

# jurídica

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

N°  
562

## LA JUDICATURA Los nuevos desafíos al bicentenario

Victor Ticona Postigo. Págs. 4-5



**Págs. 2-3**

La propiedad es inviolable, también para el acreedor embargante.  
**Gunther Gonzales Barrón**

**Págs. 6, 7 y 8**

Cuestiones actuales del Derecho Concursal. A partir de la obra de Carlos  
Fernández Sessarego. **Esteban Carbonell O'Brien**

A PARTIR DE LA OBRA DE CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

# Cuestiones actuales del Derecho Concursal



ESTEBAN CARBONELL O'BRIEN  
Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal-Capítulo Perú.

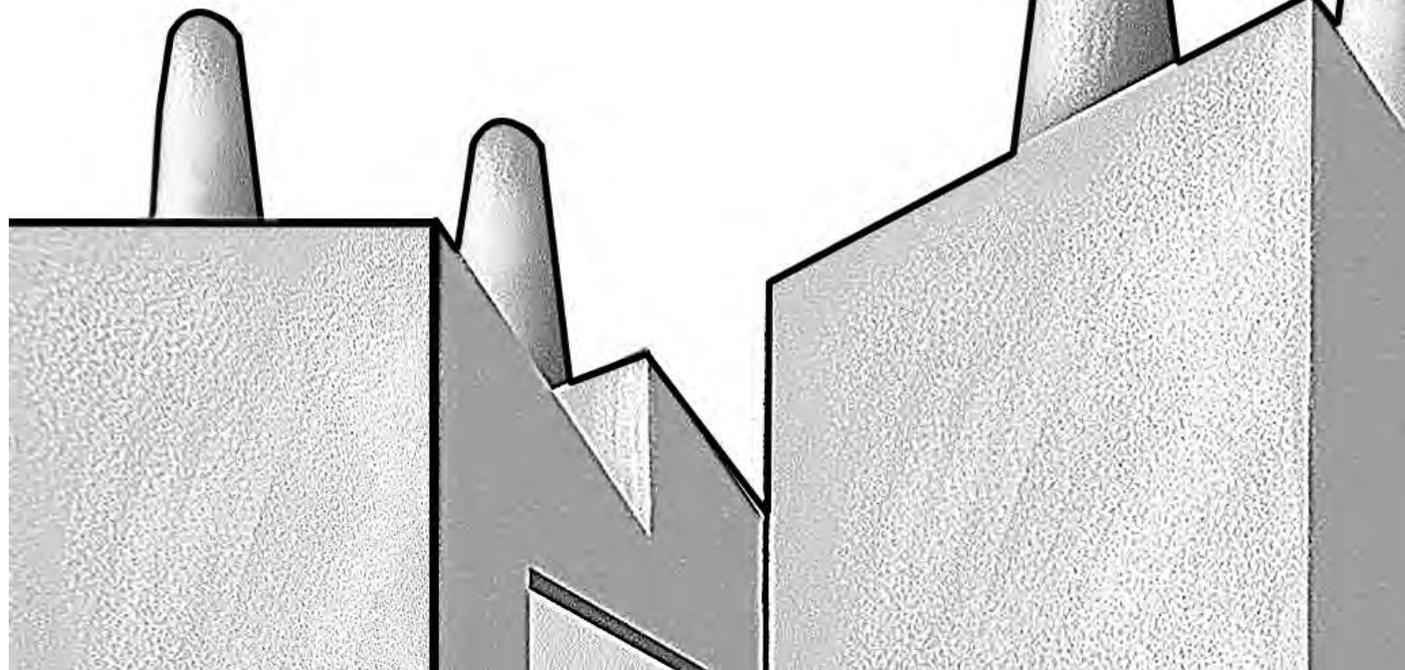
Con motivo de visitar el hogar del recordado maestro del Derecho, don Carlos Fernández Sessarego, en el distrito de Miraflores, Lima, Perú, pudimos verificar su gran sapiencia en temas ajenos, particularmente al Derecho Civil.

