

¿Es posible “desadministrativizar” la Insolvencia en el Perú?

Omar Alvarado Escobar*
Aldo Bianchini Ayesta**

SUMILLA

Mediante un análisis jurídico e institucional de las ventajas y problemas que plantea frente a otras opciones de regulación del concurso, el artículo busca explicar por qué la peculiar naturaleza excepcional del régimen concursal peruano hace preferible que en la actualidad sea conducido por una autoridad administrativa, en contraposición a otras alternativas sugeridas por un sector de la doctrina nacional y comparada, como el fuero judicial o arbitral. Para arribar a esta conclusión, los autores resaltan diversos mecanismos que ofrece la estructura del procedimiento administrativo para favorecer el desarrollo del concurso, tomando siempre como referencia el interés público tutelado a través del citado régimen, así como los costos y beneficios que reporta a las partes involucradas su tramitación en la vía administrativa.

1. Introducción

Donde haya una sociedad y un mercado existirá siempre un acreedor y un deudor. Y según la dinámica comercial propia de los tiempos modernos, donde las empresas se interrelacionan en el mercado con diversos agentes al llevar adelante su negocio, existirá más de un acreedor a quien esta empresa deba alguna prestación. Así, cada mes se vencerá el plazo de ejecución de algún contrato a favor de sus proveedores; se devengarán créditos de origen laboral a favor de sus trabajadores o se generará una obligación administrativa (por ejemplo tributaria) en beneficio de algún ente público.

El incumplimiento de estas obligaciones afectará al acreedor insatisfecho, el cual ante esta situación puede emplear los mecanismos que la ley le franquea y que le permiten dirigirse -individualmente y en un proceso en el cual no intervienen los demás acreedores- contra el patrimonio del deudor. Así, en el marco de una

relación procesal que involucra exclusivamente a ambos sujetos, el acreedor demandará a la empresa deudora en el fuero judicial o arbitral, o la emplazará en el marco de un proceso de ejecución si se está frente a una obligación de origen administrativo.

Sin embargo, cuando la crisis de pagos es generalizada y existen varios acreedores, la Ley 27809 -Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC)- propone una solución que ya no queda en manos de cada acreedor para que este inicie las respectivas acciones de tutela individual contra la empresa. Así, la solución procesal adquiere naturaleza colectiva y pasa al fuero administrativo representado por la Comisión de Procedimientos Concursales o sus comisiones delegadas.

En la vía administrativa se declara la insolvencia de la empresa; se reconocen los créditos así como su orden de preferencia y su naturaleza de vinculados; se instala la junta de acreedores,

* Abogado por Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Adjunto de los cursos Seminario de Derecho Mercantil y Derecho de la Competencia N° 1 en la misma casa de estudios. Asistente Legal de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de INDECOPI.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador Legal de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de INDECOPI.

El presente trabajo expresa la opinión estrictamente personal de los autores y no compromete al INDECOPI.

que se constituye en el nuevo órgano encargado de decidir el destino del deudor; e, incluso, se someten a revisión estos acuerdos adoptados por los acreedores.

Ante este escenario, una primera pregunta que surgirá naturalmente para cualquier lector es: ¿existe alguna buena razón que diferencie la situación de concurso de un mero incumplimiento de obligaciones que es resuelto, por ejemplo, en una controversia civil o comercial sujeta al fuero ordinario o arbitral? Y, en caso hubiera buenas razones para crear un régimen especial de tutela colectiva de estos conflictos de intereses, el lector también se preguntará: ¿qué justifica que se asigne su administración a una autoridad pública como INDECOPI?

El presente trabajo pretende abordar estas interrogantes, y a partir de ello, encontrar una explicación -o quizá formular una crítica- sobre un aspecto particular del Procedimiento Concursal: la intervención de la autoridad administrativa como órgano encargado de conocer en su integridad el procedimiento de insolvencia.

En tal sentido, la primera parte de este artículo presentará los objetivos de interés público que tutela el ordenamiento concursal. Luego de ello, se evaluará si es que la realización óptima de estos fines públicos requiere -como sucede en la actualidad- de un régimen diferenciado administrado por INDECOPI.

2. Las justificaciones de un régimen concursal

Resulta por lo menos opinable que exista un procedimiento colectivo administrado por una autoridad pública para dar solución a conflictos, cuyos protagonistas son todos titulares de derechos que también podrían ser reclamados a través de las vías ordinarias de tutela individual. Frente a este panorama, ¿dónde podemos encontrar el interés público -si lo hay- que sirva de fundamento necesario para la creación de un régimen diferenciado?

Si bien nuestro ordenamiento jurídico no contempla una definición de “interés público”, lo cual determina que la figura tenga contornos poco precisos e indeterminados, para los fines del presente trabajo utilizaremos como criterio identificador de un interés público merecedor de tutela, toda aquella actuación orientada a satisfacer el interés general de la comunidad¹; es decir, que busque la obtención de un fin concreto que sea aceptado por los diversos sujetos de la sociedad como provechoso².

Teniendo en cuenta dicha definición, ¿podemos afirmar que garantizar el recupero efectivo de los créditos -objetivo específico enunciado en el artículo I de la LGSC³, que se alinea con las recomendaciones del Banco Mundial sobre la materia⁴ y con cierta posición doctrinaria

¹ En palabras del profesor colombiano Santofimio: “(...) Desde el punto de vista de su carácter finalístico y expresivo de los intereses comunes, en el caso colombiano gramaticalmente el constituyente ha utilizado términos con ideas similares en las regulaciones pertinentes. Por esta razón consideramos que en nuestro medio resulta indistinto hablar de interés general, público o de la comunidad. (...)”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 3ra. Edición, 2003, p. 369.

En el mismo sentido, de García de Enterría y Ramón Fernández también reconocen esta equiparación entre interés público y general, “(...) la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá – Lima: Palestra – Temis, 2006, Tomo I, p. 476.

² En el ámbito jurisprudencial el Tribunal Constitucional también atribuye al concepto de “interés público” una equivalencia a “interés general”, precisando que la Administración Pública no puede calificar cualquier abstracción como tal, sino solo aquella situación que coincida con los intereses aceptados válidamente por el consenso de los ciudadanos:

“El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. (...)”

Empero, el carácter público del interés no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No existe una naturaleza “impersonal” que lo haga distinto del que anima “particularmente” a los ciudadanos. Por el contrario, se sustenta en la suma de los intereses compartidos por cada uno de ellos. Por ende, no se opone, ni se superpone, sino que, axiológicamente, asume el interés privado. Es por eso que su preeminencia no surge de la valoración de lo distinto, sino de lo general y común.” (subrayado agregado)

³ Ley N° 27809, Artículo I.- Objetivo de la Ley.- El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor.

(Artículo modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1050).

⁴ Véase “Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores”, documento preparado por el Banco Mundial que selecciona las mejores prácticas internacionales en aspecto de diseño de los sistemas concursales, estableciendo un marco uniforme para evaluar la eficiencia de los mismos y ofreciendo, además, pautas a los encargados de las reformas legislativas sobre las opciones de política legislativa necesarias para el fortalecimiento de las empresas. Este documento fue objeto de discusión en el Foro Mundial de Jueces Concursales organizado por el Banco Mundial en la ciudad de Malibú (EE.

ampliamente desarrollada⁵- constituye una finalidad de interés público? Una primera lectura nos sugeriría que sí, ya que el punto de partida de dicho objetivo es la protección de derechos patrimoniales que, como se mostrará a continuación, incluso encuentran sustento en el texto constitucional.

En efecto, en primer lugar entendemos que el derecho de crédito no es más que una expresión del Derecho Constitucional de propiedad, pues si se sigue lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 008-2003-AI, mediante la cual se delimitaron los alcances del régimen económico peruano, no solo es propiedad aquello que encaje en la definición

propia del Derecho Civil⁶, el cual constituye uno de los pilares del régimen de Economía Social de Mercado.

