



Rafael Corzo de la Colina^(*) y
Renzo Agurto Isla^(**)

Agenda Pendiente en **Temas Concursales** en el Perú^{(***)(****)}

Pending Agenda in Bankruptcy Issues in Peru

REQUIEREN DE UNA PRONTA INCORPORACIÓN EN LA NORMATIVA NACIONAL, BUSCANDO HACER DE NUESTRO SISTEMA CONCURSAL UNO CARACTERIZADO POR REGLAS CLARAS Y EFICIENTES, VALE DECIR, COMPETITIVO, PARA BENEFICIO DE LOS AGENTES QUE OPERAN EN EL MERCADO Y SOBRE TODO PARA AQUELLOS QUE BUSCAN EN NUESTRO PAÍS UN “REFUGIO DE INVERSIÓN” EN ESTE MOMENTO DE CRISIS Y PROBLEMAS ECONÓMICOS EN OTRAS PLAZAS EN LA REGIÓN Y EN EL MUNDO EN GENERAL.

Resumen: El presente artículo aborda la temática referida a la modernización de la regulación en materia Concursal en el Perú. Los autores plantean la adopción de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por el Perú para ayudar a actualizar nuestra legislación nacional en materia de insolvencias transfronterizas y crear nuevas formas más eficientes de reconocimiento de procedimientos concursales iniciados en el extranjero. Por último, los autores proponen la actualización de la nomenclatura utilizada en ciertas disposiciones del Código Civil, como parte de la agenda pendiente en materia de Derecho Concursal en el Perú.

Palabras Clave: Derecho Concursal - Ley General del Sistema Concursal - Código Civil - Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Abstract: This article addresses the issue referred to the modernization of the regulation on Bankruptcy matters in Peru. The authors propose the adoption of the Model of the United Nations Commission on International Trade Law by Peru to help update our national legislation on cross-border

(*) Abogado por la Universidad Católica Santa María. Experto en el Área Concursal. Socio de Miranda & Amado Abogados.

(**) Abogado por la Universidad de Lima. Maestría en Negocios, Derecho Corporativo y Marítimo por la Universidad Erasmus de Rotterdam, Holanda. Consejero del Área Concursal de Miranda & Amado Abogados.

(***) Agradecemos especialmente a Lisbeth Benavides y José Villafuerte, quienes forman parte del Área Concursal de Miranda & Amado Abogados, por su colaboración y valioso aporte.

(****) Nota del Editor: El artículo fue recibido el 1 de febrero de 2016 y aprobada su publicación el 7 de febrero del mismo año.

Agenda Pendiente en Temas Concursales en el Perú *Pending Agenda in Bankruptcy Issues in Peru*

insolvency and create more efficient ways of recognizing insolvency proceedings that have been started abroad. Finally, the authors propose the updating of the nomenclature, which are used in certain provisions of the Civil Code, as part of the pending agenda on Bankruptcy Law in Peru.

Keywords: Bankruptcy Law - General Law of the Bankruptcy System - Civil Code - Model of the United Nations Commission on International on International Trade Law

Nuestra motivación principal cuando decidimos redactar este artículo fue incidir en temas, que por su complejidad o poca utilización en el escenario local, no han sido materia de interés; pero que en las actuales circunstancias ya no solo debieran tener una relevancia académica, sino más bien, y así lo sugerimos, requieren de una pronta incorporación en la normativa nacional, buscando hacer de nuestro sistema concursal uno caracterizado por reglas claras y eficientes, vale decir, competitivo, para beneficio de los agentes que operan en el mercado y sobre todo para aquellos que buscan en nuestro país un “refugio de inversión” en este momento de crisis y problemas económicos en otras plazas en la región y en el mundo en general.

El propósito antes mencionado es complementado con una referencia crítico-constructiva a temas que si bien ya son parte de nuestra realidad normativa, o, desde nuestro punto de vista, no están regulados de manera suficientemente clara, o han generado interpretaciones *sui generis*. Por dichas razones, los planteamos en estas líneas de modo que, además de ser una experiencia (o catarsis) compartida, nos ayuden a identificarlos plenamente y a aterrizar su entendimiento y aplicación, alejándonos en lo posible de interpretaciones con poco sustento que no resultan beneficiosas para nadie; y, a la larga, tampoco para nuestro sistema concursal.

Finalmente, y en la misma línea de contribuir al fortalecimiento de nuestro sistema concursal, nos animamos a plantear algunas modificaciones normativas que pretenden sistematizar nuestro ordenamiento en la materia, ya que a consideración nuestra, quizá sea la armonización de nuestra legislación la

que empiece por facilitar la incorporación de nuevas normas al sistema concursal o que se interpreten de mejor manera las normas concursales que ya tenemos vigentes.

1. Modernización de la regulación de las insolvencias transfronterizas en el régimen concursal

La regulación peruana sobre insolvencias transfronterizas, cuya importancia se va incrementando conforme la dinámica global de los negocios se acelera, no ha visto una evolución significativa que vaya acorde con los cambios que la realidad exige. Si bien existen instituciones legales cuya modernización pueda, desde determinado punto de vista, considerarse más urgente; es también cierto que el impacto económico negativo de la regulación vigente sobre insolvencias transfronterizas en el Perú es considerable.

De forma general, debemos precisar que la regulación nacional sobre esta materia se encuentra recogida en tres diferentes normas: el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley 27809 - Ley General del Sistema Concursal (en adelante, “Ley Concursal”).

