



Luis Guillermo Puelles Olivera<sup>(\*)</sup> y  
Carlos Javier de la Puente Sandoval<sup>(\*\*)(\*\*\*)</sup>

# Reforma que deforma: Decreto Legislativo 1189 y la oportunidad de mejorar el sistema concursal<sup>(\*\*\*\*)</sup>

## *Reform that deforms: Legislative Decree 1189 and the opportunity to improve the Bankruptcy System*

LOS SISTEMAS CONCURSALES SE CONSTRUYEN A MODO DE FILTRO PARA PERMITIR LA SUPERVIVENCIA DE LAS EMPRESAS ECONÓMICAMENTE EFICIENTES Y PARA REASIGNAR ADECUADAMENTE LOS RECURSOS DE LAS INEFICIENTES. SE PRESUPONE QUE DICHS SISTEMAS DEBEN CONTAR CON PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA QUE SEAN RÁPIDOS Y DE BAJO COSTO, A FIN DE VIABILIZAR UN RETORNO RÁPIDO DE LOS DEUDORES EN CONCURSO A UNA SITUACIÓN OPERATIVA NORMAL, LO CUAL AUMENTA A SU VEZ LA CAPACIDAD Y CELERIDAD DE LA RECUPERACIÓN DEL CRÉDITO PARA LOS ACREEDORES

“Más vale estar aproximadamente correcto que exactamente equivocado”<sup>(1)</sup>.

**Resumen:** El presente artículo aborda la temática referida a la permanente preocupación respecto del debate sobre el ajuste que los sistemas concursales nacionales deben tener para adecuarse a las necesidades de los usuarios, en

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima). Master en Derecho por la Universidad de Virginia (2004). Profesor de Derecho Civil en la Universidad del Pacífico (2013 - 2015). Especialista en el Derecho Concursal, Fusiones y Adquisiciones, Finanzas Corporativas. Revista de Derecho; International Insolvency Institute (USA). Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano abogados.

(\*\*) Economista por la Universidad del Pacífico (Lima). Especialización en Geología, Minería y Metalurgia en INGEMMET (1981), Programa de Gestión Empresarial de la Universidad de Piura (PAD) (1987) y diplomado en Instituciones Jurídicas del Mercado por la UPC (2002). Consultor Senior con experiencia en negociación para la reestructuración y la liquidación de empresas y patrimonios. Miembro de INSOL INTERNATIONAL (International Association Of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals - Asociado), Instituto de Cultura Política - Director del Consejo Consultivo; Instituto Peruano de Derecho Concursal - Miembro Activo; Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal - Miembro Activo. Socio fundador en ORDEM S.A.C.

(\*\*\*) Agradezco los aportes del equipo técnico de ORDEM SAC al que me honra pertenecer.

(\*\*\*\*) Nota del Editor: El artículo fue recibido el 04 de junio de 2016 y aprobada su publicación el 30 de junio del mismo año.

(1) Jorge Wagensberg.

**Reforma que deforma: Decreto Legislativo 1189 y la oportunidad de mejorar el sistema concursal**  
***Reform that deforms: Legislative Decree 1189 and the opportunity to improve the Bankruptcy System***

este caso, empresas en dificultades, acreedores, trabajadores y otros. En el caso de Perú, se plantea el análisis de los beneficios que introdujo la reforma de agosto 2015 respecto del Sistema Concursal. Pese a esto, la reforma queda corta en cuanto a aportar propuestas o soluciones adecuadas a los problemas de fondo. Por ello, el Sistema Concursal no termina de cuajar como un sistema completo y eficiente para los agentes del mercado.

**Palabras clave:** Sistema Concursal - Reforma - INDECOPI - Agentes del Mercado - Perú - Insolvencia

**Abstract:** This article addresses the issue referred to the permanent concern over the debate about adjustment that national bankruptcy systems should have to adapt to the needs of the users, in this case, companies in difficulties, creditors, employees and others.

In the case of Peru, the author indicates the analysis of the benefits of the reform introduced in August 2015 regarding the Bankruptcy System. Despite this, the reform is minimal as to provide appropriate proposals and solutions to the underlying problems. Therefore, the bankruptcy system is not developed as a complete and efficient system for market agents.

**Keywords:** Bankruptcy System - Reform - INDECOPI - Market Agents - Peru - Insolvency

## 1. Introducción

A mediados del mes de agosto del 2015 y en el marco de diversos ajustes legislativos aplicables a varios planos de la actividad económica<sup>(2)</sup> se expidió el Decreto Legislativo 1189 (en adelante, el Decreto Legislativo) que estableció una reforma a la legislación concursal vigente a esa fecha que databa, en esencia, desde el año 2012<sup>(3)</sup>. Durante los últimos trece años de vigencia de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC), la normativa concursal tuvo diversos ajustes que apuntaron,

en términos generales, a mejorar o subsanar diversos aspectos de la ley, en orden a alcanzar una normatividad más adecuada a la necesaria regulación de la conducta de los agentes afectados por el procedimiento concursal (deudor, acreedor, administrador concursal, autoridad de Junta, etcétera). Esas modificaciones se caracterizaron por ser puntuales y por lo tanto atender los resultados de la evaluación realizada sobre conductas específicas de algunos agentes económicos, en particular los regulados.

En otras latitudes, a lo largo de la presente década, también ocurrieron ajustes en los marcos normativos concursales de diversos países, los mismos que fueron precedidos por amplios debates en el nivel gubernamental, gremial o empresarial y que colocaron en el centro de la discusión la cuestión sobre si el sistema concursal debía inclinarse a favor de las reestructuraciones antes que propiciar la liquidación de empresas<sup>(4)</sup>. De igual modo, el debate académico internacional en materia concursal comenzó a enfocarse en el fenómeno de la insolvencia transfronteriza, que si bien tenía ya muchos años sobre la mesa, tiene cada vez mayor relieve e impacto en un mundo de mercados globales y economías entrelazadas.

En cuanto al tema que nos ocupa, los países que gestionaron modificaciones legislativas han tenido en cuenta la prevención como herramienta útil ante la crisis, de tal forma que sus reformas han buscado facilitar la reestructuración y el reemprendimiento en los sectores económicos en crisis, reduciendo plazos y trámites y haciendo más sencilla la identificación temprana de la crisis.