Su amplia visión del Derecho, amparada principalmente en la Filosofía y la Lógica, nos llevaron a consultarle respecto a temas ligados a nuestra especialidad: Derecho Concursal o de la crisis empresarial. Saltó en su memoria, el texto que reproducimos y que nos permitimos –gracias a su anuencia, poder comentarlo– des- prendiendo como adelanto, su gran actualidad a pesar del paso inexorable del tiempo [1].

## Ley Procesal de Quiebras

“...1.- Introducción.-2.- Fundamentos de la declaración judicial de quiebra. Las consideraciones que a continuación se exponen pretenden servir de base para una amplia discusión sobre los reajustes a que se ha hecho acreedora nuestra Ley Procesal de Quiebras, la que ha resultado ineficaz en la consecución de sus propios fin.

El artículo primero de la Ley N° 7566 declara, en efecto, que el objeto del procedimiento de quiebra debe ser la realización de los bienes del deudor con la finalidad de “proveer al pago de sus deudas” en los casos y forma determinados por la propia ley. La experiencia de veinticinco años de vigencia de la Ley Procesal de Quiebras nos muestra que los dispositivos de la ley no permiten, en el curso de su aplicación por los verdaderos actores del Derecho, alcanzar esta pragmática finalidad



## Por cambios urgentes

En suma, el instituto del Concurso se cierne como una nueva oportunidad frente a la crisis del deudor. Dicha herramienta usada en el momento oportuno y de la manera adecuada permitirá aliviar la avería en transición o desaparecerla por fortuna,

creando una nueva fase en el mercado. Como el ave Fénix, renacer de las cenizas. Sin embargo, la actual legislación concursal no es la panacea y requiere de cambios urgentes que permitan solventar el verdadero espíritu del instituto. El Proyecto de

Ley N° 3076-2013, hoy Ley N° 30201 de mayo de 2014, pudo incorporar el manejo más pulcro por parte del organismo regulador otorgándole mayores facultades o, en defecto de ello, retornar su manejo a cargo de los actuales juzgados comerciales.

señalada por el artículo primero de una ley que no hace honor a tan concreto propósito. Justo es decir que a las deficiencias propias de la ley únese, en la generalidad de los casos, otro tipo de fallas atribuibles, lamentablemente responsables que ese otro cuerpo, yerto e inanimado, formado por la sucesión de entes ideales denominados normas jurídicas”.

Debemos precisar que la Ley Procesal de Quiebras aludida fue derogada por el Decreto Ley N° 26116, en 1992, luego de interminables debates que dieron luz a una nueva normativa, incluso un abrupto cambio de fuero, vale decir, se sustrajo la actuación del concurso, del ámbito judicial y pasó a uno de carácter administrativo. Posteriormente, incluso hubo sendas enmiendas

mediante el Decreto Legislativo N° 845 y con las Leyes N°s 27809, 28709 y Decreto Legislativo N° 1050. Con ello, se buscaba evitar lo que el maestro Fernández manifestó hace más de 70 años, siendo el fin de nuestra actual normativa, la protección o tutela del crédito y no en estricto, el mero pago de créditos a resultas de la enajenación del patrimonio del deudor.

Sin embargo, vemos con tono realista que dicha finalidad en tiempos modernos, no se cumple, repitiéndose la historia. Probablemente, los actores han cambiado, pero la escena dramática revela que la imposibilidad de honrar obligaciones patrimoniales se vuelve reiterativa. ¿Estamos acaso en un mundo ideal? Un mundo ajeno a la crisis empresarial es casi imposible. A nuestro juicio, ello se repetirá como un disco sin fin por generaciones enteras, quedando la prevención como remedio y el uso del concurso en momento oportuno, generando este, un ambiente idóneo para la negociación, con el múltiple abanico de acreedores.

