

De un incentivo perverso del liquidador: Propuesta de modificación del artículo 83.5 de la Ley General del Sistema Concursal

Introducción

En el marco de un procedimiento de disolución y liquidación, se persigue el objetivo de la norma concursal, es decir la recuperación del crédito, mediante la labor de venta y realización de activos que efectúa el liquidador designado por la Junta de Acreedores, en ejecución de un Convenio de Liquidación aprobado y suscrito por las partes.

De esa manera, la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, la Ley), ha dotado a los acreedores, en base a su autonomía privada de elegir a una entidad liquidadora registrada ante la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, de realizar la mencionada labor. Se configura así, una relación contractual y de buena fe entre los acreedores y el liquidador designado.

A pesar de ser dicha relación de índole contractual, existen dispositivos legales de imperativa aplicación que influyen en los efectos jurídicos de la ejecución del Convenio de Liquidación. Uno de esos dispositivos, es el artículo 83.5 de la Ley, el cual creemos que contrae un serio asunto en el Sistema Concursal.

Por ello, el propósito del presente artículo, es analizar el problema que conlleva la aplicación práctica del artículo 83.5 de la norma concursal, que a nuestro criterio genera un incentivo perverso a favor del liquidador y en desmedro del interés colectivo de los acreedores, y, consecuentemente, el arriba objetivo de la legislación concursal, que es la recuperación del crédito.

Problema

El artículo 83.5 de la norma concursal, señala lo siguiente:

“83.5 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”.

De esa manera, dicha norma obliga al liquidador a empezar a pagar los créditos, desde el momento que haya obtenido fondos equivalentes al menos al 10% del monto total de créditos reconocidos.

Si bien la norma en mención, se sustenta en el hecho que, producto de la labor del liquidador de vender los activos del deudor, se puede generar un fondo de ingresos que equivalga al porcentaje mínimo que el legislador ha estimado como razonable (10%) para que el liquidador esté obligado a pagar los créditos, el liquidador podría estar en condiciones para empezar a pagar las acreencias, aun no habiendo obtenido tal porcentaje como resultado de la venta de los activos.

Imaginemos el siguiente caso:

- Que la empresa X, sometida a concurso a un procedimiento de liquidación, tenga activos equivalentes a 100 y pasivos concursales (créditos reconocidos) ascendentes a 200.
- El liquidador designado por la Junta ha vendido parte de los activos y ha conseguido fondos ascendentes a 15.
- ¿A qué lo obliga el artículo 83.5 de la Ley?. Pues recién cuando haya conseguido fondos por 20 es que surge la obligación de pagar.
- ¿Entonces qué pasará con esos 15?. Pues el liquidador de esos 15 se cobrará sus honorarios, las comisiones, los gastos etc. Así esos 15 se reducirán a 5 o a 0.

Podemos claramente la situación. Aún si los acreedores tienen derecho a exigir al liquidador designado que les pague, el liquidador les dirá, que aún no ha surgido su obligación de pagar. Podrá hacerlo, mas no está obligado. Esto es un sinsentido evidente, sin lugar a dudas.

Por lo tanto, en este último supuesto, como puede apreciarse, el liquidador estando en condiciones para empezar a pagar, habiendo deducido sus gastos y honorarios, la norma no lo obliga y, por tanto, no incurre en infracción, generándose a su favor un incentivo para que continúe manteniéndose por debajo de dicho porcentaje, cargando permanentemente a la masa concursal con tales gastos y honorarios.

Del incentivo perverso justificado en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores en materia concursal

El artículo 123.1 de la Ley, de manera expresa atribuye responsabilidad administrativa a las entidades que, estando registradas ante el Indecopi, en el ejercicio de sus funciones incumpliesen alguna de las obligaciones que le impusiese la norma concursal. Así, señala que:

En caso de que las personas jurídicas públicas o privadas o personas naturales registradas para desempeñarse como administradores o liquidadores, en el ejercicio de sus funciones incumpliera alguna de las obligaciones que les impone la Junta, la Ley o las Directivas emitidas conforme al numeral 3.2 del artículo 3 de la Ley, la Comisión, atendiendo a la gravedad del incumplimiento, podrá imponer las sanciones siguientes: a) Multas no menores de una (1) ni mayores de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias. b) Suspensión del registro. c) Inhabilitación permanente.”

Por lo tanto, el incumplimiento del liquidador de lo establecido en el artículo 83.5 de la Ley, constituye una infracción administrativa. ¿Pero qué incentivos ofrece la normativa para su cumplimiento?.

Las normas que conceden a la autoridad administrativa la posibilidad de sancionar a los administrados, conllevan incentivos claros para su cumplimiento, y con ello proteger o coadyuvar al bien jurídico que la normativa promueve.

En el caso de la Ley, el objetivo de establecer obligaciones a cargo de los liquidadores, y su consecuente sanción, en caso de incumplimiento, no tiene otro propósito de coadyuvar el objetivo de la recuperación de las acreencias, tal como lo mencionamos en la parte introductoria de este trabajo.

Si la norma concursal mediante el artículo 83.5, pretende coadyuvar el objetivo de recuperar los créditos, pues lo está haciendo de manera lírica, como un saludo a la bandera, pues, tal como lo anotamos líneas arriba, el liquidador no tiene ningún incentivo para empezar a pagar a los acreedores estando por debajo del umbral del fondos equivalentes al 10% de los créditos reconocidos.

