

Comentarios de Jurisprudencia***A PROPOSITO DE UN RECIENTE FALLO JUDICIAL: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 17 Y 18 DE LA LEY 27.809 - LEY DEL SISTEMA CONCURSAL PERUANO******Esteban CARBONELL O'BRIEN*****1.- Antecedentes**

Que, recientemente la Tercera Sala Civil de Lima, integrada por los magistrados Rivera Quispe, Ubillús Fortini y Ampudia Herrera, adscrita a la Corte Superior de Justicia resolvió al interior del proceso judicial sobre ejecución de garantías signado con el número 690-2012 (Banco de Crédito del Perú, en adelante BC vs. Sociedad Conyugal Alarcón-Villarán, en adelante SC) mediante la resolución No. 3 de fecha 07 de noviembre del 2012, revocar la resolución No. 110 que declaró fundada la solicitud de suspensión de la ejecución del proceso solicitada por SC, y reformándola declararon improcedente la citada suspensión y la inaplicabilidad al caso de autos de los artículos 17 y 18 de la Ley 27.809 por ser incompatibles con la Constitución Política del Perú y conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Asimismo, dispusieron se eleven los autos a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en consulta, en virtud al mandato del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Que, el quinto y sexto considerando de la precitada resolución señala textualmente lo siguiente: “Quinto: En ese sentido, teniendo en cuenta la suspensión ordenada y conforme a los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, resulta pertinente determinar la constitucionalidad de las normas de la ley 27809, Ley General del Sistema Concursal. Sexto: Conforme lo precisa el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el examen de constitucionalidad de las normas es una facultad inherente a la función jurisdiccional, como parte de la selección e interpretación de las normas que el juzgador a fin de aplicar el derecho que corresponda a los hechos alegados por las partes. La función de control constitucional se encuentra reconocida en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado que dice: En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieran la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Asimismo, el Décimo considerando señala lo siguiente: “Décimo: ...podemos advertir que en el caso concreto, la iniciación de la ejecución e inclusive el reconocimiento de deuda y compromiso de pago asumido por la parte ejecutada (que dio lugar a que el proceso estuviera paralizado) es anterior a la iniciación del procedimiento de disolución y liquidación de la sociedad conyugal emplazada, por lo que no resulta oponible al mandato judicial de ejecución, lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la Ley General del Sistema Concursal, toda vez que existe declarado un derecho aún insatisfecho, que dado el tiempo transcurrido y que al haber adquirido la calidad de cosa juzgada, no puede ser perjudicado ni discutido nuevamente en esta vía de ejecución ni en un procedimiento concursal o de otra especie. Admitir que por la aplicación de las normas concursales, el demandante tenga que posponer la satisfacción de su derecho judicialmente declarado con años de antelación a la declaración de disolución y liquidación de la sociedad conyugal demandada, implicaría no sólo una irrazonable e injusta situación para dicho acreedor, que actuó diligentemente e hizo valer su derecho en sede judicial, sino que además supone condicionar la eficacia de la decisión judicial emitida, a lo que tenga que actuarse en sede administrativa, pudiendo darse el caso, que a consecuencia de la prelación de pagos que opera en

el procedimiento concursal, la parte demandante vea finalmente insatisfecho su crédito, situación que entonces resultaría no sólo contraria al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, sino además a la eficacia de las resoluciones judiciales”.

2.- Objetivo y finalidad del concurso

Artículo I.- Objetivo de la Ley (Ley 27.809, modificada por el Decreto Legislativo 1050)

El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor.

Con esta modificación se ha llevado al texto normativo lo que la realidad ha puesto en evidencia: la protección del crédito viene a constituir el objetivo principal del mencionado sistema a fin de resguardar los derechos de los acreedores, no solo porque precisamente son ellos quienes más se perjudican con la situación del deudor concursado, sino también porque la consecución copulativa de los tres objetivos que preveía el texto anterior era inviable en la mayoría de los casos

Artículo II.- Finalidad de los procedimientos concursales.- Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.