Como aspectos más resaltantes de tal regulación podemos mencionar los siguientes:

- a) Las sentencias de tribunales extranjeros (incluyendo las sentencias en materia de insolvencia o quiebra) deberán ser reconocidas mediante un procedimiento no contencioso de *Exequatur* y tendrán la fuerza que les conceden los tratados respectivos⁽¹⁾, tomando en cuenta que en

(1) El Perú ha suscrito únicamente tres tratados internacionales sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras (incluyendo sentencias sobre quiebra o insolvencia). Nos referimos al Tratado de Montevideo de 1889, la Convención de La Habana de 1928 (conocida como el “Código de Bustamante”); y, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979.



Rafael Corzo de la Colina y Renzo Agurto Isla

caso de no existir un tratado vigente, será aplicable el principio de reciprocidad (artículo 2102 del Código Civil).

- b) Los efectos de un procedimiento de insolvencia transfronterizo decretado en el extranjero y reconocido en el Perú, vía *Exequator*, se regirán por la ley local respecto de los bienes situados en el Perú y los derechos de los acreedores. Asimismo, el tribunal peruano deberá buscar satisfacer; en primer lugar, los derechos de los acreedores domiciliados y las acreencias inscritas en el Perú (según el orden de preferencia establecido en la Ley Concursal), y solamente luego de satisfechos tales derechos y teniendo como resultante un saldo patrimonial positivo, el mismo será remitido al administrador del procedimiento concursal en el extranjero, previo *Exequator* ante un tribunal peruano que realice la verificación y graduación de los créditos existentes en el extranjero. Creemos que esta disposición resulta por lo menos discutible en el terreno constitucional al existir una clara discriminación respecto a los acreedores extranjeros (artículo 2105 del Código Civil).
- c) La Ley Concursal es aplicable, en principio, a los procedimientos concursales de los deudores que se encuentren domiciliados en el país, sin admitir pacto en contrario. En ese sentido, no serán oponibles para efectos concursales los acuerdos privados o disposiciones contractuales de sometimiento a ley y jurisdicción distinta a la peruana (artículo 2 de la Ley Concursal).
- d) El INDECOPI es competente para conocer los procedimientos concursales de todos los deudores domiciliados en el Perú, incluso cuando parte de sus bienes o derechos que integran el patrimonio materia de concurso se encuentren fuera del país, y de las personas naturales o jurídicas domiciliadas en el extranjero, respecto de los bienes situados en el país, en cuyo caso deberá previamente haberse reconocido el procedimiento vía *Exequator* por los tribunales peruanos (artículo 6 de la Ley Concursal).

Como puede apreciarse, nuestra legislación nacional sobre insolvencia transfronteriza ha optado por la denominada Teoría de los Procedimientos Secundarios⁽²⁾ (una teoría mixta que involucra rasgos propios de la Teoría Universalista y de la Teoría de la Territorialidad), vale decir, que existirá un concurso principal que se lleva a efecto en el país de origen del deudor y, en adición a ello, procedimientos concursales secundarios vinculados a los bienes y derechos ubicados en jurisdicciones distintas.

Asimismo, el reconocimiento de procedimientos concursales extranjeros está sujeto a un procedimiento judicial en el Perú, cuyo plazo de duración y predictibilidad no están garantizados. De la misma forma, todo procedimiento concursal secundario iniciado en el Perú deberá priorizar la posición e intereses de los deudores peruanos, norma que, desde nuestro punto de vista, es claramente discriminatoria.

Por otro lado, el impacto económico de una regulación ineficiente del reconocimiento de las insolvencias transfronterizas es precisamente un incremento en el costo del financiamiento para cualquier empresa extranjera con operaciones en el país. Vale decir, que dentro del análisis de riesgos realizado por las entidades financiadoras deberá incluirse la posibilidad de que los deudores sean sometidos a un procedimiento de insolvencia. En ese sentido, si el deudor tiene activos ubicados en el Perú, el riesgo de recuperación del capital por parte de la empresa financiadora se verá incrementado por las regulaciones ineficientes, los trámites

(2) Al respecto Huáscar Ezcurra (en su artículo "La quiebra declarada en el extranjero y sus efectos en territorio peruano") ha señalado lo siguiente: "En conclusión, la legislación peruana ha optado de forma clara por la Teoría de los Procedimientos Secundarios, para el reconocimiento e inicio en el Perú, de cualquier proceso concursal (liquidativo o de reorganización) declarado en el exterior. El proceso concursal secundario que se lleve a cabo en el Perú tendrá necesariamente un carácter liquidatorio a fin de proteger a los acreedores locales, concediéndoles una preferencia de cobro sobre los bienes y derechos locales, y ello con independencia de la naturaleza liquidativa o reorganizativa del concurso principal extranjero".

Agenda Pendiente en Temas Concursales en el Perú *Pending Agenda in Bankruptcy Issues in Peru*

prolongados (y poco predecibles) y las normas discriminatorias contenidas en la regulación peruana sobre insolvencias transfronterizas.

Este encarecimiento en el financiamiento será entonces un costo adicional que deberá ser asumido por cualquier empresa extranjera que desee realizar inversiones en el país. En ese escenario, la regulación vigente sobre temas de insolvencia transfronteriza se convierte en un desincentivo para la inversión, y es por ello que la modernización de nuestra legislación sobre la materia cobra mucha mayor importancia.

Sin perjuicio de que la discusión teórica sobre escenarios más eficientes para la resolución de situaciones de insolvencia transfronteriza debe continuar, y que es urgente tomar decisiones a nivel internacional para tratar de superar instituciones y teorías menos eficaces para la los fines económicos buscados, nuestro país ya podría tomar algunas decisiones para modernizar nuestra legislación sobre insolvencia transfronteriza. Nos referimos en especial a la posible adopción de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997) (en adelante, "Ley Modelo"), considerando, sin embargo, algunas particularidades propias de la legislación, así como de los usos y prácticas existentes en el Perú.