Prosigue el maestro señalando: “En efecto,

## El atajo a situaciones de insolvencia

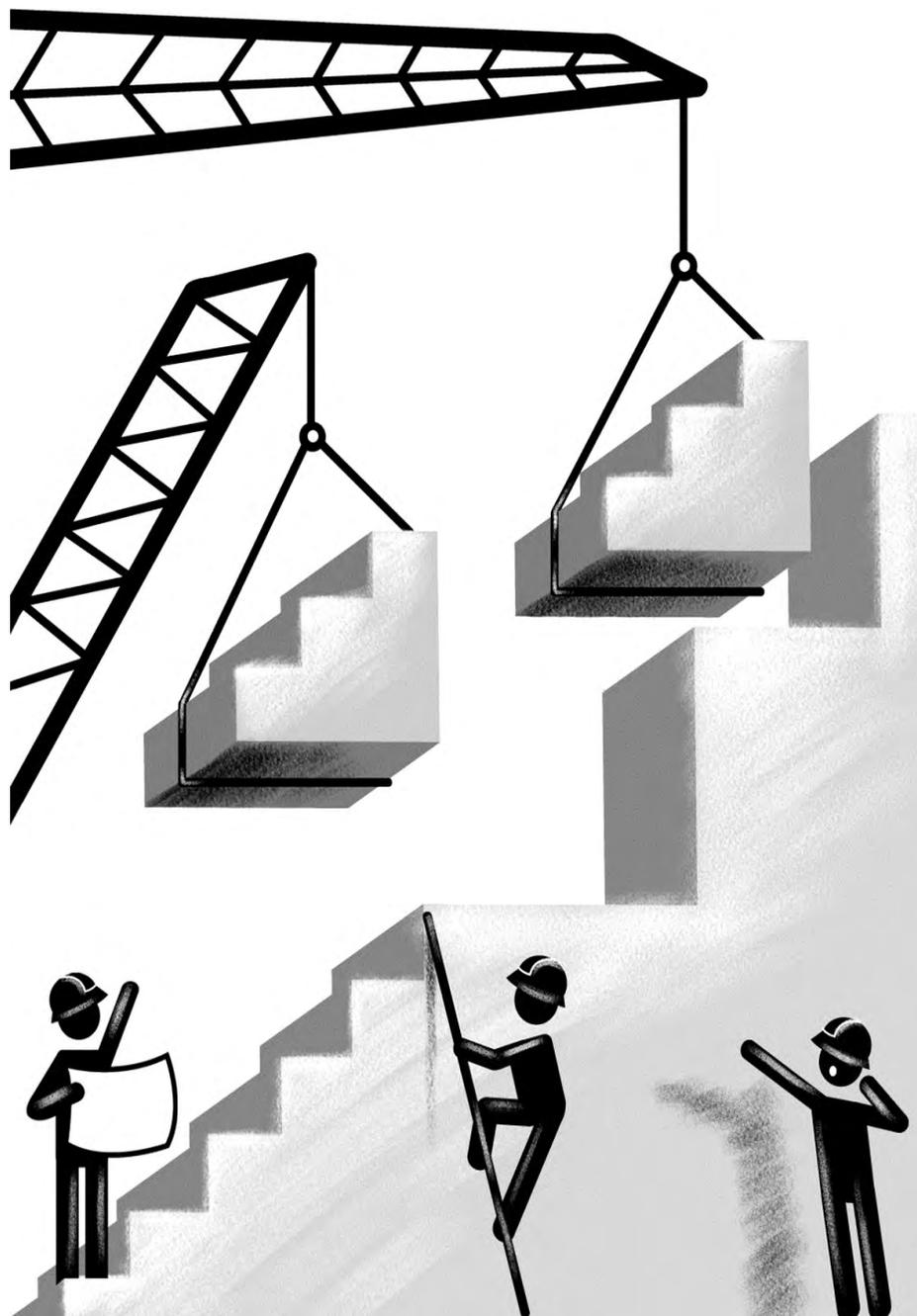
La fórmula propuesta, en síntesis, estaría encaminada a poner rápido atajo a situaciones de insolvencia, sin que sea necesaria la verificación de la efectiva cesación de pagos y siempre que existan manifestaciones externas que la demuestren fehacientemente. Así podría evitarse, en algunos casos, que prosperaran actitudes antijurídicas de deudores de mala fe y se propendería, mediante el mayor rigor de la disposición por adoptarse, a una moralización del comercio, tan requerida por las entidades representativas del gremio. Y el maestro ampara ello en lo siguiente: “Más, la aspiración de moralización en referencia para