Consideramos que la finalidad de un procedimiento concursal, engloba la tutela del crédito en su máxima expresión. Dicho esto, apreciamos que el legislador confunde en la presente Ley, el fin propiamente dicho, con el objetivo de la norma, es por ello, que encuentra similitud el texto del artículo anterior, con el que se encuentra bajo comentario.

Es oportuno comentar que el desarrollo alcanzado por la economía en el mundo moderno, tiene una de sus bases en la aparición, consolidación y desarrollo de la institución del crédito: sería impensable el estado actual de nuestra civilización, si la humanidad hubiera tenido que evolucionar su industria y comercio mediante trueque o pagos al contado.

En tal sentido, resulta imprescindible cuidar del crédito en cada eslabón de la larga y compleja cadena de la producción y la distribución de bienes, a pesar de ser necesario conceder crédito e incurrir en los riesgos inherentes al mismo.

Lo expuesto, nos conduce a señalar que en nuestro ordenamiento concursal, el presupuesto objetivo que reglamenta la insolvencia del deudor, se distingue por aquel sujeto que no cumple con honrar sus obligaciones. Por ello, la solicitud del concurso por parte del deudor se considerara como reconocimiento del estado de desbalance y comparte el carácter amplio la situación de insolvencia inminente y actual. Ello da lugar, a la apertura a un estado de pre-insolvencia o cesación de pagos, la cual se verá confirmada por la autoridad concursal correspondiente.

Por el contrario, si es el acreedor el que procede a la apertura del procedimiento ha de probar una serie de hechos o circunstancias, que permitan visualizar por ejemplo: el sobreseimiento general en los pagos o medidas cautelares infructuosas, etc. Asimismo, debe añadirse el incumplimiento de obligaciones de carácter laboral, previsional o tributaria y demás retribuciones en los plazos establecidos en cada norma especial.

Resulta pertinente presentar lo que ordenamientos de otras latitudes formulan con respecto al

presupuesto objetivo de la figura de la insolvencia, en referencia al enunciado en nuestra incipiente legislación.

En el Derecho francés, es la cesación de pagos. Si bien, también es de aplicación los procedimientos concursales a quién se encuentre con una dificultad jurídica, económica o financiera (Art. 35, 1, No. 84-475 de 1984, modificado por el Art. 4, No. 94475 de la reforma de 1994). En fin, el concepto de cesación de pagos aparece como presupuesto para la declaratoria de quiebra, aparecen en las legislaciones por primera vez, en el Código francés de 1807. Por ende, se equipara la noción de cesación de pagos a la de incumplimiento.

En el Derecho inglés la definición de insolvencia viene dada por dos razones principales: por un lado, cuando la empresa no puede pagar sus deudas (cash flow) y por otro lado, el deudor es insolvente si sus obligaciones exceden su activo (según el balance)¹.

En el Derecho de los EE.UU. hay de advertir que el presupuesto objetivo configurado por este procedimiento es único con independencia que el propósito perseguido sea la liquidación o conservación de la empresa, conforme a las secs. 301 y 303H del Bankruptcy Code. De un lado, la sec. 301 se refiere a la petición del deudor como causa automática de apertura del procedimiento. De otro, la sec. 303H preceptúa la falta de pago con carácter general de las deudas a su vencimiento. A su vez, es causa de apertura del procedimiento el nombramiento de un custodian dentro de los 120 días anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.²

En el Derecho portugués, en el art. 3 del Decreto Ley sobre procesos de recuperación de empresas y quiebras de 1993: Es considerada en estado de insolvencia la empresa que por carencia de medios propios o por falta de crédito, se encuentre imposibilitada de cumplir puntualmente con sus obligaciones.³

Desde un punto de vista jurisprudencial, dicha definición se recoge en la sentencia: Assento STJ No. 9/94 de 2 de marzo, Diario da República, I Serie, 20 de mayo de 1994, así la insolvencia está vinculada a la incapacidad financiera. Esto se revela en los hechos o índices que se contienen en el art. 8, No. 1 del Código. Ahora bien, he de resaltar en el marco normativo la reciente modificación producida por el Decreto Ley No. 315/98 de 20 de octubre de 1998 (Diario da República número 242/98, Serie I-A, p. 5412 y ss.) En su exposición de motivos, se mantiene la noción de insolvencia ya consagrada en su art. 3.