Si el Estado no proporcionara un adecuado mecanismo de *enforcement* que facilite a los acreedores el cobro de sus obligaciones, entonces los agentes que poseen el capital simplemente no lo prestan o lo colocan a tasas de interés más altas o exigiendo onerosas garantías para compensar el riesgo⁹. En este contexto, se puede afirmar que un sistema diseñado para promover el recupero de los créditos fomenta que las empresas puedan obtener capital a más bajo costo y aumentar su competitividad en el mercado¹⁰, generándose un marco regulatorio que satisface un interés de

UU.) los días 19 a 23 de mayo de 2003, continuado en la ciudad de Río de Janeiro (Brasil) los días 6 y 7 de junio de 2004. El texto completo en inglés del referido documento puede encontrarse en la página web del Banco Mundial (www.worldbank.org)

⁵ El recupero del crédito es, según el profesor Baird, la finalidad que debe guiar el sistema concursal para los estudiosos de corte “procedimentalista”. A diferencia de los denominados “tradicionalistas”, quienes consideran que las reglas concursales deben tender a rehabilitar o conservar empresas bajo la asunción de que el cierre de un negocio encarna serios costos (desempleo o desmejora de la industria nacional), en la visión “procedimentalista” el juez es un árbitro desinteresado que no toma partido por el mantenimiento del negocio, pues su único objetivo es resolver la crisis financiera y, desde dicha perspectiva, puede tender hacia la liquidación o hacia la reestructuración dependiendo de qué convenga más al recupero del crédito. Cfr. BAIRD, Douglas. “Axiomas Concursales Aceptados”. En: Themis N° 45, 2002, pp. 7-24.

⁶ Esto es, propiedad como derecho real sobre un bien material.

⁷ En la referida sentencia el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“Tal como se estableció en el histórico caso “Campbell vs Holt”, el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplia los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.”

Una explicación más detallada de este concepto amplio de propiedad se puede encontrar en: PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Omar ALVARADO ESCOBAR. “Nadie sabe para quién trabaja. La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: “Constitución, economía y empresa en el Perú”. DONAYRE MONTESINOS, Christian (Comp.). Lima: UPC, 2010.

⁸ Constitución Política del Perú, Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

16. A la propiedad y a la herencia

Artículo 70°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

⁹ Como indica Rasmussen, “En la medida que la Ley concursal mantenga un tratamiento favorable a los acreedores, el acreedor fijará una tasa de interés más baja como condición para llevar a cabo el negocio con la empresa; por el contrario, a medida que el régimen concursal disminuya las posibilidades de pago de los acreedores, éstos exigirán una tasa de interés mucho más alta que la exigida en el primer caso”. RASMUSSEN, Robert K. “La opción del deudor: Un acercamiento al menú de la insolvencia corporativa”. En: Themis N° 45, 2002, p. 51.

En la página 4 del Documento de Trabajo elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas en el año 2001, denominado “Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales”, se señaló a propósito lo siguiente:

“La falta de acceso al crédito en el Perú se manifiesta de dos maneras: primero, pocas son las empresas que acceden al crédito y, segundo, de ellas la mayoría lo hace en condiciones muy onerosas. Esto limita el crecimiento de las empresas y detiene la generación de riqueza en el país. Peor aún, impide que las empresas peruanas compitan en igualdad de condiciones con empresas extranjeras que acceden a fuentes de financiamiento más baratas”.

¹⁰ En la página 22 del Documento de Trabajo 008-2000 elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI, denominado “Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico de una década”, se señaló a propósito lo siguiente:

“(…) el fin último de un sistema de reestructuración será promover la maximización de recursos sociales. Este fin implica, a su vez, el fin instrumental de minimizar los costos de acceso al capital para las empresas. Este fin instrumental, a su vez, es facilitado maximizando lo que los acreedores pueden esperar recibirán (sic) en caso que la empresa deudora devenga en insolvencia. Dicho en otras palabras, un sistema de reestructuración eficiente maximizará el valor del negocio en insolvencia y, como consecuencia de ello, el sistema permitirá un mejor recupero de los créditos afectados. Todo lo anterior, contribuirá a su vez a la tarea de reducir los costos de acceso al capital para las empresas.

Texto accesible en el siguiente link: <http://bvirtual.indecopi.gob.pe/doctra/2000/d00008.pdf> (página web visitada el 4 de septiembre de 2011).

orden público: impulsar la generación de riqueza, en la línea del deber estatal reconocido por el artículo 59° de la Constitución¹¹.

De tal manera, se puede concluir que el sistema concursal peruano tiene por finalidad facilitar el recupero eficiente del crédito, lo cual se encuentra en línea con la propia Constitución, expresión normativa más genuina y representativa del interés de la colectividad al ser fruto del consenso de las fuerzas políticas que conformaron el Poder Constituyente.

Pero esta conclusión no es suficiente para afirmar que debe existir un régimen diferenciado de tutela colectiva que se aparte de los mecanismos de tutela individual típicos que tiene un acreedor. Incluso podría sostenerse que los remedios judiciales típicos que tiene un acreedor para superar un evento de incumplimiento (pago de la obligación, ejecución forzada, modificación del contrato, celebración de transacciones o conciliaciones, etc.) también procuran el recupero del crédito, de manera que existe identidad entre el interés que se procura a través del sistema ordinario y el sistema concursal.

¿Dónde encontramos entonces la diferencia? Creemos que el factor que distingue un incumplimiento ordinario de la cesación de pagos materia del régimen concursal radica en la insuficiencia real o potencial del patrimonio del deudor para responder frente a todas sus obligaciones impagas.

En efecto, en el caso de un incumplimiento ordinario, ante la reticencia del deudor en cumplir su obligación, el acreedor afectado siempre podrá

recurrir a la ejecución forzada de alguno de los bienes integrantes del patrimonio de aquel, con lo cual la solución al problema siempre pasará por la sola decisión de uno o ambos particulares que conforman la relación obligacional. En otras palabras, el remedio individual es suficiente para lograr el recupero efectivo del crédito.

Pero cuando la situación involucra un patrimonio eventualmente escaso para el universo de acreedores involucrados, es donde se presenta un problema más complejo. Como ya ha sido señalado ampliamente por la doctrina nacional¹² y extranjera¹³, si no se permitiera una solución colectiva y coordinada, el estado de incertidumbre y desconfianza que se presentaría en el mercado ante la crisis de pago de las empresas sería evidente: generaría una sensación de completa inseguridad entre los agentes económicos respecto de la posibilidad de recuperar sus créditos. Ante ello, los acreedores, como resultado de la “carrera por cobrar primero”, en vez de evaluar si resulta más rentable asignar los activos de la empresa deudora a otros usos¹⁴, terminarían vendiéndolos y “canibalizándolos”, con lo que muy probablemente solo podrían lograr un cobro parcial y hasta diminuto de sus créditos.

Además, existe otro elemento relevante que distingue un incumplimiento ordinario de la cesación de pagos materia del régimen concursal: la existencia de muchos privados acreedores, con intereses probablemente contrapuestos, que no se conocen entre sí y no cuentan con suficiente información relevante que les permita evaluar con claridad las posibles alternativas de solución a la crisis patrimonial.

¹¹ Constitución Política del Perú, Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. (subrayado agregado)

¹² Cfr. EZCURRA RIVERO, Huáscar. *La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un Instrumento de Reducción de Costos de Transacción*. En: “Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal”. Lima: Palestra Editores, 2002, pp. 21-38.

¹³ En palabras de Jackson, “El problema central por el cual el sistema concursal ha sido diseñado como cuestión normativa y positiva, es porque el sistema de remedios individuales que tienen los acreedores es malo para estos como grupo cuando no hay suficientes activos para todos. Como los acreedores tienen derechos en conflicto, sus esfuerzos de cobro tendrán una tendencia a empeorar aún más la situación”. JACKSON, Thomas H. “The logic and limits of bankruptcy law”. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 10.