una mayor eficacia debe necesariamente contar con la diligente actividad investigatoria de los jueces instructores, a fin de precisar, como lo señala el art. 176 de la ley, ‘si el fallido, o cualquiera otra persona, son responsables de algún delito relacionado con la quiebra’, a fin de sancionar debidamente. Máxime que en el caso de la quiebra se vulnera en mayor grado el interés social. Está demás decirlo que aparejada a la mayor facilidad que tendrían los acreedores de solicitar la declaración judicial de la quiebra se destaca la responsabilidad de los mismos por los daños y perjuicios ocasionados al deudor en los casos de peticiones maliciosas o dolosas.”

no es fenómeno común el que los acreedores obtengan, como resultas del procedimiento de quiebra, el pago de sus deudas. En las hipótesis más favorables se consiguen tardíos porcentajes que, con frecuencia, no cubren ni un monto equivalente a los intereses devengados por los capitales debidos por el fallido.

El juicio de quiebras, si nos atenemos a la experiencia de cinco lustros y al clamor de los sectores más directamente interesados en el procedimiento, resulta en extremo moroso. A este defecto capital hay que añadir otros no menos importantes: el incumplimiento efectivo de algunas de sus disposiciones, la falta de publicidad suficiente de los actos de administración o liquidación del Síndico, la excesiva onerosidad, la limitada intervención del Síndico, las recargadas labores del único Síndico Departamental de Quiebras –sobre todo en el Departamento de Lima, la impunidad del quebrado delincuente.

El cúmulo de reparos a que se hace merecedora la Ley N° 7566 y algunos de los órganos de la quiebra justifica el anhelo de reformar o sustituir



la ley vigente por un conjunto de normas que remuevan, aunque sean parte, los obstáculos que en la actualidad determinan el desprestigio del procedimiento”.

### Nuevo clima de negocios

Con lo acontecido, el legislador buscó generar un nuevo clima de negocios que permita arribar a acuerdos satisfactorios a la luz de un nuevo concurso de acreedores. Ello ocurrió con la dación de la nueva normativa de concursos en el Perú, sumado al nacimiento de una institución de carácter técnico: Indecopi. Organismo de tutela del concurso y sus procedimientos. Sea por medio de su Comisión de Procedimientos Concursales (CCO), que es el órgano encargado de tramitar los distintos procedimientos destinados a afrontar la crisis de un deudor, ya sea por el incumplimiento de pago o pérdida de su patrimonio.

Y prosigue manifestando lo siguiente: “Y decimos que ‘aunque sea en parte’ por qué no ignoramos que existen inconvenientes inherentes a la naturaleza de la quiebra que impedirán, en

cualquier circunstancia, obtener un dispositivo jurídico plenamente satisfactorio. No perdemos de vista las opiniones de ilustres juristas, como Bolaffio y Renouard, cuando afirman que en una quiebra todos pierden y que la sabiduría consiste en moderar al máximo el sacrificio de las partes.

Requisito fundamental de cualquier intento de reforma de la actual ley ha de ser la presencia permanente de nuestra realidad socio-económica, de los dictados de la propia experiencia, en la redacción de los nuevos dispositivos. Salvaremos, de este modo, uno de los pecados originales de la Ley N° 7566, como es el de copia desmejorada de la ley chilena de quiebras.”

