ampliación de sus créditos en fecha posterior al citado plazo, carecerán de derecho a voz y voto en las Juntas.

La consecuencia inmediata es que a lo largo del proceso únicamente participarán con derecho a voz y voto, los acreedores cuyas solicitudes de reconocimiento de créditos fueron presentadas dentro del plazo establecido en la norma. El reflejo fiel de la composición de la Junta de acreedores, será pues, de aquellos acreedores que presentaron sus solicitudes de reconocimiento de créditos en plazo oportuno, lo cual los hará más diligentes e incentivará a que otros, también lo sean. Ello mantiene, así la seguridad en los acuerdos adoptados por la Junta, dado que la composición de ésta, no será variada constantemente, reduciendo el control en quien recae la toma de decisiones.

El numeral 34.2 prescribe que el acreedor cuyo crédito dio lugar a la declaración de situación de concurso o al apercibimiento en aplicación del Artículo 703 del Código Procesal Civil, tendrá igual derecho a participar en la Junta de Acreedores, para lo cual la Comisión reconocerá de oficio dichas acreencias.

De otro lado, el numeral 34.3 no ha dejado de regular el presupuesto de los acreedores que se presenten de manera tardía o extemporánea o aquellos que petitionen ampliar el monto de sus créditos fuera del plazo establecido en la norma, quienes lograrán obtener el reconocimiento de sus créditos por parte de la autoridad concursal, siguiendo el principio según el cual, los efectos de los procesos concursales alcanzan a todos los acreedores del insolvente. De esta manera, la Ley no les recorta su derecho de obtener un pronunciamiento administrativo sobre la cuantía de sus créditos.

Asimismo, el numeral 34.4 establece una precisión respecto de aquellos acreedores cuyos créditos se presentaron dentro del plazo –que les permite como reseñamos actuar con derecho a voz y voto– pero que hayan sido declarados contingentes por la naturaleza de sus créditos, estableciendo que cuando se haya definido la controversia del crédito, la Comisión pertinente se pronunciará al respecto y dichos acreedores podrán participar en las Juntas correspondientes con el mismo derecho que aquellos que se presentaron de manera oportuna.

La norma concursal en su numeral 34.5 también acota, que en los casos que se invoque la cesión de un crédito, la titularidad se traslada a los nuevos acreedores, con los mismos derechos atribuidos al acreedor original.

Esto atendiendo a que dicha titularidad corresponde a un crédito reconocido de manera oportuna, salvo excepciones de naturaleza preferencial, cuando por ejemplo, el origen del crédito así lo amerite; por ende, no compartimos en estricto dicha postura. Consideramos que ello, puede desencadenar en la venta masiva de una cartera de créditos, contando éstos, con el primer orden de preferencia, con el consiguiente perjuicio de otros de inferior orden o incluso de la misma escala valorativa. En consecuencia, puede darse una posición monopólica al momento de adoptar las decisiones al interior de la Junta de Acreedores, ello con la postura de entidades financieras en contra de acreencias de naturaleza laboral, al elevar el porcentaje de participación y encontrarse en mejor posición de preferencia.

En relación con la citada norma, la Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley General del Sistema Concursal señala lo siguiente:

“(…) A lo largo del procedimiento únicamente participarán con derecho a voz y a voto los acreedores cuyas solicitudes de reconocimiento de créditos fueron presentadas dentro del plazo establecido en la norma. Ello con el fin de lograr que la composición de la Junta de Acreedores refleje ya no al máximo el universo de acreedores que la compone, sino que esté conformada a lo largo de todo el procedimiento, únicamente por los acreedores que se presentaron a concurso oportunamente, manteniéndose así seguridad en los acuerdos adoptados por la Junta, y reduciéndose los costos de transacción de los procedimientos, debido a que desde el inicio los acreedores van a tener conocimiento de la conformación de la Junta y, por tanto, en quienes va a recaer la toma de decisiones.