Traducción libre del siguiente texto: “The basic problem that bankruptcy law is designed to handle, both as a normative matter and as a positive matter, is that the system of individual creditor remedies may be bad for the creditors as a group when there are not enough assets to go around. Because creditors have conflicting rights, there is a tendency in their debt-collection efforts to make a bad situation worse”

¹⁴ Según Schwartz, “Como es bien sabido, un acreedor individualmente considerado no estará interesado en esta distinción: el acreedor individual podría maximizar su retorno ejecutando los activos suficientes para el cobro completo de su crédito. Si cada acreedor procurara ejecutar los activos (de la empresa insolvente), ésta será gradualmente liquidada, sin tener en cuenta si era eficiente o no continuar con el negocio”. SCHWARTZ, Alan. “A contract theory approach to business bankruptcy”. En: Faculty Scholarship Series, Paper 1089, 1998, p. 1807.

Traducción libre del siguiente texto: “As is well known, an individual creditor is not interested in this distinction: The creditor would rather maximize returns by attaching assets sufficient to pay its claim in full. If every creditor attempts to attach assets, the firm will be liquidated piecemeal, whether it is efficient to continue the firm or not.”

La situación descrita no hace sino evidenciar la presencia de elevados costos de transacción para la obtención de información, negociación y monitoreo del cumplimiento de los acuerdos si es que se optara por un escenario en el cual cada acreedor mantuviera individualmente la satisfacción de su interés¹⁵. Ante ello, la opción regulatoria más eficiente es la de proporcionar un espacio colectivo distinto de la jurisdicción ordinaria, que reduzca estos costos de transacción y facilite la adopción de un acuerdo destinado a lograr el recupero efectivo del crédito.

Como vemos, la importancia que ha adquirido la empresa y el crédito como instrumentos impulsores del desarrollo económico en la sociedad moderna, y la evidencia que los remedios de solución ordinaria e individual no son los más efectivos para lograr un resultado adecuado en el caso de una empresa en situación falencial, justifican que el Estado adopte un mecanismo diferenciado de tutela colectiva sin el cual no sería posible que los propios particulares afectados puedan negociar a bajos costos y elegir informadamente la solución más adecuada a la crisis.

Sin embargo, creemos que nuevamente un lector acucioso se preguntará si es que el solo hecho que exista un régimen diferenciado es suficiente justificación para que su administración se encuentre a cargo de una autoridad también distinta a la judicial ordinaria o la arbitral. En la siguiente sección de este ensayo nos ocuparemos de esta cuestión.

3. ¿La Administración del Régimen Concursal debe quedar en manos de INDECOPI?

3.1. La cuestión controvertida

El Procedimiento Concursal regulado en la LGSC establece que, una vez declarada y difundida a

través del Diario Oficial “El Peruano” la situación de insolvencia de la empresa concursada, los acreedores podrán apersonarse para solicitar el reconocimiento de sus créditos. Así, en esta primera etapa se lleva a cabo un proceso de verificación de créditos a cargo de la comisión concursal correspondiente de INDECOPI, con el objeto de determinar quiénes serán aquellos acreedores que asumirán la titularidad del negocio hasta ese momento manejado por los accionistas.

En conclusión, en esta fase la tarea de INDECOPI consiste en pronunciarse sobre cada uno de los pedidos de reconocimiento de créditos presentados, resolviendo sobre su existencia, origen, legitimidad y cuantía, así como sobre su orden de preferencia y su carácter de vinculados o no¹⁶.

Una vez definida la composición de las cuotas con las que concurrirán cada uno de los acreedores frente al deudor concursado, se conformará e instalará la junta de acreedores. Este nuevo órgano colegiado es el responsable de la toma de las decisiones principales al interior del proceso, siendo su decisión más importante la de decidir el destino del deudor¹⁷.

En esta segunda etapa la autoridad concursal también asume una participación bastante activa e intensa. Así, si en un régimen societario ordinario la intervención estatal se limita a eventuales intervenciones *ex post* si es que algún socio decide impugnar un acuerdo de junta general de accionistas, según el artículo 44° de la LGSC, un representante de la Comisión debe participar en todas aquellas juntas de acreedores en las que se vaya a tratar la decisión sobre el destino del deudor, la aprobación del plan de reestructuración, convenio de liquidación y acuerdo global de refinanciación; así como sus modificaciones, obligatoriamente deberán participar uno o más representantes de la Comisión¹⁸. Asimismo, según

¹⁵ Los costos de transacción no son sino los costos necesarios para definir y defender titularidades. El análisis de toda política regulatoria debe identificar estos costos y determinar cómo afectan el comportamiento y las decisiones de los agentes económicos. De tal manera, y siguiendo el conocido Teorema de Coase, cuando las partes enfrenten bajos costos de transacción, el resultado eficiente se logra con la mera negociación de los privados, con independencia de la norma atributiva de derechos elegida; mientras que en aquellos casos en los que las partes enfrenten elevados costos de transacción, será necesario adoptar una solución regulatoria que los reduzca y facilite los acuerdos privados. Para mayor detalle se puede revisar: COASE, Ronald H. *The firm, the market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988; y, WILLIAMSON, Oliver E. “The Economic Institutions of Capitalism”. New York: The Free Press, 1985.

¹⁶ El procedimiento de reconocimiento de créditos en el marco de los procedimientos concursales ordinarios se encuentra detallado en el Capítulo III del Título III de la LGSC. Cabe precisar que este procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LGSC, también resulta aplicable para los procedimientos concursales preventivos.

¹⁷ Bajo la alternativa de la reestructuración o la liquidación, en el caso de un procedimiento concursal ordinario; o para aprobar un Acuerdo Global de Refinanciación, en el caso del procedimiento concursal preventivo.

¹⁸ Ley N° 27809, Artículo 44°.- Participación del representante de la Comisión.-
44.1 La Comisión nombrará a uno o más representantes para que la represente ante las Juntas donde se trate la decisión sobre el destino del deudor, la aprobación del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación y Acuerdo Global de Refinanciación, así como sus modificaciones. La participación del representante de la Comisión será obligatoria.
44.2 A las demás Juntas podrá enviar a un representante para que actúe como observador y recoja información.

el artículo 45° de la misma Ley, esta participación no es solo presencial, sino que está permitido que intervengan con voz en las sesiones de junta¹⁹.

Sumado a ello, en esta etapa la autoridad concursal también cuenta con atribuciones para, a pedido de parte o incluso de oficio, declarar la nulidad de aquellos acuerdos de junta de acreedores que contravengan el ordenamiento jurídico o signifiquen el ejercicio abusivo de derechos²⁰ 21.

La estructura del procedimiento descrita muestra que el régimen diferenciado de tutela colectiva en torno al cual se organiza actualmente el sistema concursal tiene dos etapas claramente diferenciadas, en las cuales se manifiesta una intervención bastante intensa y activa de la autoridad administrativa representada por INDECOPI. En palabras del profesor Ezcurra, “la intervención del Estado en el proceso de toma de decisiones cuando se trata de un negocio sometido a concurso, deja de ser ex post, como lo era para el caso de empresas solventes, y pasa a ser una intervención ex ante”²².

Sin embargo, y como ya adelantamos líneas arriba, que haya un régimen concursal diferenciado

no equivale automáticamente a asumir que los conflictos que las partes sometan a este régimen deban ser resueltos por una autoridad concursal de corte administrativo como INDECOPI.

En efecto, bien podría este sistema concursal ser administrado en todas sus etapas por el Poder Judicial o por una autoridad arbitral, en caso así lo pacten las partes. O bien podría el procedimiento concursal ser conocido en alguna de sus fases -como lo es la etapa de junta de acreedores- por autoridades distintas a INDECOPI.