En efecto, recordemos que la instauración de un novedoso sistema concursal en el Perú opera luego de la dación del Decreto Ley N° 26116, aunque sus enmiendas superan las reales expectativas del ciudadano de a pie. Siguen, luego de un poco de 20 años, la falencias y en estricto por la actuación por parte de los actores, muchas veces tardía.

Pues a través de un procedimiento concursal

se busca generar un ambiente idóneo y que se lleve a cabo una negociación entre acreedores y deudor. Así se pueden alcanzar soluciones orientadas a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis y, por tanto, las soluciones más eficientes para la extinción de las deudas.

Y agrega para reforzar nuestro anterior comentario: “Es defecto frecuente de los juristas, fuertemente impregnados de una formación exclusivamente racionalista y en medios jurídicamente no muy desarrollados, el perder la vista el objeto mismo de la Ciencia del Derecho, como es la propia conducta humana en su interferencia intersubjetiva, e inclinarse a un mero estudio de legislación positiva comparada con prescindencia del análisis socio-económico que resulta de ser el contenido materia de la regulación legal”.

La falta de promoción de las posibles bondades del procedimiento concursal o, en casos extremos, el mal uso de este provocan la falta de interés que a la larga genera incertidumbre en el mercado y sus agentes. Por ello, se justifica la existencia de un órgano rector y muy técnico, aunque hace visible un cambio generacional con urgencia. Nuevos aires que refresquen el caldeado ambiente político en vísperas del inicio de un nuevo mandato constitucional.

