

EL DIÁLOGO

EN LAS RELACIONES LABORALES

7, 8, 9 y 10

→ Pedro Morales Corrales

2-3 | El comercio electrónico. En el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

→ Fátima Toche Vega

4, 5 y 6 | Apuntes del derecho concursal peruano. Variaciones legislativas de las funciones del síndico.

→ Esteban Carbonell O'brien

11 | La justicia ronderil. Usos y abusos evidencian urgencia por Ley de desarrollo constitucional.

→ Carlos Ramos Núñez

12-13 | Las relaciones de consumo. Cambios al reglamento del Libro de reclamaciones

→ Laisha Mubarak

14-15 | La carga dinámica de la prueba. Nuevos enfoques en la búsqueda de un proceso más eficaz.

→ Luis Jesús Aguirre Naupari

16 | Marcas y nombres comerciales. Conflictos en la titularidad de derechos.

→ María Fernández Pepper



● VARIACIONES LEGISLATIVAS DE LAS FUNCIONES DEL SÍNDICO

Apuntes del **derecho** **concurusal** peruano

**ESTEBAN CARBONELL O'BRIEN**

Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal-Sección Peruana. Miembro de las Comisiones Consultivas de Insolvencias en la Unión Internacional de Abogados y la Internacional Bar Association.

Nuestro legislador argumentó que ante una situación de crisis se debía afrontar el problema con un paliativo de corte financiero-jurídico que empuje al comerciante a "prevenir" dicha etapa. Con la dación del Decreto Ley N° 26116, o denominada Ley de Reestructuración Empresarial, se buscaba que el comerciante pueda acceder a reflotar sus pasivos mediante un mecanismo de salvataje llamado Plan de Reestructuración.

Como se observa, la labor del síndico concursal quedó en el olvido, pues este ya no prestaba servicios efectivos, como lo era bajo el amparo de la Ley Procesal de Quiebras de 1932.

La población en general, en especial la comprendida por los grupos empresariales, incluidas las pequeñas y medianas empresas, buscaban consuelo en una alternativa sostenida principalmente en dos pilares: seguridad jurídica y sensatez en acuerdos pri-

vados. Tomando como base la implicancia en materia económica se adoptaron las medidas necesarias para que la labor del síndico de quiebras sea reemplazada por una comisión que regule y monitoree, desde su inicio, el procedimiento concursal. En nuestra opinión, hubo un enroque de poderes: el Poder Judicial dejó de tener el peso y respaldo que tuvo en décadas y el Poder Ejecutivo –con eminente poder político– pasó a ejecutar las medidas adoptadas por el Poder Legislativo ante la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 26116.

Paso a paso, se vieron las caras aquellos ordenadores del derecho que habían participado activa o pasivamente en el fenecido proceso judicial de quiebra. Debemos anotar –con crueldad– que la labor del síndico se limitaba

a otorgar una partida de defunción al fallido comerciante. En dichos términos, parecería que estuvo en marcha un ancestral, pero a su vez agobiante mecanismo frente a crisis patrimoniales. Dicho mecanismo no traía consigo una "solución", siquiera una "prevención", frente a problemas económico-

En los albores de los años 90, en el Perú se esbozaba una sola o única salida a la crisis patrimonial del comerciante: la quiebra y su irremediable desalojo del mercado. Posteriormente, en 1992, se da inicio a una nueva etapa con un vuelco total a la legislación en materia de quiebras.



financieros, solo atinaba a dejar de lado a aquel comerciante sin atender su real horizonte.

La economía, como fuente de sabiduría, no podía estar ausente –como lo estuvo– en esta reunión de conjunciones orientadas a "solucionar crisis patrimoniales", puesto que, a nuestro modo de ver, la prevención en materia económica es materialmente imposible, al tener esta etapas cíclicas que en muchos momentos se deben a factores exógenos que solo Dios –a pesar de los agnósticos– puede evitar. Esa perenne mutabilidad nos hace presagiar que el comerciante debe afrontar con entereza los avatares del destino en todos los sectores. El hombre debe reunirse en búsqueda de soluciones que lo ayuden a convivir en armonía en esta comunidad global.