**“(…) el apersonamiento al concurso dentro del plazo establecido por ley tiene por finalidad que el universo de acreedores integrantes de la Junta de Acreedores esté conformado únicamente por aquellos acreedores que soliciten oportunamente el reconocimiento de sus créditos, con el objeto de dotar de seguridad a los acuerdos adoptados.”**

Sin embargo, la Ley no ha dejado de regular el supuesto de los acreedores que se presenten de manera tardía o los que soliciten la ampliación de sus créditos fuera del plazo establecido en la norma, quienes lograrán obtener el reconocimiento de sus créditos por parte de la autoridad concursal, siguiendo el principio según el cual los efectos de los procedimientos concursales

alcanzan a todos los acreedores del insolvente. De esta manera la Ley no les está recortando el derecho de obtener un pronunciamiento administrativo sobre la cuantía de sus créditos ni mucho menos de cobro sobre los mismos.”

El fundamento del régimen adoptado por la normativa vigente radica en que el apersonamiento al concurso dentro del plazo establecido por ley tiene por finalidad que el universo de acreedores integrantes de la Junta de Acreedores esté conformado únicamente por aquellos acreedores que soliciten oportunamente el reconocimiento de sus créditos, con el objeto de dotar de seguridad a los acuerdos adoptados por dicho órgano, en la medida que se identifique con precisión desde el inicio de la fase concursal a los agentes que van a adoptar la decisión relativa a los términos y condiciones de pago de los pasivos.

En consecuencia, el apersonamiento al procedimiento dentro del plazo preteritorio establecido por ley constituye una carga que recae exclusivamente en los acreedores del deudor concursado, la misma que les es impuesta a efectos de que puedan ejercer todos los derechos que les corresponde dentro del concurso. Ello, debido a que los acreedores son los principales afectados con la crisis del deudor y, en cuanto tales, son ellos quienes se encuentran en mejor posición de elegir la utilización de los mecanismos que consideren más eficientes para recuperar sus créditos.

Cabe agregar, que el numeral 137.1 de la Ley 27.809 o Ley Concursal, en concordancia con el esquema asumido por la Ley No. 27444 o Ley de Procedimiento Administrativo General, clasifica a los procedimientos administrativos tramitados por las entidades públicas peruanas en dos grandes grupos. En efecto, el artículo 30 del mencionado cuerpo normativo considera por un lado a los denominados “procedimientos de aprobación automática” (es decir, aquellos que operan con la simple remisión de información y se sujetan a una posterior fiscalización por parte de la autoridad correspondiente) y, por otra parte, a los llamados “procedimientos de evaluación previa” (en los cuales, la repercusión del pronunciamiento se estima como relevante, o bien se adjudican derechos trascendentes a los usuarios de la administración, o también, se pueden limitar derechos de terceros).

A su vez, dentro de los “procedimientos de evaluación previa” existe una clase especial de procedimiento a la que la Ley No. 27444 en su artículo 219 ha denominado “procedimiento trilateral” que es aquél de naturaleza contenciosa seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración pública.

Evidentemente, los procesos concursales en los cuales interviene por otra parte el deudor y por la otra un conjunto de acreedores con el fin de buscar soluciones a la situación de crisis patrimonial presente o futura del referido deudor, y además se determina por parte

de una autoridad administrativa los derechos de participación de los acreedores en el concurso, así como la legalidad de los acuerdos que ellos adoptan, se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la definición del "procedimiento trilateral".

En ese orden de ideas, debe tenerse en consideración que el numeral 34.1.3 de la citada Ley No. 27444 ha señalado de forma categórica que tales procedimientos se encuentran sujetos a la aplicación del silencio negativo. La justificación para ello "(...) obedece a la necesidad de armonizar el interés de parte por verse liberado de una actividad limitadora de la administración y el interés general que puede verse afectado por una actividad sin evaluación previa de su conformidad con las exigencias legales".<sup>5</sup>

El numeral 137.2 ha estimado pertinente hacer uso de la posibilidad a que se refiere el artículo 35 de la Ley No. 27444, relativa a la extensión del plazo máximo para que opere el silencio negativo en los procedimientos administrativos<sup>6</sup>, ampliándolo hasta ciento ochenta (180) días calendario<sup>7</sup>. El motivo de esto se encuentra en el hecho que los procedimientos concursales, al ser de naturaleza contenciosa y especial "(...) se ciñen por los propios plazos que le fija su naturaleza jurídica y estructura interna"<sup>8</sup>

En tal sentido, se establece que los plazos cuando se señalan por días, se entenderá que son hábiles. Sobre el particular, debemos expresar que existe concordancia con lo prescrito por el inciso 1 del artículo 183 del Código Civil, que señala lo siguiente: "El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas: 1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles".