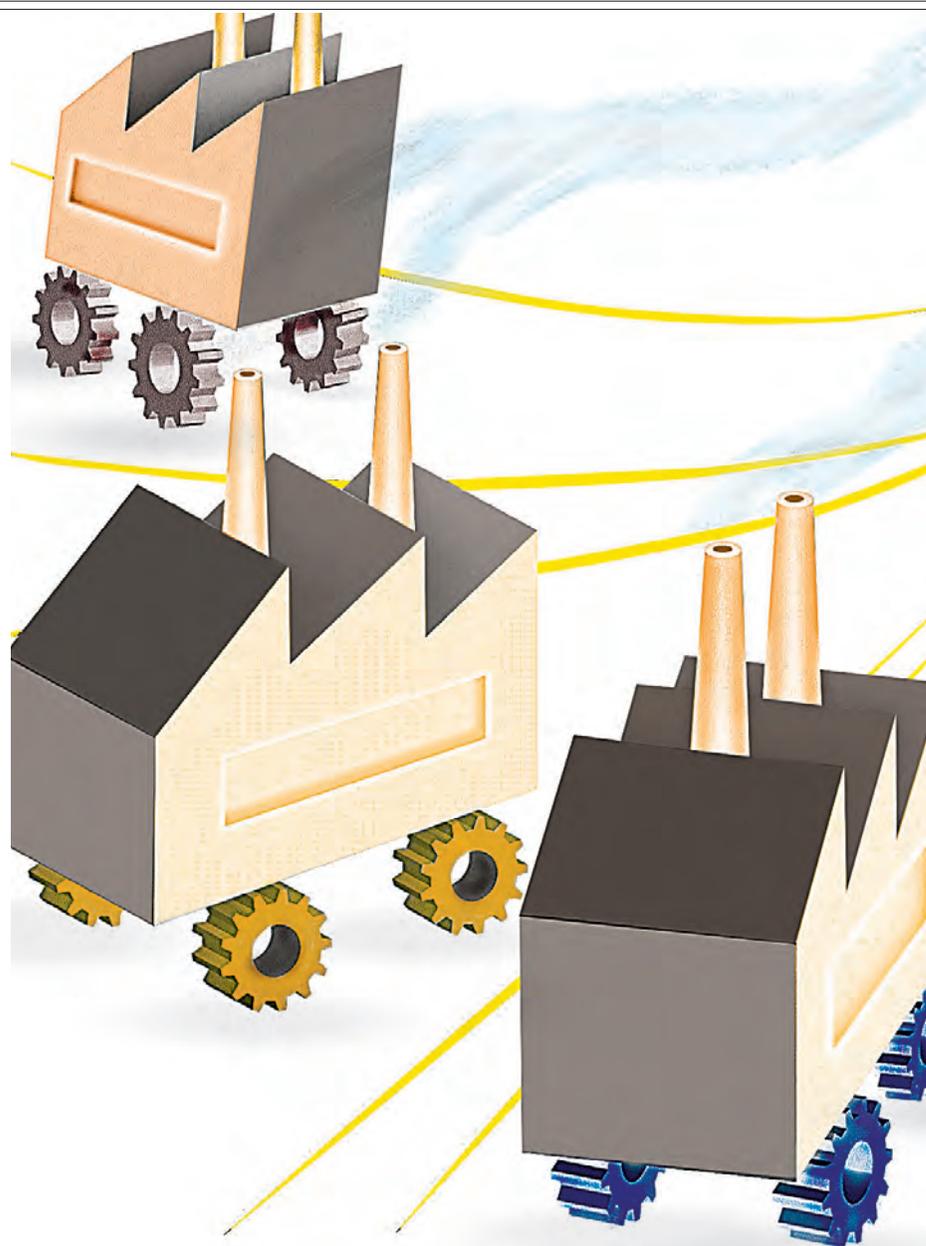
### Convenios extrajudiciales

Nuestra idea se ampara en el siguiente comentario: “Las deficiencias de la Ley Procesal de Quiebras, y de sus órganos, sobre todo en lo referente a la morosidad y onerosidad del procedimiento, ha obligado a los acreedores, en la mayoría de los casos, a aceptar arreglos extra-judiciales desfavorables a sus intereses, pues, sin una debida justificación y adecuada investigación de causales están forzados a escoger entre una demanda de quiebra –que supone el olvido de sus créditos– y un convenio ‘amigable’, de delitos que se mantienen en la impunidad”.

Los convenios extrajudiciales –que se ven forzados a aceptar los acreedores– confieren, en la mayoría de los casos, apariencia legal a situaciones antijurídicas. Los acreedores deben admitir del insolvente la presentación de pasivos dolosamente confeccionados, en los que al lado de sus auténticos créditos se configuran obligaciones ficticias. Y están compelidos a admitir, también sin mayor análisis, activos disminuidos en perjuicio de sus propios intereses. A esta situación los empuja los vacíos y deficiencia de la ley concursal. El clamor contra su permanencia, en los términos de que está vigente, se encuentra plenamente justificado.

Y el maestro Fernández Sessarego prosigue señalando: “La reforma o sustitución de la actual Ley 7566 supone no solo enmendar los errores o deficiencias en cuanto al procedimiento mismo de la quiebra, sino también, y principalmente, en lo referente a los convenios o concordatos judiciales y extra-judiciales.

Aunque por la índole misma del Derecho existirá siempre libertad para contratar al margen de las disposiciones legales –en lo que no está prohibido por ellas– es conveniente regular más minuciosamente el convenio extra-judicial a fin de permitir al deudor comerciante de buena fe aliviar una precaria y transitoria situación de



desequilibrio económico con miras a su recuperación, sin pérdida del crédito indispensable para seguir operando, y, al mismo tiempo, evitar a los acreedores las dificultades inherente al juicio de quiebra, por más acertadas que sean sus disposiciones.

Las regulaciones del convenio extra-judicial han de contemplar, en todo caso, la buena fe del deudor y proveer las medidas adecuadas para investigar eficientemente el pasivo y activo del deudor mediante la institución del Tribunal Arbitral de fallo inapelable.

Creemos indispensable, asimismo, que en cualquier reforma de la Ley de Quiebras se contemple un título especial para regular sumariamente las quiebras en las cuales el pasivo del deudor sea exiguo. De este modo, mediante un procedimiento rápido se evita a los acreedores de pequeños débitos el someterse a los términos, necesariamente más dilatados, del juicio de quiebra.”