La solución era, pues, la continuación de actividades económicas de aquel comerciante que era capaz de soportar dos posiciones: que la decisión de seguir en el mercado la adoptaban sus acreedores y el sostenimiento de su ejercicio en el tiempo. El ordenador jurídico presentó en sociedad a su nuevo vástago, que trayendo un pan bajo el brazo se le atribuyó un futuro prometedor, diríamos alentador.

A la fecha, con la Ley N° 27809, la labor del síndico concursal se traduce en realizar el activo del deudor. La labor de este se transcribe en la situación de un ente liquidador.

NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADORES

El Capítulo VI, dedicado al procedimiento de disolución y liquidación en la reciente legislación concursal peruana, señala lo siguiente: 74.3 La junta nombrará a una entidad o persona que tenga registro vigente ante la comisión como liquidador encargado de dicho procedimiento. El liquidador deberá manifestar su voluntad de asumir el cargo. El citado numeral faculta a la junta de acreedores a nombrar a la entidad o persona que se hará cargo de realizar la labor liquidatoria del deudor, debiendo tener registro vigente ante la autoridad concursal. Ello busca orientar de la mejor manera a los acreedores respecto de la oportunidad de elegir al liquidador que goce de las prerrogativas suficientes para su ejercicio.

Se citará a los acreedores a una única junta para pronunciarse exclusivamente sobre la designación del liquidador y la aprobación del convenio de liquidación. Dicha junta se instalará con la presencia de los acreedores reconocidos que hubieren asistido, y las decisiones se tomarán con el voto favorable de acreedores que representen un importe superior al 50% del total de los créditos asistentes.

En caso de que dicha junta no se instale o instalándose no adopte el acuerdo pertinente a la liquidación, la comisión podrá designar, de oficio, con aceptación expresa al liquidador responsable. Si no hay liquidador que asuma la responsabilidad, se da por concluido el proceso y se levantan todos los efectos del concurso. El liquidador designado deberá realizar todos los actos tendientes a la realización de activos que encuentre, así como un informe final de la liquidación, previo a la presentación de la solicitud de declaración judicial de quiebra.

ATRIBUCIONES Y OBLIGACIONES

El artículo 83 prevé las obligaciones del liquidador, enumerando que ellas son: a) Realizar con diligencia todos los actos que corresponden a su función, según lo pactado por la junta y las normas legales



“A la fecha, con la Ley N° 27809, la labor del síndico concursal se traduce en realizar el activo del deudor. La labor de este se transcribe en la situación de un ente liquidador.”

vigentes; b) Representar los intereses generales de los acreedores y del deudor en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades que conforme a la ley corresponden a los acreedores y al deudor.

El mismo numeral se ocupa de las atribuciones y facultades del liquidador. Una vez suscrito el convenio de liquidación, el liquidador está obligado a abrir una cuenta corriente a nombre del deudor en liquidación, desde la cual deberá manejar todo el flujo de dinero correspondiente a la liquidación. Además, el liquidador deberá proceder al pago de los créditos una vez que haya obtenido, como resultado de la realización de activos, no menos del 10% del monto total de créditos reconocidos. En el momento en que se acuerda o declara la disolución cesa la representación de los administradores de la sociedad y los liquidadores asumen funciones, para conducir el proceso de liquidación. A partir de ese momento, los liquidadores sustituyen a los administradores, pero no para realizar los actos propios del objeto social, sino con el encargo específico de administrar la sociedad para liquidarla, cumpliendo con el procedimiento legal que permita su extinción.

Para ello, los liquidadores gozan, al menos, de las atribuciones que se describen en el artículo bajo comentario, sin perjuicio de otras facultades que el estatuto, el pacto social, los convenios entre socios inscritos ante la sociedad y los acuerdos de la junta pueden establecer. Al igual que el gerente general de una sociedad anónima o el representante legal permanente de una sucursal, por el solo mérito de su nombramiento, los liquidadores gozan de las facultades de representación procesal de la sociedad, para cuya inscripción y ejercicio basta la presentación de la copia certificada del documento donde consta el nombramiento. Las facultades procesales son las generales y especiales señaladas por las normas de la materia, con los cambios o limitaciones que fije el pacto social, el estatuto, los convenios entre socios o los acuerdos de la junta.