Estas interrogantes no son novedosas y surgen a partir de una lectura de los diferentes estudios elaborados por autores extranjeros²³. La proposición central de estos investigadores²⁴ es que un sistema concursal diseñado y pactado por las partes es más eficiente que el procedimiento concursal preestablecido por ley a cargo de la autoridad, el cual solo debería ser supletorio a las reglas privadas de concurso. En el caso peruano, el profesor Ezcurra propone que el deudor puede plantear en su estatuto social condiciones “a la medida”; las cuales se harán públicas y oponibles a todos a partir de la correspondiente inscripción registral. Una de estas condiciones “a la medida”

¹⁹ Ley N° 27809, Artículo 45°.- Facultades del representante de la Comisión en Junta de Acreedores.-

45.1 En las Juntas de Acreedores el representante de la Comisión podrá intervenir con voz pero sin voto, y deberá verificar el cumplimiento de los quórum de instalación y las mayorías exigidas por la Ley en la adopción de los acuerdos.

45.2 En las reuniones de Junta donde no sea obligatoria la participación del representante de la Comisión, el Presidente de la Junta, obligatoriamente, verificará el cumplimiento de los quórum de instalación y las mayorías exigidas por la Ley en la adopción de los acuerdos. En todo caso, la administración del deudor o el liquidador, según corresponda, estará obligado a elaborar las respectivas actas de Junta y mantener actualizado el listado de acreedores con derecho a participar.

²⁰ Ley 27809, Artículo 118°.- Impugnación y nulidad de acuerdos.-

118.1 El deudor o los acreedores que en conjunto representen créditos de cuando menos el 10% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión, podrán impugnar ante la misma, los acuerdos adoptados en Junta dentro de los diez (10) días siguientes del acuerdo, sea por el incumplimiento de las formalidades legales, por inobservancia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, o porque el acuerdo constituye el ejercicio abusivo de un derecho. Asimismo, cualquier cuestionamiento sobre la convocatoria y reunión de la Junta de Acreedores deberá efectuarse mediante el procedimiento previsto para la impugnación de acuerdos.

118.2 En los mismos casos señalados en el párrafo anterior, la Comisión, de oficio, podrá declarar la nulidad del acuerdo adoptado en Junta dentro de un plazo de treinta (30) días.

²¹ Como vemos, a pesar de que los acreedores ya tomaron las riendas del proceso, la ley le otorga a la autoridad concursal competencias que le permiten una activa intervención. En este contexto, podríamos preguntarnos si es necesario que una autoridad pública participe en la celebración de las juntas de acreedores, en vez de reservar su participación a un control posterior, como sucede bajo la Ley General de Sociedades respecto de las impugnaciones de acuerdos. O, podríamos también cuestionarnos si es adecuado que se introduzca la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de acuerdos bajo el título de abuso de derecho.

Si bien estas cuestiones exceden el propósito del presente trabajo, consideramos -con cargo a desarrollarlo en un futuro ensayo- que esta intervención no está justificada pues responde a una concepción inspirada en el paternalismo, es decir, que procura proteger a las mismas partes contratantes (acreedores y deudor) pese a que ellos ya cuentan con la posibilidad de activar por su propia cuenta el sistema impugnatorio para reclamar sus propios derechos.

²² EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Sociedades Insolventes. ¿Hasta dónde llegan las facultades del Estado para revisar las decisiones de la junta? ¿Cuál es el límite?”, 2005, p. 4. Texto accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.bullardabogados.com.pe/publicacion.aspx?anio=2005&autor=3> (Página web visitada el 8 de septiembre de 2011)

²³ Ver: ADLER, Barry E. “Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy, Stanford Law Review”, Volumen 45, N° 2, 1993, pp. 319-324; BEBCHUCK, Lucian Arye. “A New Approach to Corporate Reorganizations”. Harvard Law Review, Volumen 101, 1988, pp. 779-781; RASMUSSEN, Robert K. Op. Cit., pp. 47-92.

²⁴ Es interesante precisar que los estudios concursales de esta corriente, denominada “contractualista”, no necesariamente coinciden íntegramente en sus planteamientos, pero sí guardan similitud en su visión de que privatizando las reglas de concurso se logran resultados más óptimos que bajo una regla mandatoria. Para una revisión sumaria de las diversas propuestas de los contractualistas ver: WARREN, Elizabeth y Jay Lawrence WESTBROOK. “The Law of debtors and creditors: text, cases and problems”. New York: Aspen Publishers, Quinta Edición, 2006, pp. 878-886.

del estatuto, sobre la cual nos centraremos en este trabajo, sería la opción de sustraerse de la competencia de INDECOPI y someter la insolvencia a arbitraje²⁵.

En similar sentido, en conversaciones sostenidas con abogados del medio dedicados a la práctica concursal, así como en diversas ponencias o foros académicos, más de un especialista ha coincidido en que resulta una atractiva opción la de privatizar el proceso concursal al menos en la fase de junta de acreedores.

En particular, estas opiniones consideran que, por ejemplo, una vez reconocidos los créditos y estructurado a partir de ello las cuotas de poder de cada uno de los acreedores, debería cesar el régimen de tutela colectiva y sujetarse cualquier controversia a un régimen ordinario de tutela individual, con un tratamiento similar al previsto en la Ley N° 26887 -Ley General de Sociedades-. En ese sentido, como las juntas de acreedores no tendrían por qué ser tratadas de manera diferente que una junta general de accionistas, el juez o el tribunal arbitral solo intervendrían para conocer de aquellas impugnaciones de acuerdos que son planteadas por las partes.

No se puede negar que estas posiciones representan interesantes alternativas frente al actual régimen concursal administrado en su integridad por INDECOPI. Por ejemplo, la posibilidad que la carga procesal que actualmente enfrenta INDECOPI se vea aligerada; o la mayor seguridad que brinda una decisión arbitral o judicial frente a las decisiones administrativas²⁶, que pueden ser siempre impugnadas en el Proceso Contencioso Administrativo entrapando la marcha del procedimiento administrativo concursal, aparecen a primera vista como ventajas que abundan en lo atractivo de las propuestas de privatización del concurso.

No obstante, luego de diversas discusiones entre los autores así como de una revisión del actual marco legal e institucional, consideramos que el INDECOPI debe conservar su calidad de autoridad encargada de administrar el régimen concursal en su integridad, esto es, durante las dos etapas que involucran un procedimiento de insolvencia.

Para sustentar nuestra posición, a continuación explicaremos, en primer lugar, por qué creemos que

no es eficiente que la fase de junta de acreedores (que involucra la adopción de acuerdos y su revisión) sea sometida a una autoridad distinta del INDECOPI, en el entendido de que las comisiones de esta última institución conserven la competencia para todo lo relacionado con la definición de las acreencias reconocidas. Y, a continuación, detallaremos las razones que nos llevan a concluir que ni un tribunal arbitral ni el Poder Judicial constituyen actualmente alternativas adecuadas al procedimiento de insolvencia administrado por INDECOPI.

3.2. ¿Por qué todo el procedimiento debería ser manejado por una sola autoridad?

Comprender la justificación de que la etapa de junta de acreedores sea sometida a conocimiento de la misma autoridad que se encarga de determinar los créditos reconocidos es sencillo a partir del siguiente ejemplo.

La deudora “X” es sometida a procedimiento concursal y se declara formalmente su insolvencia. Luego de la verificación de créditos, la composición de las acreencias es la siguiente: “A” es titular del 70% de las acreencias, “B” ha obtenido el reconocimiento de créditos ascendentes al 25% del total de deuda y “C” conserva el 5% restante. Ninguno de estos acreedores es vinculado y, en tal sentido, la cuota de sus acreencias reconocidas representa a su vez proporcionalmente el poder de decisión (derecho de voto) que tienen en la junta de acreedores.

La junta de acreedores queda instalada y en esta primera sesión se decide el destino de reestructuración. Sin embargo, quedan pendientes diversas cuestiones, y entre ellas una fundamental: suscribir el plan de reestructuración, el cual queda pendiente de aprobación para la siguiente junta.