Este modelo de norma, aprobado el 30 de mayo de 1997, responde a un esfuerzo de la UNCITRAL por promover legislaciones más eficientes en el caso de insolvencias transfronterizas, fomentando la coordinación y la cooperación entre los Estados miembros. Cabe precisar que, la Ley Modelo tiene como ejes fundamentales de su aplicación la modernización del acceso y el reconocimiento de procedimientos concursales transfronterizos. En esa medida conviene detenernos un momento, y sólo para fines didácticos, en algunas de sus propuestas que, en caso de ser adoptadas por el Perú, podrían contribuir en forma importante a disminuir o mitigar el impacto económico negativo de nuestra vigente legislación en materia de insolvencia transfronteriza.

En ese orden de ideas, el primer párrafo del artículo 13 de la Ley Modelo propone el siguiente texto: "(...) los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a (indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia)".

La adopción de la Ley Modelo por el Perú podría finalmente poner fin a las disposiciones discriminatorias de nuestra legislación sobre insolvencia transfronteriza. La redacción vigente del artículo 2105 del Código Civil no solamente afecta ciertos principios y disposiciones constitucionales, sino que nos pone en una clara desventaja frente a otros países de la región, nuestros principales competidores comerciales⁽³⁾. Sin perjuicio de lo señalado, creemos que sobre la materia debería existir cierto consenso sobre la necesidad de derogar cualquier norma discriminatoria dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, el artículo 15 de la Ley Modelo contiene la siguiente propuesta:

"Artículo 15.-

1. El representante extranjero podrá solicitar ante el tribunal el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado.
2. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:
 - a) Una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto

(3) Por poner un ejemplo claro sobre nuestra posición, nuestros socios comerciales en la Alianza del Pacífico (México, Colombia y Chile) han adoptado la Ley Modelo dentro de su ordenamiento legal en los años 2000, 2006 y 2013, respectivamente.



Rafael Corzo de la Colina y Renzo Agurto Isla

el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o

b) Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o

c) En ausencia de una prueba conforme a los incisos a) y b), acompañada de cualquier otra prueba admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero (...).

La finalidad de la Ley Modelo es crear formas más eficientes de reconocimiento de procedimientos concursales iniciados en el extranjero. En ese sentido, una adecuada adaptación de esta norma contenida en el artículo 15 a nuestro ordenamiento legal, debería incluir la inaplicación del *Exequator* para insolvencias transfronterizas, ello con la finalidad de que la autoridad que conozca del reconocimiento del procedimiento de insolvencia acepte como válidos los certificados del representante expedido por un tribunal extranjero sin necesidad de tener que seguir un trámite adicional.

En esa misma línea, la adopción de la Ley Modelo debería incluir también el otorgamiento de facultades a INDECOPI para el reconocimiento de insolvencias transfronterizas, ello en la medida que, como propusimos en el párrafo precedente, no sea requerido el trámite del *Exequator* ante tribunales con facultades jurisdiccionales. En ese sentido, otorgar facultades a INDECOPI podría no sólo asegurar un menor plazo de resolución del reconocimiento de insolvencias extranjeras, sino una mayor predictibilidad para todos los agentes económicos (especialmente los extranjeros), tomando en cuenta que este organismo ya cuenta con la especialización necesaria para resolver sobre este tipo de materias.

Sin lugar a dudas, la adopción de la Ley Modelo por el Perú podría ayudar a modernizar nuestra legislación nacional en materia de insolvencias transfronterizas, y en la medida que nuestros socios de la Alianza del Pacífico (México, Colombia y Chile) ya optaron por la emisión de versiones propias de la Ley Modelo. Este tema podría y debería ser puesto en la agenda nacional pendiente, pues a pesar de que no esté necesariamente en el centro de atención del público, sí tiene, como hemos señalado, un impacto importante en la mejora de la "competitividad" del Perú dentro del mundo y, por cierto, en el crecimiento económico del país.

2. Tratamiento de las deudas subordinadas en los procedimientos concursales

El financiamiento de cualquier empresa requiere la adopción de determinados acuerdos y la estructuración de la prioridad en el pago de sus deudas. Los prestamistas realizarán indefectiblemente un análisis de riesgos que involucrará la evaluación de todo escenario posible derivado de un potencial incumplimiento de las obligaciones de los deudores, tal es el caso de la oponibilidad de sus derechos ante un eventual procedimiento concursal. En ese sentido, en tanto dicho procedimiento concursal represente un mayor o menor grado de riesgo para los acreedores, estos últimos fijarán una tasa de interés directamente proporcional al referido riesgo detectado.

Es por el motivo antes señalado, que consideramos importante que la legislación sobre procedimientos concursales tenga un espacio de libertad suficiente que permita a los agentes del mercado pactar sobre la oponibilidad de sus derechos, incluso ante un evento de insolvencia, o, de ser el caso, que la legislación sobre la materia pueda evolucionar y reconocer nuevas manifestaciones de los intereses de los agentes del mercado con la finalidad de no detener o ser un obstáculo para el crecimiento económico.

Al respecto, un claro ejemplo de cómo la legislación vigente en materia concursal se encuentra limitando la libertad individual y encareciendo de manera injustificada los costos de financiamiento para las empresas ubicadas en el país, es la ausencia de reconocimiento de las deudas y obligaciones subordinadas contractualmente.

Solamente para fines didácticos debemos comentar que, dentro de los objetivos

Agenda Pendiente en Temas Concursales en el Perú *Pending Agenda in Bankruptcy Issues in Peru*

buscados por determinados agentes superavitarios de capital, se encuentra, como es razonable, el que sus acreencias tengan prioridad en el repago frente a cualquier otra deuda asumida por el prestatario, creando así una estructura que contempla la existencia de obligaciones principales (o de pago preferente) y obligaciones subordinadas. Este tipo de esquemas de financiamiento pueden manifestarse a través de distintos instrumentos contractuales, como provisiones en los propios contratos de crédito, la suscripción de un contrato de subordinación de deuda con la intervención de los acreedores de una determinada empresa o la emisión de bonos subordinados en el mercado de valores.