### Concurso de acreedores

En ese orden de ideas, el legislador buscó arribar a una salida ordenada frente a la crisis del deudor, que encontrándose en etapas distintas de endeudamiento, cesación de pagos e insolvencia, las cuales suponen una imposibilidad parcial o total de afrontar obligaciones de índole pecuniario, respectivamente, debían ser solucionadas por un instituto rector como el concurso de acreedores.

A ello se refiere al señalar lo siguiente: “Que en buena doctrina consideramos que la declaratoria judicial de quiebra debe hacerse en atención al estado de insolvente, que es el de desequilibrio económico del deudor, en el que su pasivo supera a su activo, estimamos que debe mantenerse el criterio práctico de nuestra ley de proveer tal declaración judicial sobre la base de criterios objetivos, como el de ‘cesación de pagos’, que pongan externamente de manifiesto, precisamente, el estado de insolvencia, mediante medios ruinosos o fraudulentos como serían la venta del activo permanente a precios ínfimos o al levantamiento de fondos a través de letras de favor. La cesación de pagos solo se presentaría, en la hipótesis, en un estado de insolvencia agudo y agravado, con un activo sumamente disminuido y con un pasivo dolosamente abultado. La quiebra, indudablemente, se presentó en el momento del desequilibrio, de la insolvencia, y no, con posterioridad, en el instante de la cesación de pagos.”

A nuestro juicio, no todo estado de cesación de pagos supone necesariamente quiebra o insolvencia. Puede el deudor atravesar una etapa transitoria de falta de efectivo para afrontar sus obligaciones, debido a una mala organización de su sistema de cobranza u otras obligaciones, u otras razones que le impiden liquidar de inmediato parte de su activo para cumplir con sus deudas.

Y prevé también lo siguiente: “Sin embargo, resulta sumamente difícil, en la práctica, precisar por el Juez o por los acreedores de obligaciones no vencidas el estado de desequilibrio económico-originario del estado de insolvencia como supuesto para una declaración judicial de quiebra. Por lo general, conviene a los intereses de los deudores –ilusionados con superar la crisis o de mala fe– el ocultar su verdadera situación, la misma que permanece en el secreto de la economía privada.

## EL INTERÉS SOCIAL ESTARÁ MEJOR PROTEGIDO SI SE PERMITE, A CUALQUIER ACREEDOR PEDIR LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA QUIEBRA ANTE LA EVIDENCIA DE HECHOS EXTERNOS QUE DENOTEN INSOLVENCIA DEL DEUDOR, CON ANTERIORIDAD AL VENCIMIENTO DE OBLIGACIONES.

En cambio, la cesación de pagos –que es frecuentemente la manifestación externa del desequilibrio económico– ofrece a los acreedores y al Juez la ventaja de su objetividad como fundamento de la declaración judicial de quiebra, simplificando la labor del Juez. Lo que cuenta para las legislaciones que han adoptado el sistema de la cesación de pagos como base para la declaración judicial de quiebra no es la condición intrínseca de insolvencia, sino el dato externo de la imposibilidad de pagar obligaciones a sus respectivos vencimientos.”

Esta fórmula fue recogida en la vigente legislación concursal peruana al instaurar dos procedimientos, a saber: el procedimiento ordinario y el preventivo, los cuales están orientados a las dos situaciones patrimoniales descritas anteriormente, las que se diferencian por el estado financiero del deudor, delimitado por una tenue línea pero que la doctrina ha logrado separar.

Por ende, el órgano rector del procedimiento concursal previo a declarar el inicio del concurso, sea a pedido de cualquier acreedor o del deudor (concurso necesario o voluntario) no solo en el caso límite de la cesación de pagos, ante el hecho consumado del vencimiento de obligaciones, debe verificar de manera fehaciente el real estado patrimonial del deudor para evitar desnaturalizar el uso del instituto.