En efecto, dado que la Ley busca otorgar seguridad jurídica a los partícipes en los procedimientos en ella regulados, a través de la constatación exhaustiva de los hechos alegados y la verificación de los derechos invocados, se requiere de un mayor plazo para que la autoridad administrativa realice las actuaciones necesarias a fin de cautelar los intereses de los agentes involucrados en la problemática del concurso.

La aplicación del plazo máximo anteriormente referido se computará siempre desde la fecha de solicitud de inicio de un procedimiento concursal (sea el Proceso Concursal Ordinario o el Concurso Preventivo), el procedimiento de reconocimiento de créditos, el procedimiento sancionador, así como

cualquier otro regulado en la Ley y el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del INDECOPI. En igual sentido, la norma en mención alcanza el trámite en vía de impugnación ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI desde el momento en que dicha instancia asume competencia sobre determinado asunto.

El numeral 137.3 establece que los plazos previstos son perentorios e improrrogables, siendo de aplicación a los actos procesales que impongan el deber de ejecución de actuaciones a cualquiera de los sujetos del procedimiento concursal. Ello guarda concordancia con el artículo 131 de la Ley No. 27444 o Ley del Procedimiento Administrativo General que regula "la obligatoriedad de los plazos y términos como máximos, los que se computarán independientemente de cualquier formalidad y obligan por igual a la administración y a los administrados, sin necesidad de apremio".

La limitación del ejercicio de los derechos políticos al grupo de acreedores oportunamente apersonados al procedimiento se enmarca dentro del conjunto de disposiciones contenidas en la Ley General del Sistema Concursal, orientadas a promover procesos concursales expeditivos y céleres que permitan identificar la solución más eficiente a la crisis patrimonial del deudor. La invariabilidad del universo de acreedores habilitados para tomar las principales decisiones al interior del concurso constituye una garantía que dota de seguridad a los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores, al evitar que eventuales modificaciones de la composición puedan revertir los acuerdos adoptados con anterioridad y, con ello, dilaten excesivamente la duración del procedimiento, tal como acertadamente lo señala la Sala.

## VI.- Del Fuero de Atracción y La Composición de la Junta de Acreedores

Es conveniente esclarecer quiénes tienen reconocido legalmente el poder de iniciativa para provocar lo que la doctrina denomina "apertura del concurso". Al efecto hay que diferenciar:

- i) Concurso Preventivo: Solo puede peticionarlo el propio deudor, no así sus acreedores, ni de oficio.
- ii) Concurso Ordinario: A la declaración de insolvencia puede llegarse por diferentes caminos. Ellos determinan distintos procedimientos para la apertura falencial y distintos sujetos legitimados, en cada caso, para solicitarla. Clasificamos tales procedimientos -vigentes en nuestro sistema concursal- para

5 Cfr. MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica S.A., Primera Edición, Lima, 2001, pag. 143.

6 Véase la Ley No. 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General: Art. 35.- Plazo máximo del Procedimiento Administrativo de Evaluación Previa: El plazo que transcurra desde el inicio de un procedimiento de evaluación previa hasta que sea dictada la resolución respectiva, no puede exceder de treinta (30) días hábiles, salvo que por ley o decreto legislativo se establezcan procedimientos cuyo cumplimiento requiera una duración mayor.

7 Véase texto de artículo único de la Ley No. 27807, que establece que el plazo para los procedimientos administrativos de competencia del INDECOPI, no deben superar los ciento ochenta (180) días.

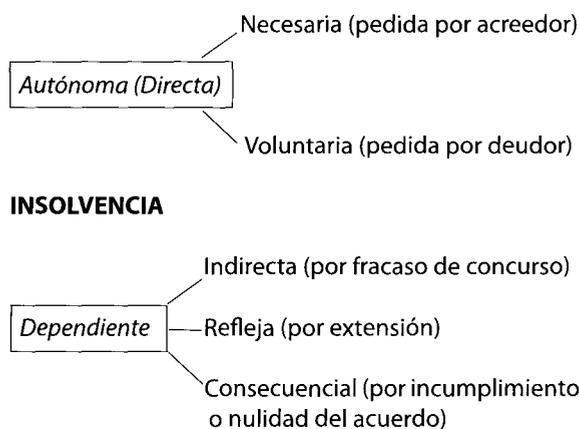
8 Cfr. MORON URBINA, Juan Carlos, ob. cit., pag. 145.

declaración de falencia o insolvencia en dos grandes grupos: autónomos y dependientes.