Sin embargo, a pesar de que este tipo de estructuras es bastante común en el mercado (internacional; y, recientemente en el mercado local), la legislación peruana vigente en materia de insolvencia no reconoce la existencia, prioridad en el pago, subordinación de derechos o ningún aspecto relacionado con las obligaciones subordinadas contractualmente. En ese sentido, la ausencia de regulación sobre dicha materia ocasiona que la prioridad en el pago a favor de los acreedores principales no pueda ser oponible a los acreedores subordinados en un escenario de insolvencia del deudor, y ambos tipos de acreedores tendrán, sujetos a la naturaleza de sus acreencias, los mismos derechos y obligaciones en un procedimiento concursal tramitado dentro del marco de la Ley Concursal ante INDECOPI.

Como podrá inferirse de lo señalado, esta ausencia de reconocimiento de estructuras de subordinación de deuda, genera un mayor riesgo para los acreedores principales y, como consecuencia, un encarecimiento del crédito para los prestatarios, motivo por el cual, desde nuestra perspectiva resulta urgente la modernización de nuestra legislación.

Sin embargo, en este punto sería conveniente preguntarse ¿Hacia dónde debe orientarse esta modernización? Por lo tanto, y a manera de ejemplo, sería importante dar una mirada a la legislación española vigente sobre procedimientos concursales.

Al respecto, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio de 2003, mediante la cual se regulan los procedimientos concursales españoles (en adelante, "Ley Concursal Española"), ha reconocido la existencia de las obligaciones subordinadas y le ha otorgado el siguiente tratamiento:

- a) Se considerarán créditos subordinados, entre otros supuestos: (i) los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores; (ii) los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor; y, (iii) los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios.
- b) Para efectos de la constitución de la Junta de Acreedores en un procedimiento concursal, esta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso o, en su defecto, cuando concurren acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio, excluidos los acreedores subordinados.
- c) Los titulares de créditos subordinados no tendrán derecho de voto en la junta de acreedores.
- d) El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios del deudor concursado.

Como puede apreciarse, la Ley Concursal Española ha optado por dar, a los créditos subordinados contractualmente, el mismo tratamiento que otorga a los créditos con reconocimiento tardío.

Sin perjuicio de lo señalado, si bien la opción adoptada por el legislador español parece coherente con el otorgamiento de prioridad en todo tipo de derechos políticos y económicos a los acreedores ordinarios o principales, consideramos que esta no es la única opción. Por el contrario, existen también otro tipo de



Rafael Corzo de la Colina y Renzo Agurto Isla

mecanismos que el legislador peruano puede considerar al momento de realizar la modificación de la Ley Concursal para regular las deudas subordinadas. Ciertamente, el ejercicio no es totalmente ajeno a nuestra realidad nacional pues ya la Ley 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros prevé un régimen aplicable en materia de deudas subordinadas que involucran a las empresas que pertenecen al sistema financiero y de seguros.

Así, una propuesta lógica podría ser permitir que el mercado, a través de sus agentes, decida las condiciones para la participación de los acreedores subordinados en un eventual procedimiento concursal.

En el escenario antes planteado, los acreedores ordinarios o principales y los deudores podrán establecer de acuerdo a su criterio, y al momento de otorgar el crédito, la obligación, a cargo del deudor, de limitar los derechos de otros acreedores subordinados en un eventual procedimiento de insolvencia. Pero esa limitación no necesariamente tendría que implicar una limitación absoluta al ejercicio del derecho de voto de los acreedores subordinados, tal como lo regula la legislación española; por el contrario, el acreedor principal podría requerir solamente que determinadas decisiones en una eventual Junta de Acreedores estén sujetas a tal limitación.

Asimismo, un tratamiento legal como el español, que limita totalmente el ejercicio del derecho al voto de los acreedores subordinados en la Junta de Acreedores, podría encarecer innecesariamente el otorgamiento de créditos subordinados, pues una limitación absoluta del derecho al voto implica, sin lugar a dudas, un mayor riesgo frente a una limitación relativa sobre determinadas decisiones de la Junta de Acreedores.

En conclusión, desde nuestro punto de vista, resulta muy importante una modificación normativa que considere la regulación de las obligaciones subordinadas contractualmente en escenarios de insolvencia. Sin embargo, para efectos de esta modificación, creemos que la mejor y más eficiente opción es precisamente permitir que el mercado, a través de sus agentes, determine el ejercicio y las limitaciones de los derechos de los acreedores subordinados. Ello debido a que

es bastante remoto y costoso, en términos logísticos y económicos, que el legislador pueda considerar todos los supuestos que se presenten en el mercado al momento de redactar la norma; y, por otro lado, existe el riesgo, fundado, de que puedan crearse parámetros legales innecesarios que generen mayores costos para el otorgamiento de créditos, situación que podría devenir en una menor inversión privada en el país.

3. Buscando claridad sobre la determinación de los intereses en el régimen concursal

En este punto, nos referiremos a un tema que si bien no es de los más atractivos en materia concursal, sí resulta de especial interés tanto para deudores como acreedores sujetos a un procedimiento concursal y sus reglas especiales: el régimen de intereses.