Problema del artículo 83.5 de la Ley en el ámbito administrativo sancionador

Para entender la real dimensión de este problema, debemos hacer un breve análisis de lo que sucede en el ámbito administrativo sancionador en materia concursal, cuando se analiza la comisión de una infracción administrativa por el presunto incumplimiento del artículo 83.5 concordado con el 123.1 de la Ley.

Tenemos que la Secretaría Técnica de Fiscalización adscrita a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, es la encargada de la fiscalización de oficio de los agentes del concurso que cumplan la normativa y de la tramitación de denuncias informativas por presuntas infracciones a la Ley.

En el marco de procedimientos administrativos sancionadores iniciados por la referida Secretaría Técnica, en los que se ha imputado a varios liquidadores el incumplimiento del artículo 83.5 de la Ley, como infracción administrativa, constatándose en la práctica el incentivo perverso al cual aludimos en el título de este artículo.

En efecto, se ha verificado la situación por la que cual el liquidador alega que no ha incumplido la norma y que no ha incurrido en responsabilidad administrativa, pues si bien cuenta con fondos producto de la venta de activos, decidió no empezar a pagar a los acreedores, justificando su decisión en el hecho que la totalidad de créditos reconocidos no superaba aún el 10% de la totalidad de créditos reconocidos.

El descaro de alegar eso, es utilizar la norma concursal como escudo de posible fraude a la Ley, para amparar una ineficiencia que la norma actualmente no sanciona de manera clara, y que coadyuva a vulnerar los intereses de los acreedores. Es decir el liquidador, se ampara en una norma que no contempla tal supuesto como una infracción administrativa, no obstante que a todas luces es lesiva a la masa concursal.

Si bien lo hemos mencionado anteriormente, es importante resaltar el hecho que los liquidadores tienen preferencia de cobrar sus honorarios, comisiones, gastos, etc. generados en un procedimiento de liquidación, con preferencia al pago de cualquier crédito concursal. No estamos en contra de ello, pues los liquidadores están brindando un servicio profesional a la masa concursal, para lograr el cobro de las acreencias mediante la venta de los activos. Sin embargo, abusar de esa preferencia para cobrarse antes que nadie de los fondos obtenidos por la venta de los activos concursados, y evitar que se genere la obligación de pago a los acreedores, pues no se configura el supuesto del artículo 83.5 de la Ley, es una gravísima situación que la normativa no puede permitir.

Por lo tanto, proponemos se modifique el artículo 83.5 de la Ley, pues la mala fe de algunos liquidadores, atenta la relación obligacional celebrada con los acreedores al firmarse el Convenio de Liquidación, situación que no puede ampararse, al vulnerar de manera directa el objetivo que busca la Ley.

La propuesta que a continuación plasmamos, está diseñada para que se generen incentivos positivos para la buena conducta, y evitar que el actual diseño del mencionado dispositivo legal sirva como una norma de cobertura capaz de configurar abuso de derecho en perjuicio de los más afectados por la crisis patrimonial, es decir los acreedores.

Propuesta de modificación del artículo 83.5 de la Ley

La norma concursal, en los numerales 1 y 2 (literal a) del artículo 83, establece, por un lado el deber del liquidador de actuar diligentemente, y, por otro, la facultad de actuar en resguardo de la masa concursal. Dicha normativa es la siguiente:

Artículo 83.- Atribuciones, facultades y obligaciones del Liquidador

83.1 Son obligaciones del Liquidador: a) Realizar con diligencia todos los actos que corresponden a su función, de acuerdo a lo pactado por la Junta y las disposiciones legales 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.

83.2 Son atribuciones y facultades del Liquidador: a) Actuar en resguardo de los intereses de la masa o del deudor, en juicio o fuera de él, con plena representación de éste y de los acreedores;

Para superar la peligrosa redacción del artículo 83.5 de la Ley, materia de este trabajo, creemos que es necesario ir más allá, y entender que el incumplimiento de este artículo por más que el liquidador no haya obtenido fondos ascendentes al umbral del 10% de los créditos reconocidos, el guardarse para evitar llegar a ese límite, debe ser considerado como una actuación negligente que atenta contra los intereses de la masa concursal.

Si bien esta última interpretación, puede ser recogida por la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi o de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales de dicha entidad, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, creemos que resulta más claro y directo que sea materia de modificación legislativa.

Por lo tanto, se propone que la norma, expresamente, contemple como infracción administrativa que la omisión del liquidador de pagar los créditos de manera injustificada en el supuesto como el antes señalado, configure como un acto que vulnera su deber de resguardo de los intereses de la masa concursal.

El artículo 83.5 vigente reza así:

“83.5 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 base a lo expuesto, proponemos la siguiente redacción del artículo 83.5 de la Ley:

“ 83.5 El liquidador deberá proceder al pago de los créditos, una vez que haya obtenido fondos como resultado de la realización de activos, luego de deducidos sus honorarios y gastos generados en el procedimiento de liquidación. El incumplimiento de dicha obligación deberá ser debidamente justificada por el liquidador ante los acreedores y ante la autoridad concursal, de ser requerido, caso contrario, incurrirá en vulneración de su deber de resguardo de los intereses de la masa concursal y en infracción al artículo 123.1 de la presente Ley.

Conclusiones

- El actual diseño del artículo 83.5 de la Ley debe ser modificado, pues genera un incentivo perverso en los liquidadores, en perpetuarse en el cargo mediante el cobro preferente de sus honorarios, comisiones y gastos, en perjuicio de la masa concursal.
- La modificación del artículo 83.5, debe estar orientada a generar parámetros claros de cumplimiento de la obligación de pagar las acreencias, así como incentivos a cargo del liquidador en beneficio de la masa concursal.