RESPONSABILIDADES Y SANCIONES

La Ley N° 26116 o Ley de Reestructuración Empresarial, sancionada en 1992, es el primer antecedente concursal en el Perú, en sede administrativa, posterior a la Ley Procesal de Quiebras que data de 1932, cuyo proceso se llevaba a cabo en sede judicial ya derogada. Luego, el D. Leg. N° 845 o Ley

Funciones del liquidador

■ Son funciones primordiales del liquidador concursal realizar la totalidad del activo y presentar un informe final de la liquidación, con anterioridad a la presentación de la solicitud de declaración judicial de quiebra.

■ El convenio de liquidación contendrá, necesariamente, bajo sanción de nulidad: 1) La identificación del liquidador, deudor y del presidente de la junta; la fecha de aprobación; declaración del liquidador, que no tiene limitaciones para asumir el cargo y los supuestos bajo los cuales empezará a pagar los créditos; 2) La proyección de gastos estimada por el liquidador a efectos de ser aprobada por la junta; 3) Los honorarios del liquidador, precisándose los conceptos que los integran, así como su forma y oportunidad de pago; 4) Los mecanismos con que el liquidador cumplirá los

requerimientos de información periódica durante la liquidación; 5) La modalidad y condiciones de la realización de bienes del deudor; 6) El régimen de intereses. A los créditos de origen tributario se les aplicará la tasa de interés compensatorio.

■ Es interesante resaltar, a diferencia de la legislación concursal anterior, que de manera prudente se obliga a la entidad liquidadora designada por los acreedores a consignar un flujo de caja que contenga los gastos propios de la liquidación. Ello con el objeto de prevenir –como se da en la práctica– que se depreden los ingresos de la realización de activos, en gastos u honorarios del liquidador, en perjuicio de los propios acreedores, que ven pasar el tiempo y no obtienen pago alguno por sus créditos reconocidos por la autoridad concursal.

de reestructuración patrimonial (1996) no recoge, al igual que la anterior norma, un concepto claro de responsabilidad societaria, asunto que sí vemos reflejado en la Ley N° 26887 (1997) o Ley General de Sociedades, vigente de aplicación supletoria al presente asunto.

La vigente legislación concursal (Ley N° 27809) recoge, en parte, los presupuestos de la citada norma mercantil al señalar las funciones y responsabilidades de las entidades administradoras y liquidadoras al interior del concurso. De igual forma, en su Título VII (Régimen de infracciones y sanciones) prescribe en sus artículos 125 al 131 la imposición de un procedimiento sancionador en el entendido de la comisión de actos irregulares o que desnaturalicen el concurso.

El ordenamiento penal a través del D. Leg. N° 635 (1991) o Código Penal reúne en su artículo 198, que prevé el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, y en los artículos 209, 210, 211, 212 y 213, que regulan los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios.

El procedimiento sancionador al interior de las Comisiones de Procedimientos Concursales del Indecopi a escala nacional, en la mayoría de casos investigados, no utiliza la facultad contenida en el artículo 131 de la Ley N° 27809, que haría más expeditivo, a nuestro criterio, el concurso respecto de maximizar costos de transacción.

Al interior de este tópico corresponden integrar a los representantes, administradores, mandatarios y gestores de negocios. Es imprescindible señalar que comprende a los órganos de la administración y a los representantes. La doctrina incluye como supuestos a los llamados de manera explícita, es decir, a los que la norma señala de manera expresa. Los sujetos que carecen de facultades de administración de bienes ajenos no están comprendidos en la acción de responsabilidad. Así, consideramos que la finalidad de la responsabilidad concursal debe ser sancionadora más que resarcitoria.

A nuestro modo de ver, las sanciones de carácter general deben ser: a) Inhabilitación de duración limitada, pero de efectos permanentes, especificando lo siguiente: (i) Período: años; (ii) Ámbito: afecta a la representación legal de menores e incapacitados, impide todos los actos de gestión directa e indirecta del mandato, no poder realizar la administración de bienes gananciales, no podrán ser albaceas, ni contadores partidores, no podrá ejercer el comercio en los ámbitos prohibidos por la sentencia de calificación, no podrán ser administradores de sociedades mercantiles ni cooperativas, no gozarán del requisito de honorabilidad que exige la ley de entidades de capital riesgo o de entidades de crédito; b) Pérdida de derechos como acreedor concursal o acreedor contra la masa; c) Régimen específico para la responsabilidad concursal de los administradores y liquidadores; d) Extensión de la responsabilidad a los administradores y liquidadores de hecho; e) Presupuestos para la aplicación del régimen de responsabilidad de administradores (declaración de concurso, calificación por sentencia del concurso como culpable, que la calificación haya sido iniciada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación); f) Supuestos de no aplicación del régimen específico de responsabilidad concursal de los administradores (calificados como fortuitos, los calificados como