Por un tema de orden, nos referiremos a dos de aquellos tipos de intereses previstos en nuestro ordenamiento legal que son los intereses compensatorios y los intereses moratorios dentro de cada uno de los procedimientos contenidos en nuestra norma concursal, esto es, dentro de un Procedimiento Concursal Ordinario (en adelante, PO), ya sea en restructuración o liquidación, así como en un Procedimiento Concursal Preventivo (en adelante, PP).

Como principio general, conviene recordar que según lo establecido en nuestra Ley Concursal, la exigibilidad de todas las obligaciones que se tuvieran pendientes de pago al inicio del procedimiento concursal (el "Inicio del Concurso")⁽⁴⁾ queda suspendida. Es más, uno de los efectos de la referida inexigibilidad de las obligaciones concursales está relacionado con el régimen de intereses. Nos explicamos.

(4) Definido por el aviso publicado en el Diario Oficial El Peruano en cumplimiento del artículo 32 de la Ley Concursal.

Agenda Pendiente en Temas Concursales en el Perú *Pending Agenda in Bankruptcy Issues in Peru*

Respecto de los intereses compensatorios, el artículo 17 numeral 1 de la Ley Concursal⁽⁵⁾ dispone claramente que el régimen de los intereses, será aquel que fuese pactado por la Junta de Acreedores, y que usualmente queda determinado en el Plan de Reestructuración (para el caso de una reestructuración patrimonial) o en el Convenio de Liquidación (para el caso de una liquidación), siendo que para el caso de los créditos concursales comerciales y bancarios, la Junta de Acreedores podrá, incluso, decidir que no se apliquen intereses compensatorios.

Entonces, desde el Inicio del Concurso hasta la aprobación del Plan de Reestructuración o del Convenio de Liquidación, los intereses compensatorios de los créditos concursales, e incluso aquellos intereses compensatorios que se fijen desde la aprobación del Plan o del Convenio, serán los que finalmente determine la Junta de Acreedores al aprobar, sea el Plan de Reestructuración o bien el Convenio de Liquidación, con la particularidad que por tratarse de casos de crisis empresariales, puede acordarse que a los créditos concursales comerciales no se les aplique ninguna tasa de interés compensatorio.

Lo antes indicado es estipulado muy claramente en el artículo 66 literal f de la Ley Concursal⁽⁶⁾ que se refiere al régimen de reestructuración, según el cual el régimen de intereses podrá formar parte del Plan de Reestructuración que apruebe la Junta de Acreedores. Esto significa que la Junta de Acreedores tiene la potestad de establecer la aplicación de un régimen de intereses o no establecerlo según las circunstancias del caso.

Ahora bien, para el caso de una liquidación concursal, el régimen de intereses, más que una potestad se convierte en una obligación, pues si recordamos lo que prevé el artículo 76 numeral 6 de la Ley Concursal⁽⁷⁾ queda claro también que un

Convenio de Liquidación deberá contener, bajo sanción de nulidad, un régimen de intereses.

En consecuencia, corresponderá a la Junta de Acreedores la decisión si es que se deben aplicar o no intereses compensatorios a los créditos concursales desde el Inicio del Concurso hasta la aprobación del Plan de Reestructuración o Convenio de Liquidación e igual para el periodo desde que se apruebe el referido Plan o Convenio en adelante.

Si la Junta de Acreedores decide que sí se aplican intereses compensatorios corresponderá también a dicho órgano aprobar cuál será la tasa de interés aplicable. Nótese que es importante diferenciar respecto del régimen de los intereses moratorios, pues como se explicará enseguida los mismos no se devengan desde el inicio del Concurso hasta la aprobación del Plan o Convenio donde se fije un nuevo régimen de intereses, y por tanto la Junta de Acreedores no podría acordar que se apliquen intereses moratorios desde dicha oportunidad (Inicio del Concurso), ya que ello configuraría una vulneración de lo dispuesto por el artículo 17 numeral 1 de la Ley Concursal, al que ya hemos hecho mención.

En efecto, para el caso de los intereses moratorios, la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones a partir del Inicio del Concurso conlleva a que, siendo una suspensión de pagos imperativa (por mandato de la Ley Concursal), y no una suspensión de pagos

- (5) "Artículo 17.1.- A Partir de la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya novación de tales obligaciones, aplicándose a estas cuando corresponda, la tasa de interés que fuese pactada en Junta de estimarlo pertinente. En ese caso, no se devengará intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses".
- (6) "Artículo 66.2.- El Plan de Reestructuración podrá detallar: (...)
f) Régimen de intereses (...)"
- (7) Artículo 76.- El Convenio de Liquidación contendrá, necesariamente, bajo sanción de nulidad: (...)
6) El régimen de intereses. A los créditos de origen tributario se les aplicará la tasa de interés compensatorio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48.



Rafael Corzo de la Colina y Renzo Agurto Isla

convencional o menos aún por decisión exclusiva del deudor, no se puede concluir que exista, en rigor, “mora” de este último. Por esta razón, desde el Inicio del Concurso, los créditos concursales no devengan intereses moratorios y tampoco procede la capitalización de intereses lo cual es expresamente reconocido por el citado artículo 17 numeral 1 de la Ley Concursal.

Ahora bien, según el artículo 17 numeral 2 de la Ley Concursal⁽⁸⁾, la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones durará en un PO hasta que: (i) la Junta de Acreedores acuerde aprobar un Plan de Reestructuración, en tanto el destino que los acreedores decidan para el deudor sea mantenerse en el mercado; o, (ii) hasta la fecha en que se apruebe el Convenio de Liquidación, en tanto el destino adoptado por los acreedores para el deudor haya sido la salida ordenada del mercado de este.