Conforme a la composición de la junta de acreedores, queda claro que el papel de “A” para adoptar cualquier acuerdo será determinante. Al representar más del 66,6% de acreencias reconocidas, de dicho acreedor dependerá el contenido del plan de reestructuración.

Sin embargo, sucede que poco antes de la celebración de la junta de acreedores, el deudor “X” hace efectivo el pago de, digamos, el 95%

²⁵ Cfr. EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Privaticemos la insolvencia*. En: “Ius et Veritas” N° 24, 2002, pp. 198-210.

²⁶ En efecto, cabe recordar que las decisiones arbitrales solo pueden ser cuestionadas bajo el recurso de anulación de laudo previsto en el artículo 62° del Decreto Legislativo 1071 -Decreto Legislativo que norma el arbitraje-, y bajo las causales previstas en el artículo 63° del mismo cuerpo normativo.

de la obligación que mantenía frente a “A”. Y esa situación es puesta en conocimiento de la Comisión de Procedimientos Concursales, que declara la reducción de créditos. El resultado: las cuotas de poder cambian dramáticamente y el control de la junta de acreedores pasa a manos de “B”, mientras que “C” pasa a tener una cuota representativa de más del 10% que le otorga legitimidad para impugnar el eventual plan de reestructuración que se apruebe contra su voluntad. Evidentemente, el resultado de la junta de acreedores podría ser otro bajo esta nueva mayoría.

En este escenario, según el diseño actual de la norma en el cual la Comisión conserva tanto la administración del sistema de reconocimiento de créditos y participa de la junta de acreedores, esta única autoridad centraliza la información, por lo que cuenta con la suficiente aptitud para estar al tanto de la recomposición de los créditos, facilitando el control del *quórum* y la mayoría necesaria para dar validez al acuerdo, así como la administración del sistema impugnatorio.

¿Qué pasa en la hipótesis que ni el Juez ni el tribunal arbitral tengan contacto directo con esta información, pues es INDECOPI el encargado de actualizar la situación de los créditos reconocidos? En ese caso, el tribunal arbitral o el juez que administra la junta de acreedores dependen de que exista un buen mecanismo de transmisión de información que les facilite, de manera rápida y confiable, todo lo que acontece con los créditos de “A”, “B” y “C”. Así, no solo se genera el eventual riesgo de que la información no sea transferida o, en todo caso, se comunique sin la rapidez suficiente como para evitar cualquier inconveniente en la junta de acreedores, sino que se incurre en el costo mismo de transmitir la información (pues hacer un oficio y remitirlo a un juzgado o árbitro cuesta horas hombre de personal dedicado a la redacción y de personal de correspondencia).

Por ello, un régimen que se encuentre distribuido entre autoridades distintas genera riesgos y costos que se minimizarían si ambas fases (reconocimiento de créditos y junta de acreedores) fueran conocidas por una única autoridad.

Además, permitir que más de una autoridad conozca cada una de las etapas que conforman el procedimiento de insolvencia es, desde un punto de vista procesal, contrario al principio de inmediación. Según este principio de contenido constitucional²⁷, es importante que quien resuelva la controversia conserve el mayor y más cercano contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc) que se actúan durante el proceso²⁸. En palabras de Eisner, a través de él “(...) se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien, a su término, ha de pronunciar la sentencia que la defina”²⁹.

En tal sentido, será acorde con este principio que resuelva las impugnaciones de junta quien tenga mayor cercanía procesal con las partes con motivo de actuaciones anteriores (reconocimiento de créditos, por ejemplo) y que, por dicha razón, pueda estar en mejores condiciones de entender la problemática que subyace a tales conflictos y, quizá también, darle una solución más rápida que es congruente con el espíritu de celeridad que inspira la tramitación de los procedimientos concursales, con miras a procurar la obtención del máximo valor posible al patrimonio del deudor concursado.

En conclusión, no es conveniente “dividir” el procedimiento. O se centralizan las etapas de reconocimiento de créditos y junta de acreedores en la autoridad administrativa o se traslada la competencia para encargarse de ambas fases a un tribunal arbitral o al Poder Judicial. Pero, ¿por qué centralizar todo el procedimiento en INDECOPI y no en alguno de los otros fueros mencionados? De absolver esa pregunta nos encargaremos a continuación.

3.3. ¿Es posible que un tribunal arbitral conozca del procedimiento de Insolvencia?

La posibilidad de que en sus estatutos una empresa prevea que en caso de caer en situación de

²⁷ Es importante resaltar que el Tribunal Constitucional ha conocido de diversos procesos de tutela de derechos fundamentales en los cuales se demandó la vulneración del principio de inmediación (Expedientes N° 06846-2006-HC/TC, 1934-2003-HC/TC, 1808-2003-HC/TC, 00849-2011-HC/TC), señalando que su contenido esencial se asocia con el derecho a la prueba y exige que el juzgador que conoce de las evidencias que inciden en la marcha del proceso debe ser el mismo que emite el pronunciamiento definitivo. Más allá de esta escueta definición jurisprudencial del contenido esencial del referido derecho, lo que queremos rescatar es que al menos el tribunal acepta que el principio de inmediación tiene una tutela de índole constitucional que, se entiende, irradia a todo tipo de procesos y, entre ellos, al procedimiento concursal.

²⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis, 1996, p. 94.

²⁹ EISNER, Isidoro. *Planteos Procesales*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1984, p. 63.

insolvencia un tribunal arbitral será el encargado de administrar su procedimiento concursal es, por decir lo menos, tentadora. Árbitros elegidos por las partes, y un procedimiento cuyas reglas de impulso y de resolución de la propia controversia son fruto de lo pactado por los privados involucrados, sugieren eficiencia y una solución rápida, hecha a la medida.

No obstante, creemos que existen diversas razones por las cuales un sistema concursal arbitral no necesariamente resulta una alternativa legalmente posible y óptima para dar respuesta a la crisis patrimonial del deudor insolvente y lograr el recupero eficiente del crédito comprometido en este tipo de situaciones.

Una primera razón se advierte si se echa un vistazo a la composición de acreedores que típicamente enfrenta una empresa concursada. Ciertamente, las empresas no solo mantienen deudas con sus proveedores, con entidades del sistema financiero o con el Estado producto de algún tributo impago. Entre sus acreedores, suelen haber también trabajadores, a quienes muchas veces se les adeuda salarios y beneficios sociales.

En este contexto, es importante tomar en consideración que la recientemente aprobada Ley N° 29497 -Nueva Ley Procesal del Trabajo- establece que las controversias de índole laboral -como resulta el cobro de acreencias de esa naturaleza- pueden ser sometidas a arbitraje siempre que el convenio arbitral se pacte a la conclusión del vínculo laboral y la remuneración mensual del trabajador supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal³⁰. En otras palabras, según este dispositivo legal queda excluida, de un lado, la posibilidad que le sea oponible a un trabajador la cláusula arbitral fijada en los estatutos de la empresa y, de otro lado, probablemente sean muy pocos los trabajadores que puedan recurrir a un arbitraje, habida cuenta de la alta valla remunerativa que se exige en la Ley.

Según este marco jurídico, lo que sucedería es que el sistema concursal se encontraría nuevamente dividido, pues los trabajadores no tendrían más opción que sujetarse al mecanismo administrativo convencional que conduce INDECOPI. Problema que se agrava aún más si se reconoce que los grandes usuarios del sistema concursal actual (empresas azucareras, mineras, entre otras) tienen no solo decenas ni cientos, sino miles de trabajadores.

La respuesta inmediata que podría sugerir un defensor de la privatización del concurso es que basta con impulsar una modificación de la Ley que apruebe una excepción que, en caso de concurso, permita a los trabajadores sustraerse de la aplicación del dispositivo señalado. Pero existen más razones de fondo que sugieren que el arbitraje no es el mejor mecanismo.