(2) Al amparo de las facultades legislativas delegadas al poder ejecutivo mediante la Ley 30335.

(3) Ley 27809 - Ley General del Sistema Concursal (LGSC). Posteriormente, se dictaron la Ley 28618, la Ley 28709 y el Decreto Legislativo 1050.

(4) Caso de países iberoamericanos como Colombia, Chile y España y los debates que se celebran en U.S.A., entre otros.



Luis Guillermo Puelles Olivera y  
Carlos Javier de la Puente Sandoval

La práctica legislativa de otras colectividades recoge la permanente preocupación respecto del debate sobre el ajuste que los sistemas concursales nacionales deben tener para adecuarse a las necesidades de los usuarios, en este caso, empresas en dificultades, acreedores, trabajadores y otros. Se percibe asimismo el interés de contar con una cercana relación con el seguimiento del comportamiento de los ciclos económicos, los que pueden provocar que una mayor cantidad de unidades empresariales, sobre todo las de tamaño pequeño y medio<sup>(5)</sup>, sufran dificultades de índole económico o financiero y sean candidatas a utilizar el sistema concursal como una herramienta de permanencia repotenciada o salida pronta del mercado. Se nota por último inquietudes acerca de la eficiencia de los sistemas concursales y la necesidad de desvelar alternativas de respuesta frente a los retos de los procesos en curso.

Es en ese contexto que, en forma paralela a la profundización de la globalización internacional, algunos Estados han venido adecuando la ley concursal de sus respectivos países, incorporando disposiciones sobre la insolvencia transfronteriza (*cross-border insolvency*), para estar en condiciones de regular los eventos de la insolvencia en unidades empresariales ubicadas fuera de los límites geográficos del país que legisla<sup>(6)</sup>.

## 2. Los Sistemas Concuriales

Existen diversas maneras de definir lo que es un sistema de insolvencia en una economía capitalista. Según Zukin, ha señalado que:

“La función principal de un sistema de insolvencia en una economía capitalista moderna debe ser la de estimular reorganizaciones que maximicen el valor, basadas en la premisa de que todos los grupos de interés – acreedores, accionistas y empleados – desean maximizar la recuperación económica de sus inversiones y, de esta misma perspectiva, desean participar en la reorganización de manera colectiva (...)”<sup>(7)</sup>.

Por su parte, Johnson<sup>(8)</sup> afirma que:

“Los estándares de infraestructura de mercado (contabilidad y auditoría contable, gobernabilidad corporativa y “sistemas de insolvencia y derechos de acreedores”) constituyen los sistemas de base del comercio y cumplen la función fundamental de fomentar y sustentar la confianza en las relaciones comerciales (...)”<sup>(9)</sup>.

En tal sentido, podría concluirse que los sistemas concursales se construyen a modo de filtro para permitir la supervivencia de las empresas económicamente eficientes y para reasignar adecuadamente los recursos de las ineficientes. Se presupone que

- (5) En un artículo aparecido en Enero del 2015 en The New York Times, la profesora de la Universidad de Maryland, Dra. Michelle M. Harner aboga por la existencia en los Estados Unidos de América de un sistema concursal que de manera efectiva y eficiente sea capaz de rehabilitar a las compañías de pequeño y mediano tamaño de las dificultades económicas que enfrentan. La argumentación de la Doctora Harner se sustenta en el planteamiento que, cuando una pequeña o mediana empresa fracasa, las familias y los fundadores de las mismas pierden a menudo un negocio respecto del cual han dedicado la mayor parte de su vida y pierden además la mayoría de sus ahorros, haciendo que otros pierdan también: empleados, proveedores, comunidad y prestamistas.
- (6) A la luz de las disposiciones de las Naciones Unidas, legislando al menos sobre la aplicación de los principios de acceso (representante extranjero), de reconocimiento (como procedimiento principal o como procedimiento no principal), de medidas otorgables (Medidas Cautelares), y de cooperación y coordinación. Asimismo, cabría determinar el proceso de reconocimiento de un procedimiento extranjero.
- (7) James Zukin, “¿Hacia una mayor asimilación de los sistemas de Reestructuración al sistema del Capítulo 11 en Estados Unidos?,” en *Reestructuración Corporativa*, editado por Michael Pomerleano y Richard Show, capítulo 5 (Mayol Ediciones, 2006), 125-36.
- (8) Gordon Johnson, “Desarrollo de un marco eficaz para la insolvencia y los derechos de los acreedores,” en *Reestructuración Corporativa*, editado por Michael Pomerleano y Richard Show, capítulo 15 (Mayol Ediciones, 2006), 289-354.
- (9) Énfasis nuestro.

**Reforma que deforma: Decreto Legislativo 1189 y la oportunidad de mejorar el sistema concursal**  
***Reform that deforms: Legislative Decree 1189 and the opportunity to improve the Bankruptcy System***

dichos sistemas deben contar con procedimientos de insolvencia que sean rápidos y de bajo costo, a fin de viabilizar un retorno rápido de los deudores en concurso a una situación operativa normal, lo cual aumenta a su vez la capacidad y celeridad de la recuperación del crédito para los acreedores<sup>(10)</sup>. Es así que mediante la mejora de las expectativas de los acreedores y de los deudores sobre el resultado de los procesos de insolvencia<sup>(11)</sup>, “los sistemas concursales que funcionan bien pueden facilitar el acceso a la financiación, salvar a las empresas más viables y con ello mejorar el crecimiento y la sostenibilidad de la economía en general”<sup>(12)</sup>.

Esto pone de relieve la ya antigua disyuntiva de los sistemas concursales, entre privilegiar la protección del crédito o privilegiar la conservación o permanencia de la empresa en el mercado, finalidades ambas incompatibles en muchos casos.

El funcionamiento de los sistemas de insolvencia es crucial para que las expectativas de los agentes económicos usuarios de los mismos se traduzcan en la utilización de dichos sistemas como herramientas de solución a la crisis empresarial. Y el funcionamiento de los sistemas depende de mayor o menor medida del marco legislativo aplicable, de la conducta de los actores de los procesos, incluidos los deudores, administradores y los propios acreedores ejerciendo o no roles de coordinación como autoridades de la Junta<sup>(13)</sup>.