Entonces, en un PO donde se haya decidido la reestructuración del deudor concursado, será el Plan de Reestructuración en el que se establezcan las nuevas condiciones de exigibilidad de los créditos. Así, será (exclusivamente) este documento, aprobado por los propios acreedores en Junta con las mayorías que establece la Ley Concursal, en el cual queden instaurados los nuevos términos y condiciones de extinción de las obligaciones concursales, los cuales normalmente se ven reflejados en cronogramas de pagos.

Es relevante hacer notar que uno de los principales efectos de la aprobación del Plan de Reestructuración y, dentro de éste, las nuevas condiciones de exigibilidad de las obligaciones, es que las obligaciones concursales ya no se puedan considerar vencidas; por tanto, cabrán intereses moratorios únicamente si así lo decidiera la Junta de Acreedores en el Plan, en tanto y en cuanto se incumplan los nuevos términos y condiciones de pago contemplados en el Plan.

En el caso de una liquidación concursal, usualmente no existen cronogramas o fechas ciertas de pago como en un

Plan de Reestructuración, ya que los pagos están condicionados a que se vendan los bienes y derechos de propiedad del deudor concursado, y que el liquidador con el producto de dicha venta pague a los acreedores concursales en función al orden de prelación que les corresponda. Esto significa que usualmente en las liquidaciones no existen intereses moratorios.

Finalmente, nos referiremos al régimen de los intereses moratorios y compensatorios en el escenario de un PP, pues tiene ciertas peculiaridades que ameritan tratemos las mismas por separado. Tal como lo establece el artículo 108 de la Ley Concursal, el deudor, único habilitado legalmente para solicitar el inicio de un PP, tendrá la posibilidad de contemplar como parte de su solicitud de inicio del PP que éste sea un procedimiento concursal con o sin suspensión de la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a la fecha de Inicio del Concurso.

Cuando el deudor solicitare la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones, el régimen de los intereses durante un PP será exactamente igual al régimen de intereses durante un PO al cual nos hemos referido anteriormente. Así, queda claro entonces que no se devengarán intereses moratorios de las deudas pendientes de pago a la fecha de Inicio del Concurso y será en el Acuerdo Global de Refinanciación de Obligaciones (en adelante, “AGR”)⁽⁹⁾ que apruebe la Junta de Acreedores, el documento donde se regulará el nuevo régimen de intereses aplicable a los créditos concursales desde el Inicio del

-
- (8) Artículo 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 tasas de interés aplicable a cada caso, lo que será oponible a todos los acreedores comprendidos en el concurso.
- (9) Con la aprobación del AGR concluye el PP, por lo que el régimen de los intereses compensatorios y moratorios debe estar claramente previsto en el referido documento.

Agenda Pendiente en Temas Concursales en el Perú *Pending Agenda in Bankruptcy Issues in Peru*

Concurso y desde la aprobación del AGR, según lo previsto en el artículo 106 numeral 3 literal b de la Ley Concursal⁽¹⁰⁾, pudiendo incluso, para el caso de los créditos comerciales o bancarios, decidirse que no se aplique tasa de interés alguna.

Ahora bien, el artículo 110 de la Ley Concursal, establece que si el deudor incumple el pago de alguna de sus obligaciones concursales en los términos establecidos en el AGR aprobado, este quedará automáticamente resuelto y el acreedor podrá iniciar las acciones de cobro en las condiciones originalmente pactadas. Entonces, si la resolución del AGR surte efectos desde la fecha en que se produce⁽¹¹⁾, el acreedor afectado podrá de ahí en adelante aplicar el régimen de intereses compensatorio y moratorio que tenía originalmente pactados con el deudor. Mientras dicha resolución no ocurra, el régimen de intereses quedará regulado tal y cual quedó previsto por el AGR.

En el caso que el deudor que solicita el inicio del PP opte por no solicitar la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones, nos encontraríamos frente a una situación en la cual los intereses compensatorios y moratorios pactados originalmente entre el acreedor y el deudor seguirán aplicándose, incluso luego del Inicio del Concurso y dicha situación se mantendría hasta que la Junta de Acreedores apruebe el AGR y fije los nuevos términos del régimen de intereses compensatorios y moratorios, si fuere el caso.

En este escenario, en tanto no existió una suspensión de la exigibilidad de los créditos concursales, el AGR no podría regular el periodo de intereses compensatorios y moratorios durante el periodo comprendido entre el Inicio del Concurso y la fecha de aprobación del AGR, sino únicamente respecto

del periodo que se inicie con la aprobación del AGR y mientras dicho documento se encuentre vigente.

4. ¿Tiene el deudor, emplazado con un pedido de acreedor, protección suficiente para hacer frente al inicio de dicho procedimiento concursal? Análisis de la opción de pago prevista en el artículo 28 de la Ley Concursal

Según la Ley Concursal, en el caso de un concurso involuntario, es decir, a pedido de uno o más acreedores, luego que la autoridad concursal verifique la existencia de créditos invocados⁽¹²⁾, emplazará al deudor para que dentro de los diez días hábiles⁽¹³⁾ siguientes de haber sido notificado se apersona al procedimiento optando por alguna de las alternativas previstas en el numeral 28 de la Ley Concursal.

Notoria modificación la generada por el Decreto Legislativo 1189⁽¹⁴⁾, el cual ha eliminado como requisito de admisibilidad de la respuesta del deudor emplazado, la obligación de presentar gran parte de la documentación (incisos b, c, f, g, h e i del artículo 25 numeral 1 de la Ley Concursal) a la que éste estaba obligado a presentar cuando voluntariamente solicitara el

(10) Artículo 106.3.- El Acuerdo Global de Refinanciación deberá detallar cuando menos: (...)
b) la tasa de interés aplicable (...).

(11) Para determinar este específico punto en el tiempo nos hemos valido de lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1372 del Código Civil que regula los efectos de la resolución contractual.