En el Derecho alemán, se dispone la insolvencia como la incapacidad de cubrir el pasivo con el activo.⁴ Después de la reforma de la Konkursordnung por la Insolvenzordnung (InsO), Ley de 5 de octubre de 1994, se puede sostener que todo el procedimiento concursal se hace depender de un presupuesto que es la insolvencia sin particular calificación. Si bien, el art. 17, en la parte I, Título II, InsO, bajo el título "Incapacidad de pago", en su pár. 1, establece que la justificación de orden general de la apertura es la incapacidad de pagar (nich in der Lage ist die falligen Zahlungspflichten su erfüllen), pár. 2 precisa que el deudor no tiene capacidad de pagar cuando no está en condiciones de cumplir con las deudas vencidas. Así, el art. 18 autoriza al deudor para instar la

1 Cfr. Taylors Industrial Flooring Ltd Mh. Industrial Flooring Ltd (1990) BCLC 216. Véase, también BOYLE&BIRDS. Company Law, 3 ed., London: Jordans, 1995, p. 570.

2 Cfr. NATHAN LEVY, J. Bankruptcy Handbook, 2 ed. Little, Brown and Company, 1993, p. 481 a 522.

3 Cfr. Anterior a la reforma, SOUSA MACEDO. Manual de Direito das Falencias, Vol. I, Coimbra, 1964, p. 257. Respecto al Código de 1993: LABAREDA, Joao. Providencias de recuperacao de empresas. Direito e Justicia. Vol. IX, Tomo II, 1995, p. 56.

4 Cfr. JAEGER, E. Konkursordnung, Berlín, 1958, pag. 102 de la KO, p. 128. Sobre el mismo tema SCHMIDT, K. Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen. Koln, 1990, p. 43 y ss.

apertura del procedimiento de insolvencia también en caso de dificultad temporal de pagar. En el pár. 2 del art. 18 aclara que se entiende por imposibilidad temporal de pagar, cuando sea presumible que el deudor no está en condiciones de cumplir las deudas al momento de su vencimiento. Por parte, el art. 19 cuando el mismo deudor permite anticipar la apertura del procedimiento a un momento anterior a la propia situación de insolvencia, lo que sin duda permitirá, en muchos casos, la posible continuidad de la empresa si se cumplen estos requisitos⁵.

En la Ley de Concursos y Quiebras argentina No. 24522 de 7 de agosto de 1995, antes de su reforma establecía en su artículo 1 la cesación de pagos, cualquiera que sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para apertura de los concursos regulados en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los arts. 66 y 69. Esto es, como en 1902 (antigua Ley argentina), en 1995 el estado de cesación de pagos sobrevive como presupuesto inamovible⁶.

En la legislación colombiana, se encuentra regulado el tema de la prevención a través del concordato preventivo que es recogido en el Código de Comercio, en su art. 1910, que establece lo siguiente: “El comerciante que haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores”.

Asimismo, el citado cuerpo de leyes en su art. 1937 para el tema de la insolvencia establece lo siguiente: “ Se considerará en estado de quiebra al comerciante que sobresea en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales. La muerte del deudor o su retiro del comercio hallándose en cesación de pagos, no impedirán la declaración de quiebra, pero ésta no podrá pedirse sino dentro del año siguiente a la muerte o retiro. Las sociedades mercantiles podrán ser declaradas en quiebra hasta el vencimiento del año siguiente a la fecha de la inscripción de su liquidación en el registro mercantil”.

Al respecto el catedrático Devis Echandía en su ponencia para el II Congreso de Derecho Procesal, 1979, expresaría lo siguiente: “ ...Es pues, indispensable, reformar nuestro estatuto de quiebra y de concurso de acreedores no comerciantes, para exigir que su declaración sea procedente sólo cuando exista una situación de real insolvencia o por lo menos de cesación de pagos general que justifique esa drástica medida, que puede generar situaciones de orden penal de proyecciones incalculables.”