### **3. Panorama del Sistema Concursal Peruano**

Al intentar una caracterización del sistema concursal peruano nos encontramos que a la fecha de aprobación de la reforma de agosto de 2015, el mismo destacaba principalmente por el hecho que era poco empleado por los agentes económicos como una herramienta de gestión y de solución al problema de la crisis empresarial. Las explicaciones a esta situación son diversas y pueden estar vivamente conectadas con la situación macroeconómica de los países. En este artículo abordaremos la problemática bajo análisis y comentario desde la perspectiva del impacto del marco legal y su relación con el origen de su poca utilización incidiendo en las diversas razones y motivaciones que lo explicarían<sup>(14)</sup>.

Lo primero que se aprecia, a manera de caracterización de los procesos concursales, de manera previa a la dación del Decreto Legislativo 1189, es la existencia de ciertos elementos de identificación que podemos resumir en:

(10) Banco Mundial, Doing Business 2014.

(11) Los indicadores más utilizados para medir la eficiencia de los sistemas concursales, en consonancia con la perspectiva del Banco Mundial son: (i) tiempo de recuperación de las acreencias medido en los años de tramitación del procedimiento; (ii) el monto que recuperan los acreedores, expresado en %; y, (iii) el costo de dicha recuperación de acreencias (porcentaje del costo respecto del valor de los bienes de la empresa en proceso concursal). Citado por INDECOPI en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1189 de “Los procesos concursales en el 2013: Análisis por tipo de empresa, país y detalle por Comunidad Autónoma”. Documento 10/2013. EAE Business School (2013).

(12) Banco Mundial, Doing Business 2014.

(13) “En las empresas cuyos propietarios no son a la vez los gestores de la misma surge el problema denominado “de agencia”, ya que los objetivos de gestores y accionistas pueden no coincidir. En general, los accionistas o dueños de una empresa desean maximizar el valor de sus acciones. En cambio, los retos de los gestores son varios, y maximizar el valor de la empresa es solo uno de ellos, pudiéndoles resultar igual de importante el poder y crecimiento que alcance la empresa o incluso su propia persona”. Néboa Zozaya González, “Las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento empresarial,” Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España (Madrid: 2007), 33.

(14) En particular, nos abocaremos a la tarea de evaluar si es que el marco normativo resultante del DL 1189 coadyuva al propósito de lograr, en lo que es su competencia, una mejora en el funcionamiento del Sistema Concursal y si facilita su uso como herramienta de solución a la crisis empresarial.



Luis Guillermo Puelles Olivera y  
Carlos Javier de la Puente Sandoval

- Se trata de un procedimiento único para diferentes sujetos concursables.
- Se trata de un procedimiento judicializado<sup>(15)</sup>, no obstante que el sistema concursal peruano es administrativo y no judicial.
- Se trata de un procedimiento que, en la práctica, se concentró principalmente en la insolvencia de patrimonios personales<sup>(16)</sup>.
- Se trata de un procedimiento que concluye básicamente en la liquidación del deudor concursado<sup>(17)</sup>.
- Se trata de un procedimiento que proviene principalmente de gestiones iniciadas ante la autoridad judicial<sup>(18)</sup>.
- Se trata de un procedimiento costo-prohibitivo e inefectivo para muchas compañías, particularmente las del ámbito de la pequeña y mediana empresa.
- El arribo a la estación de la quiebra judicial no da término a los procesos legales que tuvieron su inicio de forma previa, paralela y posterior al inicio del concurso, generando grandes desincentivos para los administradores concursales pues la declaración de quiebra en sí misma no significa la extinción de la empresa ni la pérdida de la

representación contraída a la hora de la designación del gestor concursal por parte de los acreedores de la fallida<sup>(19)</sup>.

- La proliferación de sanciones a las entidades registradas para administrar procesos de reestructuración y liquidación, basadas en el incumplimiento de los preceptos de buena conducta y de buen comportamiento en particular de los liquidadores<sup>(20)</sup>.
- Se constata vía una evidencia anecdótica la existencia y el empleo de otros mecanismos de recupero de los créditos por parte de los acreedores recurrentes<sup>(21)</sup>. En ese sentido, el procedimiento concursal parecía menos competitivo para este tipo de acreedor frente a las otras alternativas que ofrece el mercado.

Dentro de las posibles razones explicativas a la situación antes descrita se encuentran a nuestro juicio las siguientes:

- a) Los supuestos para la declaración de la insolvencia en procesos voluntarios se

(15) Entre Octubre 2014 y Septiembre del 2015, según cifras oficiales de INDECOPI el 92.96% de los expedientes procedían de procesos en el Poder Judicial (Código Civil Procesal artículo 692-A).

(16) Más de 90% de los expedientes correspondían al concurso de personas naturales

(17) No menos del 90% de los casos.

(18) Los procesos impulsados por deudores y acreedores fuera del ámbito judicial son poco numerosos, dejando la sensación que el concurso en el Perú se ha convertido en un conjunto de procedimientos de naturaleza judicial/administrativa. Entre octubre 2014 y septiembre 2015 solo se iniciaron veintisiete (27) procesos concursales, de los cuales los impulsados por acreedores fuera del sistema judicial fueron doce y los iniciados por los propios deudores fueron quince. Los mismos conceptos para el periodo Abril 2015/Marzo 2016 fueron, según información oficial de INDECOPI, de doce (12) y diecisiete (17), es decir solo dos procedimientos más que en el periodo anteriormente contabilizado.

(19) Según las más recientes cifras oficiales de INDECOPI, del total de procesos ordinarios que concluyeron en el año 2011, las iniciadas a pedido del deudor tardaron en promedio 7.2 años hasta su conclusión administrativa más no societaria ni tributaria y por ende judicial; las iniciadas a pedido del acreedor el plazo fue de 8.4 años; por último, cuando el concurso se inició procedente del poder judicial, el plazo promedio alcanzó los 2.9 años. Estas cifras corresponden a la Comisión de Procedimientos Concursales de la Sede Central del INDECOPI.