Así, un segundo argumento en contra de un sistema arbitral concursal nace nuevamente de dar una mirada a la composición de acreedores que enfrenta una empresa concursada. Un acreedor de responsabilidad civil extracontractual no contrata con la empresa pues su acreencia nace una vez que la deudora le causa un daño indemnizable reconocido por el Poder Judicial. De la misma manera, el Estado no contrata con el deudor, pues su acreencia nace a partir del incumplimiento de una obligación tributaria, la determinación de una sanción o incluso se deriva de la prestación forzada de algún servicio público. En el caso de los trabajadores, por su débil poder de negociación respecto de sus empleadores, es probable que tampoco hayan ejercido presión para pactar en favor de una autoridad concursal arbitral³¹.

Las posiciones contractualistas a favor de la implementación de un sistema concursal arbitral consideran que los acreedores que no acordaron ir al fuero arbitral deben igual someterse a su jurisdicción. Pero en el contexto de un arbitraje, institución jurídica que precisamente nace y se

³⁰ Ley N° 29497, Disposiciones Complementarias, Sexta.- Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP).

³¹ En la doctrina americana se denomina a este tipo de acreedores involuntarios o cuasi-involuntarios (renuentes). Según Sullivan, Warren y Westbrook, estos acreedores son aquellos (...) que no tienen una relación contractual con el deudor (por ejemplo, una víctima de responsabilidad civil extracontractual o una autoridad tributaria) o aquellos que (...) a veces se ven forzados a ampliar el crédito (por ejemplo, muchas empresas de servicios públicos y proveedores de atención médica). Traducción libre del siguiente texto: "(...) who had no contractual relationship with the debtor (for example, a tort victim or tax authority) and those who (...) were sometimes forced by circumstances to extend credit." SULLIVAN, Teresa A., WARREN, Elizabeth y Jay Lawrence WESTBROOK citados por WARREN, Elizabeth y Jay Lawrence WESTBROOK, "Contracting out of Bankruptcy: An empirical Intervention". Harvard Law Review, Vol. 118, N° 4, 2005, p. 1220. En el mismo sentido, se sugiere revisar el trabajo del profesor Lopucki. LOPUCKI, Lynn M. "The Unsecured Creditor's Bargain". Virginia Law Review, Vol. 80, N° 8, 1994, p. 1887 y ss.

delimita a partir de la noción de autonomía de la voluntad, por lo menos parece cuestionable que esta autonomía haya sido ejercida por los acreedores mencionados en el párrafo que antecede. Con ello, no creemos que pueda afirmarse que existe un convenio arbitral oponible que obligue a este grupo de acreedores -bastante numeroso y con un alto grado de participación en juntas según estadísticas³²- a reclamar el cobro de sus obligaciones ante un tribunal arbitral.

En el ámbito nacional, el profesor Ezcurra sostiene que la principal justificación para que los acreedores extracontractuales, tributarios o laborales se sometan a arbitraje a pesar de no haberlo pactado radica en que, en cierta manera, serán beneficiados con los esfuerzos de cobranza de los demás acreedores que sí aceptaron libremente el régimen concursal arbitral. Para este autor, “(...) la presión que ejerzan los bancos a través de su contratación con el deudor, será una presión a favor de sistemas de insolvencia más ágiles y con ello efectivos para proteger el crédito. De esa forma, cuando el banco opta (motivando al deudor a cambiar estatutos) por un sistema que favorece el crédito, con ello se favorece a sí mismo, pero también a todos los demás acreedores (sean estos trabajadores, Estado y acreedores por responsabilidad civil extracontractual), porque finalmente lo que beneficia es al crédito, y ello involucra cualquier tipo de crédito, sea este laboral, tributario, extracontractual o financiero”³³.

Creemos que esta observación parte de una premisa errada: asumir que el modelo contractual que adopte un acreedor que sí tiene la posibilidad de negociar con la empresa deudora (por ejemplo un banco) necesariamente tenderá siempre a un sistema concursal más ágil que genere externalidades positivas para los demás acreedores que no tienen la posibilidad de negociar. Por

ejemplo, puede haber casos en los que el modelo arbitral que es aceptado por el acreedor bancario no sea el más beneficioso para sus expectativas de recupero de crédito y, sin embargo, lo acepte en el entendido que ese mayor riesgo en el recupero de su crédito se verá compensado cobrando una tasa de interés más alta.

Además, los intereses de los acreedores que negocian y los que no tienen esa oportunidad, no necesariamente son coincidentes ni generan mayores eficiencias para la colectividad. De hecho, en un interesante estudio elaborado en el año 2005, los profesores americanos Warren y Westbrook critican que los contractualistas no hayan aportado alguna evidencia que permita demostrar una premisa que asumen como verdad incuestionable: que su sistema, al ser fruto de la voluntad de las partes, resulta más eficiente que un régimen concursal mandatario. Y, precisamente, señalan que los acreedores extracontractuales, laborales o estatales suelen ser perjudicados por los esquemas concursales adoptados por quienes sí negociaron con el deudor, ya que conscientemente estos últimos acreedores adoptan modelos que transfieren a estos últimos los riesgos y costos que se generen³⁴.

Otra importante razón que desvirtúa la opción de adoptar en el estatuto del deudor un régimen concursal diferenciado que, entre otras cuestiones, contemple un tratamiento arbitral de la insolvencia, responde a una comprobación práctica: la situación de la empresa y del mercado es dinámica y cambiante, por lo que al momento en que se produce la crisis patrimonial, puede que la solución arbitral ya no sea la mejor para el deudor y sus acreedores. En efecto, como observa el profesor Schwartz, las circunstancias del deudor cambian durante el tiempo³⁵ y, de tal manera, el régimen concursal arbitral pactado a la fecha

³² A mayo del año 2000, las acreencias de los acreedores laborales, tributarios y otros distintos a los comerciales sumaban en promedio el 32% de los créditos reconocidos. Además, las solicitudes de reconocimiento de créditos planteadas por estos sumaban el 66% del total, lo cual los convertía en los más grandes usuarios del sistema concursal. No contamos con data actualizada del tema; sin embargo, creemos que las estadísticas mencionadas son ejemplificativas. Al respecto, consultar: Documento de Trabajo N° 008-2000 elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, denominado “Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico de una década”, pp. 130-131. Texto accesible en el siguiente link: <http://bvirtual.indecopi.gob.pe/doctra/2000/d00008.pdf> (página web visitada el 8 de septiembre de 2011)

³³ Ver: EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Op. Cit.*; p. 57.

³⁴ Según estos especialistas, “De hecho, la información muestra que los costos potenciales son tan altos que hasta que los contractualistas no puedan demostrar la magnitud de los beneficios que alegan, sus propuestas no pueden ser tomadas seriamente. Nuestra información muestra que los sistemas concursales privados podrían transferir riesgos y costos a los acreedores que no participaron del pacto con el deudor (maladjusting o nonadjusting creditors) o a sus usuarios en un número sustantivo de casos”.

Traducción libre del siguiente texto: “In fact, the data show that the potential costs are so high that until the contractualists can present data demonstrating the magnitude of the gains they claim, their proposals cannot be taken seriously. Our data show that private bankruptcy systems would shift risks and costs to maladjusting creditors or their costumers in a substantial number of cases”. WARREN, Elizabeth y Jay Lawrence WESTBROOK. *Op. Cit.*, p. 1253.

³⁵ SCHWARTZ, Alan. *Op. cit.*; p. 1811.

de constitución de la empresa puede que ya no resulte ser el que otorga mayores facilidades para el recupero del crédito a la fecha en la que se produce la insolvencia.