En la legislación chilena, Ley No. 18175 (28.10.1982) establece en su art. 1 lo siguiente: “El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en las formas determinadas por la ley”.

Asimismo, en su art. 39 establece taxativamente lo siguiente: “La quiebra podrá ser declarada a solicitud del deudor o de varios de sus acreedores”.

En la legislación uruguaya se contempla el tema en el Código de Comercio, Sección Segunda: De las Quiebras, en su art. 1572 establece lo siguiente: “ Se considera en estado de quiebra a todo comerciante que cesa en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles. Basta para constituir el

5 Véase SCHMIDT en “El Derecho de Insolvencia alemán entre la crítica y la reforma”. No. 6, Rds. 1996, p. 494.

6 MAFIA, O. En “El gran ausente: El Plan de salvataje en la Ley No. 24.522”. Reforma concursal Ley 24.522. Homenaje a Héctor Cámara. En Derecho y economía, No. 4, Universidad Austral, 1995, p. 24. También, véase VITOLLO, D. Iniciación en el estudio de un nuevo régimen legal de concursos y quiebras Ley 24.522, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995, p. 14 y ss.

estado de quiebra la cesación en el pago de una obligación mercantil, a que no se haya opuesto por el deudor alguna excepción legal. La declaración de quiebra puede tener lugar a solicitud del mismo deudor comerciante, de uno o más de sus acreedores, o procediendo el juez de oficio”.

Asimismo, el art. 1574 del citado cuerpo de leyes establece lo siguiente: “La declaración de quiebra importa la presunción de insolvencia de la masa, sin necesidad de auto especial; y ejecutoriada aquella declaración, procede la liquidación del activo y pasivo de la quiebra, con sujeción a las reglas establecidas en el presente libro”.

En la legislación panameña, se recoge muy fragmentariamente la figura de la insolvencia en su Código de Comercio en su art. 1590 que establece lo siguiente: “ La administración de la quiebra, y demás actos relacionados con la liquidación del activo y pasivo de la misma se ajustarán a las disposiciones del Código Judicial en materia de concurso”.

3.- Sobre la constitucionalidad del concurso

Que, como cuestión previa debemos manifestar que siguiendo la línea de la resolución recurrida el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que aborda el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial señala: “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales”.

Que, cabe precisarse –y a nuestro juicio- que la resolución bajo comentario no tiene dicho carácter –vinculante- con futuros fallos que guarden estrecha relación con antecedentes en materia concursal.

El concurso mercantil per se no es inconstitucional. La desaparición de una empresa trae como consecuencia, la pérdida de una fuente generadora tanto de bienes, servicios como fuentes de trabajo, agravando la situación económica de una localidad y como consecuencia de una región y de un país, pues la pérdida de empleos puede desencadenar graves problemas sociales, como la delincuencia, inseguridad pública, drogadicción, entre otros factores.

En tal sentido, el Estado no puede quedarse inmóvil al considerar a la quiebra o bancarrota de una empresa como un asunto entre particulares y, un acontecimiento normal, que de una u otra forma el libre mercado y el tiempo subsane o enmiende. Es por esto que el Estado a través de legislación especial –entiéndase la concursal- trata de evitar el fracaso de la empresa e intenta que no se lastime a la sociedad que de una u otra forma se beneficia del funcionamiento de la empresa.

En especial, los artículo 17 y 18 bajo comentario, no violentan lo establecido en la Carta Magna, pues es totalmente justificable la competencia exclusiva de otro eslabón del Estado –entiéndase el INDECOPI, a través de su Comisión de Procedimientos Concursales- que trascienda a la norma constitucional y trate en lo posible de amenguar el impacto que tiene para con la sociedad, la figura de la quiebra o bancarrota y por consiguiente la desaparición de la empresa, lo que apunta a que el interés privado rebase éste y que sea una cuestión de interés público.