(20) Según INDECOPI, de 20 sanciones acordadas en el año 2011 por 220 UIT, la cifra se elevó a 31 sanciones por un total de 189 UIT en el año 2014.

(21) Bancos vía Juzgados Comerciales y la autoridad tributaria online.

**Reforma que deforma: Decreto Legislativo 1189 y la oportunidad de mejorar el sistema concursal**  
***Reform that deforms: Legislative Decree 1189 and the opportunity to improve the Bankruptcy System***

basan en la pretendida predictibilidad y eventual rapidez de un procedimiento administrativo, alejado de la racionalidad del sistema judicial peruano; sin embargo, en la práctica, el procedimiento concursal local tiene alta carga jurisdiccional por la judicialización del procedimiento que se percibe habitualmente<sup>(22)</sup>, habiéndose convertido en la realidad en un proceso administrativo con altísima carga judicial pero sin lograr que dicha asociación (administración/jurisdicción) imprevista para los legisladores a mediados de los años 90 exhiba lo mejor de sus componentes individuales, haciendo echar de menos otras opciones legislativas que acompañan al acontecer concursal de otros países<sup>(22)</sup>.

- b) La situación de concurso de un deudor cuando acude de manera voluntaria al procedimiento se determina por razones contables, cuando usualmente las dificultades financieras preceden a los registros contables, por lo que la situación de insolvencia técnica ya es difícilmente reversible por la vía de una reestructuración al momento que se declara el concurso del deudor. Sabal, al reflexionar acerca de las reestructuraciones financieras en mercados emergentes, sostiene que:

“(…) detectar y aceptar la inminencia de una crisis financiera mucho antes de que estalle puede marcar la diferencia entre el éxito y el fracaso. Disponer del tiempo suficiente permite preparar un plan bien diseñado y realizar los pasos adecuados para asegurar el máximo consenso entre las partes afectadas. Asimismo, visualizar la crisis de forma anticipada puede hacer innecesario reclamar nueva financiación y así esquivar unos de los

principales obstáculos para cualquier proceso de reestructuración”<sup>(23)</sup>.

Adicionalmente, Sabal sostiene que:

“(…) Es habitual que la dirección espere excesivo tiempo antes de reconocer la inminencia de la crisis financiera. Además, generalmente no se reconoce que hay crisis hasta que los pagos a los proveedores y a los acreedores se atrasan por falta de liquidez. Gran parte de ello sucede también a los acreedores financieros, que tienden a desatender las señales de aviso procedentes de sus oficinas de control del riesgo. Es como si, por alguna u otra razón, los directivos y los acreedores financieros desearan aplazar la admisión de la crisis, con la esperanza de que, de alguna manera, las cosas mejoren con el paso del tiempo (...)”<sup>(24)</sup>.

- c) Predominio de una perspectiva sancionadora desde la óptica del regulador, ante falta de impulso procesal por parte de administradores, acreedores y/o autoridades de Junta de Acreedores<sup>(25)</sup>.
- d) Excesiva demora en los trámites sobre todo en la etapa de declaración de concurso y difusión del procedimiento<sup>(26)</sup>.

(22) Ya sea en la etapa de postulación del concurso, la de verificación y reconocimiento de créditos, etcétera.

(22) En los que predomina de manera casi excluyente la óptica judicial de los procedimientos.

(23) Jaime Sabal, “Reflexiones sobre las reestructuraciones financieras en los mercados emergentes,” *Academia, Revista Latinoamericana de Administración* 36 (2006): 61-62.

(24) Jaime Sabal, “Reflexiones sobre las reestructuraciones financieras en los mercados emergentes,” 55.

(25) Por ejemplo, las liquidaciones de oficio.

(26) Según INDECOPI, en función de la información que se dispone del año 2011 respecto de la duración de los procedimientos concursales ordinarios concluidos, los plazos para la declaración de concurso eran en promedio de 75 días cuando lo solicitaba el deudor, ciento 182 días cuando lo gestionaba el acreedor y de 27 días cuando se gestionaba por la vía del Poder Judicial. En la etapa de la difusión del procedimiento, los plazos fueron de 71 días, 114 días y 68 días, respectivamente. En total, la suma del plazo de la etapa de declaración de concurso y la etapa de difusión del procedimiento llegó a ser de 146 días, 296 días y de 95 días para los casos de procesos impulsados por el deudor, el acreedor y el acreedor relacionado con procesos procedentes del Poder Judicial, respectivamente.



Luis Guillermo Puelles Olivera y  
Carlos Javier de la Puente Sandoval

- e) Mejoría relativa en la predictibilidad de las resoluciones que adopta la autoridad competente, que no es aún satisfactoria, generando dosis no previstas de incertidumbre y afectando las expectativas acerca del buen funcionamiento del sistema<sup>(27)</sup>.
- f) Bajas barreras de ingreso al registro de entidades administradoras y liquidadoras, es decir que los obstáculos o dificultades que una empresa de ese giro tiene que salvar o costes que tiene que soportar para entrar a formar parte de un nuevo sector productivo eran bajos<sup>(28)</sup>.
- g) Perforaciones al Sistema Concursal por parte de agentes económicos inescrupulosos vía empleo del sistema para fines no previstos por el Legislador<sup>(29)</sup>.

#### **4. La reforma de agosto de 2015: del propósito expreso del legislador a la mejora del sistema**

Una guía esencial para la interpretación jurídica de las normas y, en este caso, para los fines del presente artículo es la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1189<sup>(30)</sup> que sustenta la reforma aprobada en agosto del 2015.

Según el legislador, los beneficios que introduciría la reforma de agosto 2015 respecto del Sistema Concursal persiguen “(...) la finalidad de generar mayor celeridad en la actuación de las partes en los procedimientos y desincentivar la infracción a la norma, principalmente de parte de las entidades registradas ante INDECOPI para operar

como administradoras y liquidadoras en los procedimientos concursales (...)”<sup>(31)</sup>. Dichos beneficios se mencionan a continuación:

- “Reducción de los plazos previstos en la etapa de inicio de los procedimientos concursales, a fin que, der ser el caso, los deudores se puedan acoger a los beneficios de dichos procedimientos de manera célere.
- Mejora en la publicidad de los procedimientos concursales, generada no solo en la publicación de dichos procedimientos, sino en la obligación de inscribirlos en las partidas registrales pertinentes del deudor.
- Eliminación de la liquidación irreversible, respetando el derecho de los acreedores de decidir el destino del deudor, en tanto ellos son los principales perjudicados con la crisis patrimonial.
- *La mejora en los requisitos para acceder al registro de entidades administradoras y liquidadoras, no solo definiendo de mejor manera dichos requisitos, sino además diferenciándolos, es decir distinguiendo los requisitos de una administradora de los requisitos de un liquidador*<sup>(32)</sup>.