Se podría argumentar que el régimen pactado inicialmente podría ser modificado y las reglas de insolvencia que deben guiar el arbitraje ajustadas a las nuevas necesidades de las partes. Sin embargo, este razonamiento obvia que para efectuar esos cambios se necesitaría contar con la aceptación de todos los acreedores, pues es evidente que un cambio en el estatuto de la deudora -desde el momento que genera efectos sobre ellos al ser susceptible de modificar el régimen concursal bajo el cual aceptaron conceder un crédito- también resulta una cuestión de su interés³⁶. Asimismo, omite considerar que para decidir este tipo de cambios los acreedores no solo deben incurrir en el altísimo costo de reunirse y ponerse de acuerdo, sino que para adoptar una decisión deben también contar con información adecuada sobre la situación de la deudora, lo cual es de difícil acceso y representa un elevado costo de transacción que no sería asumido si se cuenta con un sistema estandarizado administrado por INDECOPI.

Un argumento adicional para que el tratamiento del régimen concursal no sea efectuado en el plano arbitral reposa en la necesidad de que se observen en todo procedimiento de insolvencia algunas reglas mandatorias mínimas. Ciertamente, se sabe que un arbitraje es privado y, como tal, las partes que deciden sustraerse del régimen concursal son libres de fijar las pautas según las cuales se debe ordenar la actuación del tribunal arbitral³⁷. Incluso,

como proponen los teóricos contractualistas, los deudores pueden prever en sus estatutos las reglas sustantivas que ordenarán su reestructuración o salida del mercado en caso de insolvencia.

No obstante, esta libertad irrestricta para la creación de las reglas concursales aplicables podría provocar mayores costos de transacción, convirtiendo la administración arbitral de la insolvencia en un asunto impracticable³⁸. En efecto, en palabras de Schwartz, existen reglas estructurales obligatorias que se encuentran justificadas, como toda regla legal, en la necesidad de reducir las externalidades y reforzar la eficiencia del sistema concursal³⁹.

Por ejemplo, el artículo 66.3 de la LGSC contiene una previsión que sanciona con nulidad aquel plan de reestructuración que no contemple la totalidad de obligaciones del deudor. Este mandato, como señaló la Sala de Defensa de la Competencia en un precedente de observancia obligatoria⁴⁰, procura asegurar que los acreedores que participan en junta cuenten con toda la información necesaria sobre el universo de obligaciones que enfrenta el deudor (tanto en el nivel de acreencias reconocidas, no reconocidas o contingentes), a fin de reducir la asimetría informativa que se enfrenta al adoptar los respectivos acuerdos. Como se aprecia, nos encontramos frente a una regla mandatoria dispuesta con la finalidad de evitar potenciales externalidades que afecten a los propios acreedores.

Finalmente, consideramos que una razón adicional para optar por un régimen concursal

³⁶ Algunas posiciones doctrinarias consideran que no debería requerirse el consentimiento de los demás acreedores para cambiar el estatuto que incluye la cláusula arbitral y el régimen concursal aplicable. Por ejemplo, el profesor Schwartz considera que “cada nuevo acreedor podría negociar un régimen concursal específico con el deudor. Si el nuevo régimen fuera diferente al pactado con el primer acreedor, este primer acreedor debería automáticamente ajustarse a este nuevo régimen”.

Traducción libre del siguiente texto: “(...) each new creditor would negotiate a bankruptcy bargain with the debtor. If the new bargain were different than the one made with the first creditor, the first creditor would automatically shift to the new bargain.” SCHWARTZ, Alan citado por WARREN, Elizabeth y Jay Lawrence WESTBROOK. *Op. Cit.*, p. 1206.

³⁷ Decreto Legislativo N° 1071, Artículo 34°.- Libertad de regulación de actuaciones.-

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

³⁸ Cfr. BLOCK-LIEB, Susan. “The Logic and Limits of Contract Bankruptcy”. *University of Illinois Law Review*, 2001, N° 2.

³⁹ Según Schwartz, “Una regla concursal obligatoria se justifica si la regla: (i) es necesaria para proteger la integridad del propio sistema, o (ii) refuerza la eficiencia ex post cuando las partes no pueden alcanzar, por su cuenta, el resultado eficiente”.

Traducción libre del siguiente texto: “A mandatory bankruptcy rule is justifiable if the rule (1) is necessary to protect the integrity of the system itself; or (2) enhances ex post efficiency when the parties cannot reach the efficient outcome on their own”. SCHWARTZ, Alan. *Op. cit.*; p. 1840.

⁴⁰ Para una mejor comprensión de este argumento, véase los fundamentos de la Resolución N° 0608-2005/TDC-INDECOPI, mediante la cual se aprobó un precedente de observancia obligatoria en materia de requisitos de validez del plan de reestructuración. Una de las principales ideas rescatadas de dicho pronunciamiento es la necesidad de que sea el deudor quien, en función de tener pleno conocimiento de su situación económica y financiera y, por tanto, tener control de la exacta magnitud de sus pasivos, incluya en su cronograma de pagos la totalidad de sus obligaciones y además provisione todas las contingencias existentes, a fin de que los acreedores reunidos en junta puedan tomar conocimiento de su verdadera situación patrimonial y, en base a ello, estén en aptitud de decidir si esa situación se ajusta al plan de reestructuración que se les somete a votación.

administrativo y no arbitral descansa en la existencia de precedentes de observancia obligatoria administrativos.

A diferencia del arbitraje, en el cual cada tribunal arbitral no se encuentra sujeto al razonamiento adoptado por otro tribunal en una controversia similar, en INDECOPI las comisiones competentes en materia concursal sí se encuentran sujetas a las reglas interpretativas que dicte la Sala de Defensa de la Competencia. Así, se desprende de lo dispuesto en el artículo 14° del Decreto Legislativo 1033 -Ley de Organización y Funciones de INDECOPI-, en consonancia con lo dispuesto en el artículo VI de la Ley N° 27444 -Ley del Procedimiento Administrativo General-, el cual otorga a las Salas del Tribunal de INDECOPI la potestad de dictar precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido del marco legal bajo su competencia⁴¹.

Desde sus orígenes en el derecho consuetudinario anglosajón, el precedente fue concebido como un importante instrumento que brinda predictibilidad al sistema jurídico, lo cual a su vez otorga una garantía a los particulares de que ante una similar razón o hecho debe aplicarse la misma solución de derecho. El precedente se erige así como una técnica que permite crear un ambiente de igualdad jurídica, estabilidad y solidez que legitima a los tribunales y fomenta largamente las inversiones e intercambios comerciales⁴².

Si bien es cierto que la predictibilidad de las decisiones muchas veces dependerá del marco institucional y motivaciones públicas que enfrenten los funcionarios, somos de la opinión que -al menos en su concepción- la aplicación de la institución jurídica del precedente es un aspecto bastante valioso que suma a favor de la estimación del régimen concursal administrativo como un ordenamiento que puede proporcionar una respuesta más predecible a cada uno de los

conflictos que se generen en el marco de una crisis patrimonial.

En conclusión, existe un catálogo de diferentes ventajas que hemos enumerado en el presente apartado, las cuales muestran como conveniente mantener la tramitación del íntegro del régimen concursal en el nivel de la autoridad administrativa representada por INDECOPI.

3.4. ¿Por qué la opción judicial no es conveniente?

Si para la opción arbitral encontramos una serie de objeciones de fondo en cuanto a la idoneidad de esa vía jurisdiccional para tramitar el concurso, en el caso de la alternativa judicial no hallamos la misma contundencia de razones para descartarla.

A diferencia del fuero arbitral, el Poder Judicial sí tiene la capacidad de concentrar en su jurisdicción todas las materias discutidas en el concurso, incluso aquellas relacionadas con la tutela de derechos indisponibles (léase derechos laborales, por ejemplo). En ese sentido, un juez de insolvencia que se encuentre en una continua relación de intermediación con las partes estaría en aptitud de poder resolver de modo más eficiente los conflictos suscitados durante la tramitación del procedimiento. De otro lado, comparado con la vía arbitral, el fuero común representaría un menor costo de acceso al sistema para las partes involucradas, especialmente para aquellas que cuenten con menos recursos.