(12) Que deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) que no hayan sido pagados dentro de los treinta días calendario siguientes a su vencimiento; y, (ii) que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias, para el año 2016 1 UIT = S/ 3950.00 (Tres mil novecientos cincuenta y 00/100 soles), entonces el monto de referencia será de S/ 197 500.00 (Ciento noventa y siete mil quinientos y 00/100 soles).

(13) Es de precisar que este plazo se redujo de veinte (20) a diez (10) días hábiles por disposición del artículo 11 del Decreto Legislativo 1189, el mismo que entró en vigencia el 20 de octubre de 2015.

(14) Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de agosto de 2015.



Rafael Corzo de la Colina y Renzo Agurto Isla

inicio de su propio concurso. Todo hacía prever entonces que la eliminación de los aludidos requisitos facilitaría la eventual reacción o defensa por parte del deudor emplazado, ya que solo le quedaría decidir entre las opciones a su disposición establecidas el artículo 28 numeral 1 de la Ley Concursal.

¿Cuáles son entonces estas opciones en manos del deudor a partir de que es emplazado? Son las siguientes: (i) pagar el íntegro de los créditos objeto de emplazamiento; (ii) ofrecer pagar el íntegro de los créditos objeto del emplazamiento; (iii) oponerse a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos objeto del emplazamiento⁽¹⁵⁾; y, (iv) allanarse a la solicitud de inicio de concurso.

Cada una de las cuatro opciones señaladas, tiene consecuencias legales “expresamente” establecidas. Así por ejemplo, el rechazo del ofrecimiento de pago formulado por el emplazado, o la declaración de infundada o improcedente de la oposición del deudor⁽¹⁶⁾; o el reconocimiento (allanamiento) del deudor emplazado, tienen como efecto que se declare, sin más, la situación de concurso del deudor y así lo recoge taxativamente el artículo 28 numeral 3 de la Ley Concursal.

Veamos si así de expresa resulta ser la consecuencia de pagar el íntegro de los créditos que son objeto de emplazamiento.

En teoría, el escenario no reviste mayor complejidad, ya que según lo establece el artículo 28 numeral 2 de la Ley Concursal⁽¹⁷⁾, si el emplazado opta por pagar el íntegro de los créditos, o ante la negativa del acreedor de recibir el pago opta por consignar el íntegro del monto emplazado, entonces la autoridad concursal expedirá una resolución denegatoria del inicio del concurso y declarará concluido el procedimiento.

Lamentablemente en la práctica ha ocurrido que la claridad de este supuesto normativo, no sea tal. En efecto, es importante compartir la interpretación que tuvo la autoridad concursal

sobre un caso en el cual luego de efectuado el pago del íntegro del monto emplazado al deudor, no denegó el inicio del concurso y tampoco declaró concluido el procedimiento.

Por temas de confidencialidad sobre este caso específico, lo plantearemos en los términos siguientes: El acreedor solicitó el concurso por 100.00 (Cien y 00/100 soles). La autoridad concursal verificó la existencia de créditos por 80.00⁽¹⁸⁾ (Ochenta y 00/100 soles) y, por este monto, se emplazó al deudor.

Resulta que el acreedor impugnó, mediante apelación, el emplazamiento luego de que este fuera notificado al deudor.

Como el plazo para absolver el emplazamiento es improrrogable, el deudor absolvió el traslado dentro del plazo legal acreditando haber pagado los 80.00 (Ochenta y 00/100 soles), vale decir, el íntegro del monto emplazado.

Lo que ocurrió posteriormente fue que se dio trámite a la impugnación del acreedor y esta impugnación fue declarada fundada en parte por la última instancia administrativa del INDECOPI, indicando que la deuda verificada ascendía a 90.00 (Noventa y 00/100 soles), y no a 80.00 (Ochenta y 00/100 soles). Ciertamente es que esta resolución fue obviamente posterior al pago que hizo el deudor y por cierto a la absolución del emplazamiento.

Posteriormente, la autoridad concursal de primera instancia, en cumplimiento de lo

(15) Pudiendo plantearse de manera subordinada el ofrecimiento de pago referido en el literal ii) anterior.

(16) Y en caso el deudor hubiese optado subordinadamente por ofrecer pagar, dicho ofrecimiento haya sido desestimado por el acreedor.

(17) “Artículo 28.-

2) Cuando el emplazado opte por la alternativa a) precedente, la Comisión expedirá una resolución denegatoria de la solicitud de inicio de concurso y declarará concluido el procedimiento, siempre que se acredite el pago o la consignación de los créditos materia del emplazamiento”

(18) Asumimos como premisa de trabajo que este monto supera las cincuenta UIT y los treinta días calendario de vencidos.

Agenda Pendiente en Temas Concursales en el Perú *Pending Agenda in Bankruptcy Issues in Peru*

ordenado por su superior jerárquico, volvió a emplazar al deudor por los 90.00 (Noventa y 00/100 soles) reconociendo que ya había pagado 80.00 (Ochenta y 00/100 soles) de tales 90.00 (Noventa y 00/100 soles).

El final de la historia fue que el deudor emplazado por segunda vez tuvo que pagar el adicional verificado por la máxima instancia administrativa del INDECOPI para evitar sea declarado el inicio de su concurso.