(27) Al primer trimestre del 2015, el 74% de las Resoluciones de primera instancia administrativas eran confirmadas en segunda instancia; en años anteriores el ratio en referencia se acercaba al 50%.

(28) Incidencia en requisitos formales y no en temas como experiencia, solvencia, estructura y performance e inexistencia de obligación de mantener una cartera vida de procesos a su cargo.

(29) Por ejemplo, Asociaciones Ilícitas para delinquir. Véase : Congreso de la República del Perú - Comisión Investigadora sobre el proceso de transferencia de terrenos de propiedad del Estado, con el fin de determinar, entre otros, la regularidad del proceso de transferencia del Hospital “Hermilio Valdizán” y de inmuebles de la Fundación por los Niños del Perú: se investigue los nexos del empresario Rodolfo Orellana Rengifo con altos funcionarios del Estado, con cuya presunta apropiación de bienes estatales, públicos o privados; así como los casos de presuntas apropiaciones ilícitas que habría realizado u obtenido , valiéndose de contactos, redes o nexos con funcionarios públicos del Estado; y de actividades relacionadas con el crimen organizado. Ref.: Moción de orden del día 3324 - Período Anual de Sesiones 2014-2015. Acta quincuagésima sexta sesión ordinaria celebrada el lunes 16 de marzo del 2015.

(30) Véase Oficio No. 124-2015-PR de fecha 24 de agosto del 2015, dirigido a la Presidencia del Congreso de la República.

(31) Véase página 45 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1189.

(32) Véase páginas 45 y 46 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1189.

## Reforma que deforma: Decreto Legislativo 1189 y la oportunidad de mejorar el sistema concursal

### *Reform that deforms: Legislative Decree 1189 and the opportunity to improve the Bankruptcy System*

Como se puede apreciar de lo antes expuesto las preocupaciones principales del Instituto<sup>(33)</sup> tienen que ver con la mejora en la publicidad de los procesos, en la eliminación de las conductas excesivamente sancionadoras de la propia autoridad concursal (liquidación de oficio, por ejemplo), la reducción en los plazos previstos para la difusión del procedimiento<sup>(34)</sup> y el replanteamiento de su relación con los administradores concursales.

## 5. Balance de los alcances de la reforma (Decreto Legislativo 1189)

En términos centrales, consideramos que la principal característica de esta reforma es su perspectiva hacia el énfasis en lo procedimental<sup>(35)</sup> pues salvo en el caso de la nueva regulación del funcionamiento de los gestores concursales en donde se percibe un cambio relevante, en los demás elementos de la reforma se percibe una perspectiva en la que predomina la adopción de medidas de carácter procedimental que complementen o suplementen el anterior cuerpo legal vigente<sup>(36)</sup>. Esa preocupación se hace patente al analizar en detalle el cuerpo de la norma, como se apreciará más adelante. Sin embargo, quedarse solo en esta característica del proceso de cambio de la normativa podría resultar incompleto, por lo que a la par de deber de referirnos a aspectos de la reforma que no encajan desde una perspectiva más proactiva para los procesos concursales, debemos también destacar las mejoras, aunque solo se muevan en el ámbito formal. Dentro de los activos de la reforma o puntos positivos de la misma es menester destacar los siguientes:

- a) Leve reducción de los plazos del procedimiento (allanamiento, recursos), aunque el peso de la reducción recae principalmente sobre INDECOPI y no tanto sobre los administrados<sup>(37)</sup>.
- b) Mayor claridad en cuanto a delimitar el marco y a reforzar formalmente el marco de protección legal del patrimonio.

En la norma vigente anterior (artículo 18.4 de la LGSC) existía cierta vaguedad que generaba, a su vez, incertidumbre respecto de cuál debía ser el camino a seguir para hacerse cobro de un crédito, estando sometido el deudor a concurso. El principio general parecía ser que las acciones judiciales de cobranza o las de determinación de obligaciones podían seguir su curso en paralelo al procedimiento concursal, pero debían detenerse en la etapa de ejecución, pues la ejecución individual no procede en sede concursal y se debe pasar al escenario de ejecución colectiva. Así las cosas, el acreedor podía seguir su acción judicial hasta obtener la sentencia final declarando su crédito, pero llegado a ese punto tendría que solicitar el reconocimiento de dicho crédito al INDECOPI para ser incorporado en el proceso (si no lo hubiese hecho antes, registrándose como acreedor contingente).

Esto, sin embargo, dejaba ciertas dudas, pues en teoría permitía al acreedor optar por la vía concursal, es decir, habiendo tomado conocimiento del concurso de su deudor, acudir al INDECOPI para que éste emita su resolución de reconocimiento de créditos en atención a la documentación que considere pertinente presentar como medios probatorios, o bien acudir a la vía judicial por medio de una demanda, o bien por medio de los dos. Estos distintos escenarios pudieron haberse percibido, en numerosos casos, como una pretensión de doble pago, a modo de procurar simultáneamente y por dos vías distintas

(33) INDECOPI.

(34) Que tarda no menos de ciento cincuenta (150) días, en el caso de concursos voluntarios.

(35) Precisiones de la regulación en temas puntuales.

(36) La protección de la legalidad puede confundirse con el divorcio con la realidad.

(37) Plazo para no objetar planes y convenios sigue siendo el mismo, por ejemplo. Véase el artículo 118 de la LGSC.