Así, se evita que el deudor utilice medios ruinosos o fraudulentos, como sería la venta de mercaderías a precios por debajo de su valor comercial en plaza en perjuicio de sus acreedores tenedores de obligaciones vencidas, impidiendo, a tiempo, una perjudicial disminución del activo y atenuando, en todo caso, los efectos de la quiebra.

Y el maestro agrega a nuestro comentario lo siguiente: “El Juez (hoy el Indecopi), ante la evidencia de la extremidad del hecho de vender mercaderías a precios ínfimos o del envío de circulares por el deudor confesando su imposibilidad de pagar –o ante cualquier otro medio que manifieste fehacientemente estado de desequilibrio económico–, se encontraría facultado para declarar la quiebra pedida por cualquier acreedor,

noticiado de la existencia de hechos evidentes que demuestran el estado de insolvencia del deudor.

De este modo, siempre dentro del criterio objetivo para la ‘declaración judicial’ de la quiebra, se deja sentado el concepto de quiebra y se permite al Juez salvaguardar tanto el interés social como el de los acreedores en particular, facultándolo para tal declaratoria no solo en el caso específico de la cesación de pagos, sino también en el de aquellos hechos o manifestaciones externas que demuestran palmariamente un estado de insolvencia.”

### Declaración judicial de la quiebra

Consideramos que el interés social estará mejor protegido si se permite, a cualquier acreedor, pedir la declaración judicial de la quiebra ante la evidencia de hechos externos que denoten insolvencia del deudor, con anterioridad al vencimiento de obligaciones. Una quiebra declarada oportunamente impedirá al insolvente “prepararla” con anticipación. Evitará que continúe contrayendo obligaciones, con las funestas consecuencias de arrastrar a situaciones difíciles a otros comerciantes, las que pueden convertirse en otros casos de falencia que produzcan quiebras en cadena. Evitará asimismo que el insolvente de mala fe, al disponer de tiempo suficiente, abulte dolosamente su pasivo, otorgándole todas las formalidades legales del caso. Y agrega: “La experiencia nos muestra lo dilatado y difícil de los procedimientos de nulidad seguidos dentro de la quiebra –tratándose de los casos previstos en los artículos 71, 72, 74 de la Ley 7566– máxime que en la generalidad de ellos –art. 81– es el Síndico el encargado de promoverlos y llevarlos adelante. Y sabemos que en muchas circunscripciones de la República el único Síndico Departamental de Quiebras no puede, materialmente, atender con eficiencia los múltiples juicios de quiebra, que virtualmente dirige, y dentro de cada uno las variadas incidencias de administración, liquidación y litigio.

Si largos y penosos resultan los procedimientos de nulidad y reivindicatorios, más grave resulta interponer las acciones de anulabilidad previstas por el art. 75 de la Ley de Quiebras para los casos de pagos o actos o contratos a título oneroso ejecutados por el deudor comerciante –a contar desde la fecha de cesación de pagos y hasta el día de la declaratoria de quiebra– porque en estas eventualidades se requiere, por mandato legal, de una probanza asaz difícil a cargo del actor; demostrar que aquel que contrató con el fallido tenía conocimiento de su estado de cesación de pagos”.

A todos los inconvenientes indicados –que se atenuarían con la nueva fórmula para el inicio del concurso– hay que añadir que en la práctica resulta tarea ardua para el Indecopi proponer la fecha de cesación de pagos. Y a esta dificultad agrégase muchas veces la carga procesal de dicha institución, limitándose a declarar que será “a la brevedad posible”, y a menudo este acontecimiento se dilata en extremo, impidiendo la pronta interposición de las acciones de nulidad o anulabilidad que franquea la ley.■

■ Con motivo del artículo publicado por Carlos Fernández Sessarego en la Revista de Jurisprudencia Peruana No. 170, Año XVI, marzo 1958.