La insolvencia autónoma (o directa) es la que se declara sin que preexista otro proceso concursal (preventivo o liquidatorio), con el que se vincule necesariamente. Supone dos variantes: necesaria, que es aquella en la cual la instancia para la declaración la propone un acreedor; y voluntaria, que es la pedida por el propio deudor.

La insolvencia dependiente, a la inversa, es aquella que presupone la existencia de otro proceso concursal que incide para que ésta se declare, y sin cuya preexistencia la quiebra dependiente –como tal– no llegaría a existir. Comprende tres casos: indirecta, que es la que deriva del fracaso de un concurso preventivo; refleja, que es la que se declara por extensión de otra insolvencia; y consecucional, que es la que se declara por incumplimiento o nulidad de un acuerdo resolutorio que puso fin a una insolvencia anterior de la misma fallida.

Resumiendo:



La insolvencia de oficio, entendida por tal aquella en la cual la promoción de los trámites para la declaración de falencia la realiza el tribunal por su exclusiva iniciativa, no existe, a excepción de lo dispuesto en el Artículo 703 del Código Procesal Civil, entendiéndose como a petición del juzgador, al hacer efectivo un apercibimiento legal<sup>9</sup>.

Es de resaltar que en cualquiera de los casos antes reseñados, siempre el trámite se lleva a cabo ante la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI o sus entidades delegadas por competencia temporal, en virtud a la suscripción de convenio bilaterales de cooperación, sobre quienes recae las facultades y responsabilidades asignadas por la Ley. En dicho orden de ideas, la noción de desjudicializar

el procedimiento se mantiene intacto, en claro reflejo de la inmediación de los particulares en sus propios asuntos, sólo existiendo una autoridad concursal a instancia sui generis “privada”, quien supervisa la legalidad de los procedimientos.

En consecuencia, un sistema concursal que busque ser eficiente debe dejar en la autonomía de los agentes económicos privados las decisiones respecto a la crisis de su deudor, dado que son éstos los principales interesados y afectados con el resultado del procedimiento.

Por este motivo, es que el impulso de los procedimientos concursales corresponde principalmente a los acreedores, en vista que las acciones que se adopten derivadas de tal impulso van a tener incidencia directa en el patrimonio del deudor, del propio y de terceros. He de mencionar, que solamente cuando los acreedores llamados a decidir no lo hagan, va a emerger la figura estatal –no como intervencionismo– para adoptar las decisiones que correspondan ante dicha inacción, la cual perjudica el espíritu de la norma.

En la legislación comparada, el sistema concursal argentino no contempla la insolvencia de oficio a pedido de un tribunal, pues su Código de Comercio de 1862, su reforma de 1889 y la ley 4156 se la daba al ministerio público; empero, desde el año 1933, en que se sancionó la ley 11.719, fue excluida esta posibilidad, que tampoco contemplaron las posteriores leyes No. 19.551 y 22.917.<sup>10</sup>

En el Proyecto Final de la ley concursal española del 2002, en su art. 3 se establece lo siguiente:

“1. Para solicitar la declaración de concurso, están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores. Si el deudor fuere persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos inter vivos y a título singular, después de su vencimiento.

3. Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de aquella.

4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no

9 Léase el artículo 703 del Código Procesal Civil de 1992, que a la letra dice (parte pertinente): “Si al expedirse la sentencia de primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará se le requiera para que dentro del quinto día señale bien libre de gravamen, bajo apercibimiento de presentarse solicitud de su declaración de insolvencia. De no señalarse bienes suficientes dentro del plazo concedido, concluirá el proceso ejecutivo, y se remitirán copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI o a la entidad delegada que fuera competente, la que sin más trámite declarará la insolvencia del deudor”.

10 Cfr. ROUILLON, Adolfo. Procedimientos para la declaración de quiebra, p. 14.

aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario”.