Luis Guillermo Puelles Olivera y  
Carlos Javier de la Puente Sandoval

(la judicial y la administrativa) hacerse pago de una misma obligación. Esta situación resultaba inconveniente para el deudor toda vez que por un lado el INDECOPI podía reconocer los créditos, y que a la vez, estos mismos créditos podrían haber sido materia de ejecución en un proceso judicial<sup>(38)</sup>. Mediante la dación de la presente modificación se busca que, una vez iniciado el concurso, ya no se pueda acudir al Poder Judicial para iniciar procesos de *puro pago* (es decir, pretensiones puramente de cobro), dejando entonces al acreedor la única vía disponible que es la insinuación al concurso para la verificación de sus créditos.

Cabe en este punto hacer una esencial distinción entre este tipo de acciones judiciales de pura cobranza (tal sería el caso, por ejemplo de una acción de cobro de suma de dinero representada en un título valor), y las acciones judiciales donde la pretensión no es de puro cobro, sino que requieren la determinación jurisdiccional sobre el fondo con respecto al crédito que se invoca (tal sería el caso, por ejemplo, de una pretensión dineraria exigida a modo de indemnización por responsabilidad civil extracontractual). En estos últimos casos, se requiere la determinación jurisdiccional previa para saber si existe o no el crédito y por eso la norma sí permite que estos casos sigan su curso en el Poder Judicial hasta su resolución definitiva<sup>(39)</sup>.

El problema de la nueva formulación del artículo 18.4 de la LGSC es que establece que en el caso de procesos con pretensiones de *puro pago* que hayan sido iniciados antes de la difusión del concurso, "(...) la autoridad a cargo de los mismos suspenderá su tramitación en la etapa en la que se encuentren, bajo responsabilidad". Esto, que parece consecuente con lo expuesto líneas arriba, puede causar más de un problema, ya que pueden existir procesos judiciales de *puro pago* donde, sin embargo, hay cuestiones de fondo que deben ser dilucidadas por la autoridad jurisdiccional. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una acción cambiaria sustentada en título valor

donde el deudor/demandado se defiende alegando la nulidad por falsificación de firmas, o por llenado del título incompleto sin respetar los acuerdos de llenado suscritos por las partes. En esos casos, es evidente que más allá del puro cobro se va a dilucidar como asunto de fondo la validez, eficacia o alcance del crédito y de los títulos que lo sustentan. Como la LGSC dispone ahora que ese proceso "se suspende bajo responsabilidad en la etapa en que se encuentren", entonces la pregunta inmediata es: ¿Y cómo se dilucidarán esas materias, oposiciones o cuestiones de fondo surgidas en esos procedimientos de *puro pago*? ¿Será INDECOPI el que asuma la competencia para resolver esas materias en sede concursal? ¿No sería eso un indebido abocamiento de la autoridad administrativa en una causa conocida ya por una autoridad judicial, en abierta contravención del artículo 138, inciso 2 de la Constitución Política del Perú? ¿Es, en consecuencia, inconstitucional la modificación del artículo 18.4 que es materia de análisis?

Se plantea aquí un asunto que no es de fácil solución y donde no es posible predecir con exactitud cuál será la reacción y respuesta de los jueces y de la propia autoridad concursal antes la norma y sus perspectivas de aplicación. En esa línea, si bien la norma es positiva en esencia, consideramos que es discutible en cuanto a su aplicación en el extremo de la suspensión obligatoria del proceso judicial de puro cobro.

(38) Por ejemplo, vía una medida cautelar, especialmente las de retención, tan frecuentes y lesivas respecto del deudor. Estas medidas si bien no generaban un menoscabo directo en el patrimonio del deudor, le impedían al propio deudor, por ejemplo, seguir ejerciendo de manera regular sus labores como empresario al vérselo virtualmente imposibilitado de cumplir con sus obligaciones laborales corrientes o incluso concursales por eventual falta de liquidez.

(39) Artículo 18.7 de la LGSC.

**Reforma que deforma: Decreto Legislativo 1189 y la oportunidad de mejorar el sistema concursal**  
**Reform that deforms: Legislative Decree 1189 and the opportunity to improve the Bankruptcy System**

- c) Mayor razonabilidad en otorgamiento de plazos para inscripciones.

En el artículo 21.1 de la LGSC modificada se extiende de tres a diez días el plazo para solicitar la inscripción registral de los actos de inicio de concurso. Dicha disposición es beneficiosa al proponerse un incremento del plazo anterior que era demasiado estrecho y no se correspondía con la realidad<sup>(40)</sup>.

- d) Los acreedores garantizados podrán impulsar el concurso, a diferencia de antes que esa gestión solo era posible cuando el acreedor hubiera agotado las gestiones de cobranza<sup>(41)</sup>.

Esto sin dudas es una modificación positiva ya que la norma anterior impedía al acreedor garantizado con bienes del deudor o de terceros, iniciar una solicitud de concurso contra éste, hasta no agotar previamente las acciones de cobro de la garantía. Esta norma carecía de fundamento y su aplicación misma era cuestionable: por ejemplo, ¿los acreedores infra-garantizados (valor de la garantía inferior al crédito) podían solicitar el concurso del deudor? La lectura literal de la norma parecía responder negativamente, aun cuando era evidente que el acreedor en ese escenario no podría recuperar su crédito con la sola garantía aun recuperándola al cien por ciento. Si ello era así ¿por qué el acreedor infragarantizado no podría iniciar un proceso concursal contra el deudor?

Y aun si se tratase de un acreedor plenamente garantizado, qué sentido tenía negarle el acceso al sistema concursal y forzarlo a iniciar acciones de ejecución de garantías para que, tras litigar largo tiempo y llegado el momento final de ejecución y remate, sea el propio deudor el que se someta al concurso y suspenda todo (o alguno de sus otros acreedores lo lleve a concurso, con igual resultado). Lo que está claro es que no existía razón suficiente para denegar el acceso al sistema concursal a los acreedores garantizados y eso ha sido corregido por la reforma.

(40) El plazo de tres días era, a fin de cuentas, muy difícil de cumplir para una entidad que está en una situación grave de crisis financiera o económica.

(41) En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1189 no se alcanzan los criterios que sustenten la derogatoria del numeral 26.2 de la LGSC, salvo la mención que dicha derogación concuerda con el objetivo de la Ley en el sentido que ahora se permitirá a los acreedores garantizados o no, pueden recuperar su crédito a través de un procedimiento concursal.