4.- Acerca de los citados artículos

Artículo 17º.- Suspensión de la exigibilidad de obligaciones (Ley 27.809)

- 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 estímarlo 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.*
- 17.3 *La inexigibilidad de las obligaciones del deudor no afecta que los acreedores puedan dirigirse contra el patrimonio de los terceros que hubieran constituido garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original.*
- 17.4 *En el caso de concurso de una sucursal la inexigibilidad de sus obligaciones no afecta la posibilidad de que los acreedores puedan dirigirse por las vías legales pertinentes contra el patrimonio de la principal situada en territorio extranjero.*

Es relevante señalar que el numeral 17.1 señala expresamente, que el primer efecto del concurso es la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor devengadas hasta la fecha de difusión del proceso, a través de la publicación del aviso correspondiente. De alguna forma, este efecto implica la intervención legal en las relaciones jurídicas del deudor con el objeto de fortalecer su patrimonio y poner en práctica las decisiones de los acreedores. Consideramos que las implicancias del citado efecto serían: a) la suspensión de cualquier pago adeudado por el concursado, b) no corren intereses de ninguna clase, en tanto se encuentre operando la inexigibilidad de la obligación y c) no se aplica la capitalización de créditos, por la citada consecuencia.

El efecto bajo cuestionamiento debe tener un tiempo de duración, tal como lo estipula el numeral 17.2 que establece que el mismo, se delimita por la fecha de aprobación del instrumento concursal, vale decir, el documento que contiene los lineamientos de acción de la decisión adoptada, sea ésta una reestructuración, un acuerdo global de refinanciación o un convenio de liquidación.

En efecto, como la suspensión es necesaria para proteger y fortalecer el patrimonio del deudor concursado, y así evitar las exigencias inmediatas de pago que podrían llevar a adoptar decisiones ineficientes al interior del concurso, dado que el referido documento debe contener un tratamiento integral de todas las obligaciones sujetas al concurso. Por ende, se torna innecesario continuar con la citada medida, máxime si se tiene en cuenta, que los acuerdos establecidos en cualquiera de los instrumentos concursales señalados, los cuales se refieren a la exigibilidad de obligaciones, deberán ser oponibles a la totalidad de acreedores, siendo por ello, tal acuerdo de obligatorio cumplimiento.

El numeral 17.3 establece que aquel acreedor que vea perturbado el cobro de su acreencia,

ante la imposibilidad de dirigirse contra el patrimonio de su deudor, pueda promover acción civil contra aquellos terceros que hubieran constituido garantía real o personal a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición o lugar de éste.

Asimismo, el citado numeral contiene un tema relacionado a nuestro régimen concursal, que implica que al interior del concurso, el patrimonio de terceros no debe formar parte del mismo. En esa dirección, reiteramos que los acreedores deben dirigir el cumplimiento de sus obligaciones, a aquellas personas que constituyeron garantías reales o personales a su favor frente a obligaciones del deudor concursado, con el objeto de no romper la cadena productiva en el mercado.

En consecuencia, lo expresado se orienta a lograr lo siguiente:

Guardar un respeto irrestricto al régimen de garantías contemplado en nuestro ordenamiento sustantivo.

Fortalecer el sistema de garantías y

Incentivar al acreedor diligente para el uso de dichas garantías.

De otro lado, es oportuno reseñar que el numeral 17.4 establece también como novedad, y de manera oportuna, que la inexigibilidad de obligaciones de la sucursal concursada, no invalida el derecho de aquel acreedor que dirija su pretensión de cobro o recupero de su crédito contra el patrimonio de la principal o matriz del deudor. Es entendible, los límites de distinción de patrimonios entre las citadas figuras societarias.

Artículo 18º.- Marco de protección legal del patrimonio (Ley 27.809)

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.

18.2 Dicha abstención no alcanza a las medidas pasibles de registro ni a cualquier otra que no signifique la desposesión de bienes del deudor o las que por su naturaleza no afecten el funcionamiento del negocio, las cuales podrán ser ordenadas y trabadas pero no podrán ser materia de ejecución forzada.