El régimen general sobre conformación de Juntas de Acreedores previsto en el artículo 34 de la Ley General del Sistema Concursal contempla una excepción en caso que la empresa concursada ingrese a un proceso de liquidación. El artículo 74.6 de la citada norma establece que, en virtud del fuero de atracción de créditos que opera por el inicio del proceso de liquidación, los titulares de créditos devengados con posterioridad a la fecha de publicación de la situación de concurso del deudor deberán apersonarse al procedimiento para obtener el reconocimiento de sus créditos y poder participar en la Junta de Acreedores.

De conformidad con lo dispuesto por el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por Resolución 2272-2007/TDC-INDECOPI, el fuero de atracción de créditos generado por la liquidación de la empresa concursada tiene por finalidad someter a la totalidad de obligaciones del deudor a las mismas reglas de cobro, con motivo de su salida del mercado, incluyendo la deuda corriente con el objeto de garantizar un procedimiento de cobro ordenado para todos los acreedores.

Cabe señalar que el numeral 74.5 de la Ley 27.809 señala que se encuentran comprendidos en el procedimiento de disolución y liquidación todos aquellos créditos generados durante la vigencia del citado mecanismo liquidatorio, con la excepción de los honorarios del liquidador y los gastos necesarios efectuados por éste para el desarrollo de su labor. Es de resaltarse, que se deja sin efecto durante la vigencia de la liquidación, la división de créditos; no importando la fecha de su devengue. Ello, fundamentalmente por la salida del mercado de la empresa, debiendo cancelarse los créditos de acuerdo al orden de preferencia establecido en la norma concursal, no debiendo dejarse de cancelar aquellas acreencias vencidas con posterioridad al inicio del concurso.

En suma, se configura un fuero de atracción respecto de todas las acreencias vencidas del deudor-concurado, tal como prevé el numeral 74.6 debiendo incorporarse todos los créditos generados con posterioridad a la fecha de difusión del concurso. En dicho orden de ideas, los titulares de dichos créditos deberán presentar sus solicitudes de reconocimiento de créditos, para efectos de poder participar no sólo en las Juntas de Acreedores, sino acceder al pago de dichos créditos. En tal sentido, la Comisión deberá resolver indicando en la resolución, la fecha que acuerda la disolución y liquidación para efectos del reconocimiento.

## VII.- Alcances Finales

Mediante Directiva 001-2003/CCO publicada el 24

de mayo de 2003 en el diario oficial “El Peruano”, la Comisión interpretó los alcances del numeral 6 del artículo 74 de la Ley General del Sistema Concursal determinando que en los procesos de liquidación no sólo los acreedores post-concursales, sino también los acreedores titulares de créditos tardíamente presentados al procedimiento, tienen derecho a participar con voz y voto en la Junta de Acreedores del deudor concursado. En los términos siguientes:

“ (...)”

2.3 En aquellos procedimientos donde se decida la disolución y liquidación del deudor, no será de aplicación lo previsto en el punto 2.1 de la sección V de la presente Directiva. Por el contrario, los titulares de créditos tardíamente invocados ante la autoridad concursal y reconocidos por ésta, podrán participar con derecho a voz y voto en las reuniones de Junta de Acreedores conforme a lo previsto en el artículo 74.6 de la Ley General del Sistema Concursal, siempre que el procedimiento permanezca en su vertiente liquidatoria. En caso la Junta varíe la decisión hacia una reestructuración patrimonial, se deberá atender a lo establecido en el punto 2.1 antes citado. (...)”

La Comisión sustentó dicha interpretación en las siguientes consideraciones:

(i) permitir la participación de los titulares de créditos post-concursales con derecho a voz y a voto en la Junta de Acreedores en el proceso de liquidación, con exclusión de los acreedores tardíamente apersonados al procedimiento, generaría una situación de inequidad respecto de estos últimos; (ii) el numeral 3 del artículo 34 de la Ley General del Sistema Concursal no resulta aplicable a los procesos de liquidación debido a que el fuero de atracción de créditos que opera una vez declarada la liquidación de la empresa concursada tiene por finalidad propiciar la participación de la totalidad de acreedores afectados con la crisis patrimonial del deudor; (iii) el numeral 6 del artículo 74 del referido dispositivo legal señala que “incluso” los titulares de créditos post-concursales deberán presentar sus solicitudes de reconocimiento de créditos para poder participar en Junta, entendiéndose dicho término en el sentido que no sólo los citados acreedores, sino también los acreedores tardíos, están facultados para ejercer en la Junta sus derechos políticos; y, (iv) el precepto contenido en el numeral 3 del artículo 34 de la Ley General del Sistema Concursal es de naturaleza general aplicable a todos los procedimientos concursales, en tanto que el numeral 6 del artículo 74 de la citada Ley es uno de carácter especial previsto solo para la incorporación de créditos en procesos de liquidación.