## **6. De los temas centrales de nuestro sistema concursal**

El procedimiento concursal peruano no distingue tamaños de empresas ni naturaleza del deudor, es decir si se trata de una persona natural o persona jurídica (en la medida, eso sí, que si se trata de personas naturales estemos frente a *empresarios*, donde el pasivo surja esencialmente de la actividad empresarial), pues a todos se les aplica el mismo procedimiento, predominando los procesos de concursos de patrimonios personales, que representan más del 90% de los procedimientos iniciados.

En segundo lugar, el sistema de incentivos que propone nuestro sistema no estimula la mejora en indicadores claves de la eficiencia de cualquier sistema concursal como es el caso de los plazos promedio de los procesos, el costo respecto de los activos y la recuperación respecto del total de la deuda. Por un lado, los plazos de recupero se amplían, el recupero efectivo es menor y el rescate y/o liquidación de activos se complejiza por la nutrida presencia de pretensiones y procesos judiciales dentro del concurso. Cabe a este respecto recordar que, más del 90% de los procesos se origina en el Poder Judicial (Código Civil artículo 692, 703), aunque es saludable que estas normas ya no apliquen más para generar carga concursal futura.

En tercer lugar, las decisiones que adoptan los acreedores del patrimonio concursado sea de persona natural o de jurídica se alcanzan luego de varios meses de haberse iniciado el concurso, lo que reduce drásticamente la



Luis Guillermo Puelles Olivera y  
Carlos Javier de la Puente Sandoval

opción de reestructuración del deudor, incrementa los costos del proceso para deudores y acreedores y, de decidirse por la liquidación, la misma se concretiza más allá de lo que en principio podría haber ocurrido si es que los procesos se desarrollaran con mayor celeridad. De hecho, más del 95% de los procesos concursales concluyen en liquidaciones.

Por ello, sería realmente importante que cualquier proyecto de futura reforma del sistema concursal peruano no se limite a abarcar reformas de carácter procedimental-legal y pase por evaluar los tres asuntos que acabamos de comentar en este documento, a saber: procesos adecuados a los tamaños de los patrimonios en concurso, incluyendo procesos simplificados, establecimiento de un claro sistema de incentivos para mejorar la eficiencia del sistema: plazos, costo de recupero, cobertura de deuda concursal y la consideración de diferentes ventanillas en función del tipo de proceso a desarrollar, se éste de reestructuración o de liquidación.

## 7. Hacia la construcción de una agenda de temas pendientes

Abordamos a continuación y en resumen aquellos aspectos principales contenidos o referidos a la reforma del DL 1189 que a nuestro juicio han quedado sin atención o que han sido mal atendidos y que pueden tener impacto, en mayor o menor medida, para el éxito del procedimiento concursal<sup>(42)</sup>. Nos estamos refiriendo a:

- a) La modificación prevista en el artículo 97.5 de la LGSC podría ser inconstitucional.

El artículo 97.5 de la ley modificada podría ser considerado inconstitucional y discorde a la realidad, además de eventualmente nocivo al Sistema Concursal. Resulta ilegítima la exigencia dirigida a los liquidadores designados por la Comisión de no poder renunciar a su cargo bajo apercibimiento de multa. El ser liquidador es un cargo, que una persona puede asumir, del mismo modo que puede renunciar, siendo éste un derecho que atañe a la libertad misma de contratación y la libertad individual, que tiene precisamente contenido constitucional.

Definitivamente, al ser el rol de liquidador un cargo que implica la responsabilidad de disponer el patrimonio ajeno con un alto deber fiduciario a los acreedores que tiene derecho a cobrar con cargo a dicho patrimonio, es evidente y entendible que corresponde tener cierto margen de fiscalización y control de los liquidadores, y para ello están las disposiciones de la LGSC y la competencia de los órganos fiscalizadores y demás estipulados en la Ley de Organización y Funciones del INDECOP y sus normas reglamentarias y complementarias.

Del mismo modo, es lógico exigir a los liquidadores determinadas prestaciones para la renuncia, a fin de generar convicción que actuó con transparencia y siempre dentro del marco normativo legal. Lo que no resulta lógico ni constitucional es prohibírsele el renunciar a dicho cargo bajo apercibimiento de multa. La norma es clara, y así como clara, es inconstitucional, obligando a una persona a realizar una determinada actividad en contra de su voluntad, vulnerando, de este modo, el derecho a la libertad, de trabajo, entre otros, denotándose, inclusive, cierto atisbo de esclavismo. Esta es una exigencia absurda y contraria a todo ordenamiento jurídico moderno del siglo XXI, e, incluso, del siglo XX. Además de lo expuesto, definitivamente es un hecho desalentador para cualquier persona para que acepte el cargo de liquidador de parte de la Comisión, toda vez que, por más que suene atractivo el ofrecimiento de un cargo, nadie querría estar obligado a ejercer el mismo hasta la consecución de un fin, fin que no se sabe a ciencia cierta cuándo llegaría o cuánto costaría

(42) Se trata de temas que consideramos pendientes de atención postreforma de agosto 2016.

**Reforma que deforma: Decreto Legislativo 1189 y la oportunidad de mejorar el sistema concursal**  
***Reform that deforms: Legislative Decree 1189 and the opportunity to improve the Bankruptcy System***

su consecución. Con dicho apercebimiento no se hace más que minar un sistema concursal que consideramos débil que desde ya exige cambios favorables, coherentes y viables, siempre dentro del marco legal y constitucional.

- b) Incremento de requisitos para acceder al concurso voluntario, elevando innecesariamente las barreras para acceder al concurso voluntario por parte de las medianas y pequeñas empresas<sup>(43)(44)</sup>.
- c) Oscuridad respecto de la naturaleza jurídica de la quiebra. ¿Extinción del deudor o extinción del patrimonio del deudor?