18.3 Si las medidas cautelares, distintas a las señaladas en el numeral precedente, han sido trabadas se ordenará su levantamiento y la devolución de los bienes involucrados en la medida cautelar a quien ejerza la administración del patrimonio del deudor. Sin embargo, no serán levantadas las medidas cautelares mencionadas en el artículo 18.2, pero no podrán ser materia de ejecución forzada.

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.

18.5 El marco de protección legal no alcanza a los bienes perecibles. En tal caso, el producto de la venta de dichos bienes será puesto a disposición del administrador o liquidador, según corresponda, para que proceda con el pago respectivo, observando las normas pertinentes.

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 67.5.⁷

18.7 *La prohibición de ejecución de bienes no alcanza a las etapas destinadas a determinar la obligación emplazada al deudor. La autoridad competente continuará conociendo hasta emitir pronunciamiento final sobre dichos temas, bajo responsabilidad.*

Debemos manifestar que el segundo efecto del concurso, es la protección del patrimonio del deudor. Ello, se encuentra delimitado en el numeral 18.1 bajo comentario, al estar ante la posibilidad bastante cercana –ante la existencia de acreencias vencidas e impagas- de la ejecución del citado patrimonio por parte de un determinado acreedor, lo que conllevaría a la puesta en marcha de acciones individuales de otros acreedores, ante la inminente crisis patrimonial del deudor. Ello generaría –de ejecutarse dichas medidas- la imposibilidad material de arribar a acuerdos colectivos, que ayuden a adoptar una postura eficiente respecto al destino del negocio.

Hemos de observar, que la intangibilidad del citado patrimonio dada por el referido efecto, guarda implícitamente el fortalecimiento inmediato del activo, eliminando la incertidumbre de los acreedores acerca de la bondad de los mecanismos concursales para enfrentar con ellos, la crisis patrimonial del deudor.

El numeral 18.2 establece que la inejecución de medidas cautelares pasibles de registro o cualquier otra medida que no implique desposesión de bienes del deudor o aquella medida que por su naturaleza no afecte el normal desarrollo del negocio, las mismas que pueden ser trabadas, pero no podrán ser ejecutadas, con el objeto de no perjudicar la marcha del negocio. Ello favorece la posición del deudor para poder negociar sus obligaciones frente a sus acreedores y principalmente, salvaguardar su patrimonio para que en adelante, éste sirva de garantía efectiva frente a acreedores preferenciales, tomando en cuenta el origen de sus créditos.

En dicho orden de ideas, se orienta el contenido del numeral 18.3 el cual establece, que a toda costa, se deprede el patrimonio, máxime si se impone a la autoridad judicial y demás autoridades competentes, sendas obligaciones en lo concerniente a la ejecución de medidas cautelares ordenadas contra bienes del concursado, las cuales deben quedar sin efecto, exceptuándose como estipula el numeral 18.4, aquellas medidas referidas a obligaciones, cuyo origen sea con posterioridad a la difusión del concurso, conforme lo analizamos en el acápite pertinente.

En suma, se busca fortalecer el marco de protección legal del patrimonio del deudor, que viéndose afectado por la crisis financiera de su negocio, se ve imposibilitado de honrar parcial o totalmente sus obligaciones frente a sus acreedores. Dicho conjunto de bienes, cualquiera sea su naturaleza, deben por tanto, ser escrupulosamente resguardados de cualquier medida, que afecte su valor o que sean retirados de la esfera patrimonial del deudor-concurado.

Asimismo, el numeral 18.5 bajo comentario, señala que aquellos bienes en peligro de pérdida o deterioro material que pertenezcan al deudor, deben ser puestos en custodia especial, con el objeto que no sufran menoscabo en perjuicio de perjudicar su valor, por cuanto ello afecta de manera directa a la masa. En cuyo caso sólo se justificaría una ejecución forzada, pero contemplando la clase de proceso al que se encuentra sometido el deudor.