Pero la razón de mayor peso que nos lleva a estimar la solución judicial -y eventualmente a considerarla como una alternativa interesante frente a la propia opción administrativa- es la firmeza definitiva que adquieren sus decisiones. Como sabemos, el atributo de “cosa juzgada” es exclusivo del fuero judicial -si consideramos que incluso los fallos arbitrales pueden, si bien excepcionalmente, ser cuestionados en la vía

⁴¹ Decreto Legislativo N° 1033, Artículo 14°.- Funciones de las Salas del Tribunal.-

14.1 Las Salas del Tribunal tienen las siguientes funciones:

(...)

d) Expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

Ley N° 27444, Artículo VI.- Precedentes administrativos.-

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

⁴² La predictibilidad de las decisiones fomenta el clima de inversión y, viceversa, la falta de consistencia y continuidad en las decisiones lo disminuye. En una encuesta efectuada por el Banco Mundial entre 3 600 empresas de 69 diferentes países, más del 70% señaló que un Poder Judicial impredecible era un problema de mayor relieve en sus operaciones comerciales. Ver: MESSICK, Richard. “Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues”. The World Bank Research Observer, Vol. 14, Febrero de 1999.

judicial mediante el recurso de anulación-. Y eso es algo de lo que carecen en absoluto las decisiones emanadas de las autoridades concursales, las cuales siempre son susceptibles de ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, con el consecuentemente entrapamiento del procedimiento administrativo concursales.

Pero al margen de las bondades ya expuestas, entendemos que en la actualidad la estructura, organización y carga procesal de nuestro Poder Judicial afronta una serie de problemas y deficiencias que, al menos por el momento, tornarían inconveniente que asuma competencia para tramitar el concurso.

Creemos que la primera razón que sustenta la tramitación administrativa del concurso y no su manejo judicial es la necesidad de privilegiar en el recupero del crédito los principios de informalismo, celeridad y eficacia, propios del procedimiento administrativo⁴³, desterrando del procedimiento de insolvencia todo ritualismo procedimental que es tan característico del Poder Judicial. Obviamente que aquí entendemos como “ritualismo procedimental” a todas aquellas actuaciones procedimentales de naturaleza exclusivamente formal y cuya realización únicamente signifique una prolongación innecesaria del proceso; algo que, como ya señalamos líneas arriba, es particularmente pernicioso en el caso del concurso por los efectos que eso conlleva en la depreciación del patrimonio del deudor, ya que el dinero -desde un punto de vista financiero- tiene un valor en el tiempo.

La elevadísima carga procesal que soporta nuestro sistema judicial es otra de las razones

que no pueden perderse de vista para descartar la posibilidad de que sea la autoridad judicial la que administre el concurso. Según las cifras de un inventario nacional realizados por la judicatura el año 2007⁴⁴, al 30 de junio de ese año el número de expedientes judiciales pendientes de resolver era de 2 224 239, compuesto en su gran mayoría por causas civiles y penales. Esa situación no ha cambiado mucho y, más bien, se ha agravado paulatinamente, si se tiene en cuenta que al año 2010, la entonces ministra del portafolio de justicia anunció que existían dos millones y medio de expedientes pendientes de sentencia⁴⁵.

Esto que parece tan sencillo de erradicar con simples reformas legislativas no lo es tanto en la práctica, porque aunque las normas reguladoras del procedimiento propicien un trámite célere del concurso, poco servirá si los jueces que deben encargarse de aplicarlas mantienen una mentalidad predominantemente “ritualista”. Haría falta un conjunto de reformas estructurales más profundas de nuestro sistema judicial para revertir esa situación, las cuales podrían pasar por la creación de órganos especializados en la materia (lo cual evidentemente implica tener a disposición personal especializado), con el consiguiente incremento de recursos humanos, económicos y de tiempo (capacitación) que no parece, al menos, hallar eco en un corto plazo.

La falta de predictibilidad de las decisiones judiciales es otra razón que permite considerar a la opción concursal administrativa como preferible a la judicial. Según el diagnóstico efectuado por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS en su informe final del 2004, uno de los principales

⁴³ Ley N° 27444, Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.-

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

(...)

1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

1.10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

⁴⁴ Información publicada en el diario “El Comercio” el 16 de febrero de 2008.

⁴⁵ Información publicada en el portal de noticias “Andina” el 9 de octubre de 2010.

problemas que enfrenta la judicatura es la “escasa predictibilidad, argumentación jurídica y efectividad de las sentencias judiciales”⁴⁶.

La baja predictibilidad de la administración de justicia ordinaria trae consigo altos niveles de desconfianza en la población, lo cual se refleja en diversos resultados estadísticos, en los cuales se muestra, por ejemplo, que de un grupo amplio de pequeños y medianos empresarios entrevistados que alegaban mantener un conflicto de intereses con otros particulares, solo un 6,6% decidió recurrir al aparato judicial⁴⁷. Esto resulta particularmente preocupante si se tiene en cuenta que, como acertadamente señalan Diez Canseco y Pasquel, en un país como el Perú, si el costo del sistema de otorgamiento de créditos se encarece por la baja institucionalidad del Poder Judicial, quienes perciben el impacto negativo fundamentalmente son las pequeñas y medianas empresas que, a diferencia de una gran firma, no pueden financiar por sí mismas sus proyectos (utilizando su patrimonio o vía el mercado de capitales)⁴⁸.

Como vemos, en el ámbito administrativo las partes podrán tener una solución más asequible porque, a diferencia de lo que ocurre con el Poder Judicial -y esto lo expresamos sin el menor ánimo peyorativo, aunque con mucho realismo-, si alguna facilidad puede ofrecer la Administración Pública es la falta de ritualismo (informalismo) en la tramitación del procedimiento, una expectativa de resolución más rápida dada la menor carga procesal y una mayor predictibilidad.

4. Reflexión final

El sistema administrativo concursal, tal como se encuentra actualmente diseñado, no es perfecto y como cualquier institución jurídica puede encontrarse sujeto a debate y mejoras. Sin embargo, creemos que existen suficientes razones que hemos expuesto en el presente trabajo para justificar que, al menos a partir de la coyuntura institucional actual, es una opción más adecuada frente a las posiciones que sugieren un tratamiento arbitral de la insolvencia o el retorno a un régimen judicial.

Quizá, antes que adoptar soluciones que pasen por reconocer competencia a otras autoridades en materia concursal, deberíamos empezar por dotar a la autoridad administrativa de reglas legales que faciliten la tramitación del procedimiento, descongestionen la carga de las comisiones concursales y le otorguen mayor autonomía. Por ejemplo, la propuesta de elevar a INDECOPI a la categoría de organismo constitucional, no solo impediría que sus decisiones sean sujetas a revisión jurisdiccional, evitando así la paralización del proceso, sino que también otorgaría a la entidad una mayor autonomía e independencia frente a la presión que puedan ejercer otros poderes públicos.

Proponer cuál es la regla institucional más adecuada para INDECOPI escapa a los propósitos de este trabajo. No obstante, creemos que resulta una obligación repensar el sistema a fin de crear los mecanismos que permitan al concurso ser realmente un instrumento al servicio del recupero eficiente de los créditos.

⁴⁶ SECRETARÍA TÉCNICA DE LA CERIAJUS. “Informe Final de Actividades”. 2004, p. 20. Texto accesible en la siguiente dirección http://www.aprodeh.org.pe/documentos/ceriajus_if.pdf (Página web visitada el 11 de septiembre de 2011).

⁴⁷ EYZAGUIRRE, Hugo y CARLOS CALDERÓN. “Poder Judicial y micro y pequeñas empresas. Impacto y posibles soluciones”. Instituto Apoyo, 2002, p. 49.

⁴⁸ DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis y PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique. “Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial”. En: “Revista de Economía y Derecho”, 2004, p. 15.