“La Ley N° 26116 o Ley de Reestructuración Empresarial, sancionada en 1992, es el primer antecedente concursal en el Perú, en sede administrativa, posterior a la Ley Procesal de Quiebras, que data de 1932.”

culpables cuando los convenios fuesen cumplidos, o cuando estuviesen caducadas las acciones de incumplimiento); g) Sanción adicional para los administradores y liquidadores de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable. En el supuesto de administradores o liquidadores de persona jurídica, esta sanción se adiciona a las otras del régimen general (inhabilitación limitada y pérdida de derechos); h) Cubrir con el patrimonio personal de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho el déficit patrimonial que pueda existir entre la masa activa y la masa pasiva del concurso; i) No se establece regla alguna de solidaridad, se introduce el elemento de imputabilidad y la exoneración de responsabilidad solo va a operar en ausencia de dolo o culpa grave; j) En caso de varios administradores calificados como responsables, el déficit será cubierto a prorrata; k) Se trata de una responsabilidad subsidiaria, ya que la norma la limita al importe que de sus créditos no perciban los acreedores concursales en la liquidación de la masa activa. Ahora bien, siendo subsidiaria es, al mismo tiempo, una responsabilidad directa, ya que los administradores o liquidadores quedan obligados a pagar directamente a los acreedores concursales sin necesidad de que tales sumas se integren previamente en la masa activa; y, l) La efectividad de la condena a pagar a los acreedores concursales obligará a esperar el final de la liquidación para poder fijar el alcance objetivo y subjetivo de la misma. ♦

Los honorarios

■ La normativa prevé de manera taxativa que los honorarios del liquidador deben ser delineados de manera clara y expresa en el citado instrumento, con el objeto de evitar suspicacias frente al grupo de acreedores que le prestó su apoyo al momento de su elección. He de observar por la praxis administrativa que poner límites al liquidador para que desempeñe y culmine su labor, en tiempo breve y de manera eficiente, resulta muchas veces contraproducente para los intereses de los acreedores, pues estos pueden verse perjudicados si el liquidador realiza su labor de manera apresurada, sin medir consecuencias reales de éxito.

■ Las cortapisas son eficaces —a nuestro juicio— cuando existe la mínima posibilidad de no poder vigilar de cerca la gestión del liquidador; sin embargo, es pausable de revisión todos y cada uno de los actos que realiza y, como bien expresa el artículo bajo comentario, están ellos —los liquidadores— en la obligación de informar de los avances de su gestión, incluyendo los destinos de sus ingresos y egresos, propios de su labor.

■ El artículo 78 prevé que el acuerdo de disolución y liquidación debe ser publicado en los plazos previstos en la ley, vale decir, dentro de los cinco días siguientes de celebrado el convenio, bajo responsabilidad, aunque hemos de observar que no se fija con sanción de nulidad tal incumplimiento por parte de la entidad liquidadora designada. En tal sentido, debemos agregar que si la disolución fuera resuelta en proceso judicial, consideramos que la resolución firme que así lo declare debe ser publicada en las mismas condiciones. En dicho orden de ideas, se desprende que la publicación e inscripción del acuerdo es tarea de los liquidadores y se llevan a cabo para dar a conocer a terceros el inicio del proceso de liquidación. De esa manera, se resguarda los intereses de los acreedores, conforme se explica al comentar las normas relativas a la liquidación de la sociedad.

■ El liquidador, una vez en posesión de los activos del deudor, deberá proceder a realizar los mismos, conjuntamente con la celebración de todos los actos o contratos necesarios para maximizar el activo del negocio. Una vez cumplida la primera fase de la liquidación —se inicia con la recolección del acervo documentario y entrega de los bienes que conforman la masa— recién puede distribuirse entre los socios el haber remanente, si lo hubiera.