Una ambigüedad de la norma es la referida a la declaración de extinción de parte de la autoridad jurisdiccional. En una interpretación sistemática se ha hecho costumbre que el juez, en respuesta de la solicitud de declaración judicial de quiebra de parte del deudor, emita la relación que declara tres situaciones<sup>(45)</sup>, las que no se encuentran en un solo artículo que ordene al juez la declaración de las mismas, sino que son consecuencia de cierto desorden en la redacción de la norma, pues, en primer lugar, el juez declara la quiebra del deudor (artículo 99.1); en segundo lugar y en forma simultánea, el juez declara la incobrabilidad de sus deudas (artículo 99.2); y, en tercer lugar, el juez declara la extinción de su patrimonio; en este extremo de la norma concursal no se aprecia alguna disposición expresa que exhorte al juez a dicha declaración o que sea en respuesta a la solicitud de declaración judicial de quiebra de parte del liquidador, sino que se *sobreentiende* que dicha declaración debe ser efectuada

en atención a lo dispuesto en el artículo 99.3, el cual declara la existencia de un auto que declara la quiebra del deudor, la extinción del patrimonio y la incobrabilidad de sus deudas.

Como la quiebra del deudor sólo es declarada en una resolución, entiéndase que en esta misma debe declararse, también, la extinción del patrimonio. Ahora bien, en ese sentido, la LGSC y sus modificaciones no hacen mención a la declaración de extinción del deudor, y la doctrina, en ese sentido, señala que el quebrado sería una persona jurídica en *estado de coma*, pero que seguiría jurídicamente existiendo. Creemos desacertada esta idea y, más aún, la vemos como un retroceso de la LGSC respecto de su predecesora, la Ley de Reestructuración Patrimonial, puesto que en ella se establecía que al declarar la quiebra el juez debía además declarar la extinción de la empresa. Hay un importante debate en el nivel doctrinario sobre la conveniencia y justicia de considerar la extinción del deudor (persona jurídica, claro) como consecuencia de su declaración de quiebra, esgrimiendo argumentos respecto del absurdo de que una persona se extinga tranquilamente al quedarse sin activos pese a tener pasivos

(43) Por ejemplo, la obligación de auditor estados financieros cuando los pasivos excedan las 100 UIT y presentar el reporte sin salvedades. La versión anterior de la ley mencionaba dicha obligación cuando se presentaban pasivos por encima de 500 UIT.

(44) Recientemente (2015), la ABI (Instituto Americano de Bancarrota) propuso para el caso de la economía norteamericana algunas medidas que podrían ser también aprovechadas desde la perspectiva de nuestro sistema concursal. El enfoque involucraría considerar: (i) Procesos a la medida; (ii) Eficiencia del sistema; y (iii) Sentido de la oportunidad. La propuesta bajo comentario propone reconocer la necesidad de establecer procesos que diferencien los procedimientos a aplicarse según el tamaño de la empresa, de manera de hacerlos costo permisivos para las dimensiones de las compañías concursadas de mediano y pequeño tamaño. Un segundo concepto hace referencia a la eficiencia del sistema referida a la posibilidad de maximizar el valor de recupero de los créditos vía la reestructuración (reorganización) de una compañía. Un tercer elemento a considerar es la oportunidad en la que la empresa es analizada y evaluada para fines de determinar su viabilidad y la posibilidad de contar con asesoría especializada en negocios que analice la pertinencia de una reestructuración.

(45) Quiebra del deudor; Extinción de su patrimonio e incobrabilidad de sus deudas.



Luis Guillermo Puelles Olivera y  
Carlos Javier de la Puente Sandoval

impagos. No obstante, la teoría del *fresh start* (que está recogida explícitamente en la legislación concursal de países del *Common Law*), aplicada de buena fe, es consistente con la idea del negocio, la empresa y el riesgo que toman los empresarios.

En nuestro concepto, la no declaración de extinción de la empresa ha dado pie a mayores y más lesivos absurdos respecto de la no declaración de extinción del deudor, y, lo que es peor, la pretensión de rehabilitación del deudor – persona jurídica al no haberse declarado su extinción.

- d) Vacío respecto de deudores no empresarios.

En el inciso c del artículo 1 de LGSC modificada por el Decreto de Reforma, concordante con el artículo 2.2 de la misma y el inciso a) del artículo 24.4, se da por hecho que un deudor, para ser acogido en el sistema concursal peruano, deberá ser empresario o tener un nexo, cuando menos, con la actividad empresarial. El vacío es perceptible a la pregunta de lo que ocurrirá con los deudores (personas naturales) que no realizan actividad empresarial. Anteriormente, la falta de una previsión expresa dejaba espacio para que el sistema concursal sirviera de alivio a todos aquellos deudores que no podían honrar sus deudas.

En la actualidad se les ha desprotegido de dicha armadura, toda vez que sus acreedores podrán demandarlos, requerirlos mediante cartas notariales o llamadas telefónicas, embargarlos, en fin, castigarlos indefinidamente hasta que la totalidad de sus deudas sean honradas (situación que no se da en la práctica).

Si bien no existe prisión por deudas, éstas pueden, por los artículos citados, convertirse en una tortura sin fin hacia el deudor que se encuentra imposibilitado de honrar sus deudas, al impedirle hacer uso del marco de protección legal del patrimonio o de la suspensión de inexigibilidad de obligaciones, instituciones propias del sistema concursal y contenidas en la Ley de la materia, sin hacer mayor mención a la declaración de incobrabilidad de sus deudas factible de inscripción en los Registros Públicos, todas situaciones ya lejos de su alcance con la emisión de las citadas normas. En estos casos, el debate sobre el *fresh start* y el tener una política concursal relativa a los deudores de consumo se convierte en tema imperativo y que merece debate en una sociedad que tiene la visión de hacer crecer el crédito de consumo como uno de los motores y estímulos de la economía.

## 8. A modo de conclusión

La característica principal del Decreto de Reforma es su carácter puntual y procedimental, a fin de cuentas sustancialmente cosmético, sin que se aprecie un claro intento de resolver la profundidad de la problemática concursal en el país. En esa medida, la reforma queda corta en cuanto a aportar propuestas o soluciones adecuadas a los problemas de fondo. Por ello, el sistema concursal no termina de cuajar como un sistema completo, expeditivo, atractivo y eficiente para los agentes del mercado y esto pone sobre el tapete la necesidad de una verdadera reforma integral y de una unificación general del concurso en el Perú.