Compartimos el criterio de la Sala que por el contrario, considera que una interpretación literal, sistemática y finalista del numeral 6 del artículo 74 de la Ley General del Sistema Concursal permite concluir que en los procedimientos de disolución y liquidación, los únicos

acreedores habilitados para participar con derecho a voz y a voto en la Junta de Acreedores son, además de los titulares de créditos apersonados oportunamente al procedimiento en los términos señalados en el numeral 3 del artículo 34 del citado dispositivo legal, los acreedores post-concursales incorporados al procedimiento en virtud del fuero de atracción de créditos.

**“(...) tanto los acreedores tardíos como los acreedores post-concursales tienen la misma condición jurídica. Sin embargo, en lo que al ejercicio de derechos políticos respecta, la situación es distinta (...)”**

La incorporación de los acreedores post-concursales a la Junta de Acreedores frente a la exclusión de los acreedores tardíos de dicho órgano deliberativo no supone un trato inequitativo respecto de estos últimos. Es importante tener en consideración que para otorgar un tratamiento equitativo a ambos grupos de acreedores se debe partir de la premisa de que tanto los acreedores tardíos como los acreedores post-concursales tienen la misma condición jurídica. Sin embargo, en lo que al ejercicio de derechos políticos respecta, la situación es distinta en uno y otro caso: mientras los acreedores tardíamente apersonados al procedimiento carecen de derechos a voz y a voto en Junta por haber perdido la oportunidad de presentarse al concurso dentro del plazo que la Ley les otorgó para realizar tal actuación, los acreedores originalmente post-concursales quedan comprendidos en el procedimiento a partir de la declaración de liquidación de la empresa deudora, por lo que es recién desde ese momento que pueden apersonarse ante la autoridad administrativa para obtener el reconocimiento de sus créditos y participar en la Junta de Acreedores.

En este punto, tampoco es admisible sostener que la participación de los acreedores tardíos se sustenta en el fuero de atracción de créditos que opera en los procesos de liquidación. Como se ha explicado en los acápites anteriores, dicha figura jurídica tiene por finalidad incorporar al procedimiento aquellas obligaciones del deudor inicialmente excluidas del mismo por haberse devengado luego de la difusión de la situación de concurso, con independencia de la fecha de su generación. Por tanto, el fuero de atracción no es un instrumento diseñado para otorgar derechos políticos a aquellos acreedores ya comprendidos en el procedimiento antes de la liquidación de la empresa y que, para poder ejercer sus derechos a voz y a voto en la Junta de Acreedores, debieron cumplir con la carga de solicitar el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo de Ley fijado para tal efecto.

Por el contrario, pretender extender los alcances del numeral 6 del artículo 74 de la Ley General del Sistema Concursal a la participación en Junta de Acreedores de los titulares de créditos tardíos, implicaría la aplicación analógica de la citada norma a dicho supuesto, lo cual está prohibido expresamente por nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que señala que no pueden aplicarse por analogía aquellas normas que establezcan excepciones o restrictivas de derechos. En el presente caso, el numeral 6 del artículo 74 de la Ley contiene una norma excepcional que regula el apersonamiento y participación en Junta de Acreedores de los titulares de créditos post-concursales incorporados en el procedimiento por efecto del fuero de atracción de créditos en procesos de liquidación.

Saludamos el precedente expedido por la Sala, pues uniforme y ratifica el criterio aplicado en anteriores oportunidades, según el cual los acreedores titulares de créditos tardíamente apersonados al procedimiento y reconocidos por la Comisión carecen de derecho a participar con voz y voto en la Junta de Acreedores, incluso en el supuesto que el deudor concursado ingrese a un proceso de liquidación ■