Varios temas que comentar ante lo descrito. En primer lugar, el emplazamiento al deudor consta en una resolución que de ninguna forma puede ser impugnada y así lo reconoce la propia Ley Concursal en su artículo 114 numeral 1⁽¹⁹⁾ en el que queda claramente establecido que sólo podrán impugnarse aquellos actos que se pronuncien en forma definitiva sobre una materia. Es más, este mismo artículo, como previendo situaciones como las generadas en el caso descrito, enfatiza que "(...) las resoluciones de mero trámite no son impugnables". Ciertamente, la lógica de esta regulación es evitar que una resolución como la de emplazamiento que es producto de una verificación que corresponde a la autoridad administrativa⁽²⁰⁾, sea objeto de cuestionamiento o impugnación, pues de serlo mantendría al deudor en permanente zozobra ya que al absolver el emplazamiento que reciba no tendría la seguridad que pagando el monto identificado lograría la conclusión del procedimiento que busca su concurso, que es lo que efectivamente pasó en el caso descrito.

¿Dónde quedó entonces la observancia del artículo 28 numeral 2 de la Ley Concursal que recoge una obligación legal de la autoridad concursal para que en el supuesto de pago del íntegro del monto emplazado se deniegue el concurso y, además, se declare concluido el procedimiento iniciado?

En todo caso, si la autoridad administrativa diera trámite al mismo, el deudor ya no tendría por qué ser parte de ese procedimiento concursal, ya que al haber pagado el monto objeto de emplazamiento, el procedimiento debió concluir, por ser este un mandato legal.

Nótese el grado de indefensión para el deudor emplazado con el concurso quien a pesar de pagar el íntegro del crédito, fue sometido a un segundo emplazamiento por el saldo de una cuantía que no cumplía con el requisito de valor mínimo para emplazamiento, pues, es evidente que el monto adicional verificado por la segunda instancia administrativa no era igual o mayor a cincuenta UIT.

Luego de esta experiencia, nada grata por cierto, queda claro que lo que se podría tener como el mecanismo de defensa más seguro del deudor notificado con un inicio de concurso en su contra, no es tal. Llama poderosamente la atención que una norma meridianamente clara pueda generar tal situación de indefensión para cualquier deudor. Pero, como no hay crítica sin propuesta constructiva, creemos que la solución al tema pasa porque la autoridad concursal maneje con mejor criterio el emplazamiento al deudor y no lo notifique sino hasta que haya quedado definido, entre ésta y el acreedor, la cuantía del monto objeto del inicio del concurso. De este modo, el acreedor tendrá la oportunidad de comprobar que los créditos invocados cumplen los requisitos que exige la Ley Concursal para solicitar el concurso de su deudor, pero además no solo quedará cumplida escrupulosamente la obligación impuesta a la autoridad concursal respecto a la verificación de la existencia de los créditos invocados en un inicio de concurso hostil, sino que quedará zanjado un verdadero mecanismo de defensa para un deudor que se encuentre "amenazado" con el inicio de su concurso.

(19) "Artículo 114.-

1) En los procedimientos derivados de la aplicación de la Ley Concursal solo podrá impugnarse aquellos actos que se pronuncian en forma definitiva. Las resoluciones de mero trámite no son impugnables".

(20) Según lo dispone el artículo 27 numeral 1 de la Ley Concursal.



Rafael Corzo de la Colina y Renzo Agurto Isla

5. Actualización de la nomenclatura utilizada en ciertas disposiciones del Código Civil

Finalmente, como parte de la agenda pendiente en materia de asuntos de insolvencia y concurso en el Perú, debemos mencionar que determinadas disposiciones que forman parte del Código Civil peruano, anteriores a la entrada en vigencia de la Ley Concursal, contienen una redacción desactualizada; es decir, que dicha norma hace referencia únicamente a la declaración de “quiebra” o a la existencia de “procedimientos de quiebra” y no, como debería ser, al inicio de un “procedimiento concursal” en forma genérica. Tal es el caso de las siguientes disposiciones normativas contenidas en este momento en el Código Civil peruano:

- i) El artículo 200 que contiene una remisión a las disposiciones en materia de “quiebra” para efectos de la ineficacia de los actos jurídicos.
- ii) El numeral 7 del artículo 515 establece lo siguiente, como impedimento para ejercer la tutoría, el ser quebrado o estar sujeto a un procedimiento de quiebra.
- iii) El numeral 3 del artículo 550 que regula la declaración de quiebra como una causal de cese del cargo de tutor.
- iv) El numeral 3 del artículo 1883, el mismo que establece lo siguiente no procede el

beneficio de excusión, en la ejecución de una fianza, en caso de quiebra del deudor.

- v) El artículo 2031 que dispone, para efectos de las inscripciones registrales de resoluciones judiciales, que éstas deberán estar ejecutoriadas, salvo lo ordenado respecto de las quiebras en la ley de la materia.
- vi) El artículo 2061 que señala expresamente que se respeta la competencia peruana para conocer de las acciones relativas al patrimonio del declarado en quiebra, respecto a los bienes situados en el Perú.
- vii) El artículo 2105 relacionado con el reconocimiento de sentencias de quiebras extranjeras.

La desactualización en la nomenclatura y terminología utilizada por nuestro Código Civil tiene como origen precisamente el momento durante el cual el referido cuerpo normativo fue redactado y entró en vigencia (en el año 1984), pues en aquella oportunidad se encontraba aún vigente la Ley Concursal Procesal de Quiebras de 1932 - Decreto Ley Concursal 7566, y precisamente esta norma regulaba la “quiebra” como un único procedimiento concursal. En consecuencia, para efectos de evitar cualquier error en la interpretación de las disposiciones de nuestro Código Civil; y, por aplicación del principio de unidad y aplicación sistemática del ordenamiento legal peruano, consideramos que sería conveniente actualizar la referida norma a la nomenclatura y disposiciones de la Ley Concursal, puesto que determinados artículos del Código Civil podrían estar orientados más bien a limitar los actos que puedan celebrar quienes estén sometidos a un procedimiento concursal y no solamente quienes cuenten con una declaración judicial de quiebra de conformidad con los artículos 99 y siguientes de la Ley Concursal.