7 Lo señalado en negritas pertenece a la Ley N° 28709 que modifica el artículo 18º, inciso 18.6 de la Ley N° 27809.

En consecuencia, a la denominada intangibilidad del patrimonio, todo proceso cualquiera sea su naturaleza, debe ser suspendido en su etapa de ejecución, como lo prescribe el numeral 18.6, con la finalidad de evitar la canibalización del patrimonio concursado, lo cual favorece a la totalidad de acreedores respecto del acreedor quien de manera individual pretende la ejecución del mismo. Es menester señalar, tal como esgrime el numeral 18.7 -a manera de interpretación- que la suspensión no implica las etapas procesales anteriores, por cuanto en dichas instancias no se da inicio a la ejecución de bien alguno, sino que las mismas, se encuentran orientadas a determinar únicamente el origen, cuantía y exigibilidad del crédito, no poniendo en peligro el patrimonio del deudor.

5.- Conclusiones finales

¿Qué se vulnera el derecho de un tercero, al ingresar de manera necesaria o voluntaria a concurso mercantil? ¿Acaso el interés particular? El concurso por su propia naturaleza debe privilegiar el interés común. En ese orden de ideas, al encontrarse una determinada empresa o incluso una persona física que efectúe actividad empresarial, en un estado patrimonial de carácter excepcional –entiéndase, una crisis financiera o económica- debe recurrir por obligación real a concurso, salvo que aplique determinadas figuras de apalancamiento financiero que le permitan sortear valerosamente el sinfín y truculento camino de la crisis.

No obstante la inoponibilidad de un derecho real -prenda o hipoteca- en el derecho positivo son realizados –a criterio de los afectados- en violación a las normas o finalidades explícitas o implícitas, para lo cual se provee a éstos de acciones para reclamar ante los órganos respectivos, el restablecimiento de la situación anterior. De este modo, surgen institutos tales como la nulidad, la ineficacia y la inoponibilidad, con la finalidad de atacar ese acto. Estas herramientas no sólo están disponibles para los acreedores, sino también para cualquier tercero (no celebrante del acto), como por ejemplo el legítimo heredero a quien se pretende excluir de una sucesión futura con una donación a otro heredero.

En consecuencia, uno tiene que comprometerse con un acto de interpretación. No se puede hacer caso omiso a la trama anterior. Si sus predecesores han comenzado a escribir una novela dramática, uno no puede convertirla en una novela romántica. Uno tiene el deber de fidelidad con la obra y el trabajo desarrollado por quienes le precedieron.

La tarea no debe ser por tanto, mecánica. Se debe trabajar sobre la base de los materiales existentes y justificarlos al escribir un nuevo capítulo, que haga que la novela que surge, considerada en su conjunto, sea lo mejor posible. Dworkin cree que juzgar es muy parecido a eso. Los precedentes son como los capítulos anteriores de una novela que nos ha tocado en suerte continuar, y un nuevo caso es una oportunidad para producir uno nuevo de modo refrescante. Los jueces o el operador no solo pueden “crear” la ley por lo menos en los casos difíciles pueden no solo cumplir la ley, pues no hay nada que seguir. Lo que se debe hacer es producir un principio que se adapte y justifique los materiales jurídicos existentes. Esta es la concepción de Dworkin del derecho como integridad.

Con el enfoque de Dworkin sería un sinsentido legal que un juez o el operador legal pueda dictaminar que la Constitución le da libertad completa a los estados para definir sobre una materia determinada. Tal decisión sería contraria al derecho. Sin embargo, cabe que se pueda considerar algunos principios competitivos para cada caso en particular. El reclamo más profundo de Dworkin no trata de resultados, sino del método constitucional. Cabe que el operador se cuestione y se

pregunte qué principio es el mejor, en el sentido de que se ajuste a la estructura del derecho existente y haga sentido fuera de él.

Finalmente en asuntos referidos a la Constitución y su respeto, Dworkin señala lo siguiente: “Tenemos una institución que se trae las cuestiones de la arena del poder político al foro de los principios. Dicha institución mantiene la promesa de que los más profundos y fundamentales conflictos entre el individuo y la sociedad, toda vez que ocurran y donde sea que sucedan, finalmente, se convierten en cuestiones de justicia. Yo no llamo a ello religión o profecías. Yo lo llamé derecho”.