



La implementación de un régimen especial de insolvencia para las MYPE

Implementation of a special insolvency regime for small companies

ANTHONY LIZÁRRAGA VERA-PORTOCARRERO*

*I know what I have to do now. I've got to keep breathing,
because tomorrow the sun will rise, who knows what the tide could bring?*

CAST AWAY, 2000

Resumen: Las micro y pequeñas empresas en el Perú tienen dificultades para acceder a los servicios financieros, en ese sentido, una solución a este problema es que exista un régimen concursal propio para estas empresas que otorgue una mayor expectativa de cobro a sus acreedores a diferencia del sistema concursal tradicional, toda vez que el acceso a los servicios que ofrecen los intermediarios financieros deviene en esencial para la estabilidad y progreso del sector.

Palabras clave: MYPE – régimen concursal – créditos – deuda – sistema financiero

Abstract: In Peru, small companies have many difficulties to access financial services; therefore, a possible solution is to have a special regime for these companies, which grants a higher expectative of payment to creditors compared with the traditional bankruptcy system, because this access to services provided by financial intermediaries becomes essential for the stability and progress of the sector.

Keywords: small companies – bankruptcy system – credits – debt – finance system

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS MYPE Y SU INSERCIÓN EN LA ECONOMÍA.- III. LAS MYPE EN EL PERÚ.- IV. LA PROBLEMÁTICA DE LAS MYPE EN EL PERÚ.- V. RÉGIMEN CONCURSAL EN EL PERÚ.- VI. RÉGIMEN CONCURSAL PROPIO PARA LAS MYPE.- VII. CONCLUSIONES.- VIII. BIBLIOGRAFÍA.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), autor de la tesis titulada «Estudio doctrinario y jurisprudencial de los actos perjudiciales contra la masa concursal en el Perú, entorno a su ineficiencia aplicativa», Magister en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN, posgrado en Derecho Corporativo por la Universidad Carlos III de Madrid, Profesor de Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: anthony.lizarraga@pucp.edu.pe

I. INTRODUCCIÓN

Existe una frase popular que dice «la oportunidad solo llega una vez en la vida», es decir, un sujeto debe tener la habilidad suficiente para aprovechar una eventual situación que se le presente en la vida —obteniendo un beneficio propio sin perjudicar a otros— para poder alcanzar un determinado objetivo. De lo contrario, perderá la oportunidad y esta no volverá a presentarse. Pero, ¿qué sucede cuando un sujeto, más allá de estar preparado o no para beneficiarse de esa oportunidad, la recibe y, por diversas circunstancias ajenas o no a este, la pierde? ¿No existirá la posibilidad de otra oportunidad?

En el ámbito empresarial, los agentes económicos involucrados están sujetos a diversas oportunidades de negocio (inversiones), de lo contrario el tráfico comercial no prosperaría. No obstante, no toda inversión genera utilidades o el retorno esperado, de ser así, todos seríamos empresarios o invertiríamos en instrumentos financieros de alto riesgo. Esto es así porque existe un hecho que no se puede predecir, aunque sí se pueda establecer coberturas para aminorar el riesgo. En ese sentido, una práctica habitual de las empresas consiste en refinanciar sus deudas. Esto no es otra cosa que una nueva oportunidad otorgada, por ejemplo, por un prestamista para que se establezca de manera coordinada un cronograma de pagos distinto al que no se cumplió inicialmente por diversos motivos.

Cabe notar que toda experiencia «negativa» implica un grado de aprendizaje: los empresarios que fracasan aprenden de sus errores y tienen más éxito en posteriores intentos. Jurídicamente es necesario permitir una pronta rehabilitación, sin imponer indebidas restricciones. Deben mejorarse las posibilidades de obtener financiación y prever apoyos adaptados a las necesidades específicas de aquellos (Gebhardt, 2009, p. 163).

El régimen concursal no es un sistema de oportunidades, muchos quisieran que lo sea, pero no lo es. Por el contrario, es un régimen excepcional compuesto de diversas instituciones jurídicas sumado a la aplicabilidad de diversos vehículos financieros que otorgan al insolvente una forma de reorganizar su estructura de activos y pasivos para así afrontar sus obligaciones impagas devenidas por la crisis financiera y/o económica en que se encuentre, independientemente del mecanismo adoptado para ello. Las micro y pequeñas empresas (en adelante MYPE) son de suma importancia en el crecimiento de un país, por su rol en la generación de empleo y por su considerable participación en el desarrollo socioeconómico en donde se encuentran. Así, los pequeños negocios son considerados como la fuerza impulsora del crecimiento económico, la generación de empleo y la reducción de la pobreza en países que se encuentran en vías de desarrollo (Avolio, Mesones & Roca, 2011, p. 71).

En ese sentido, imaginemos un ordenamiento jurídico en el que las MYPE no cuentan con un sistema viable que permita reorganizar sus deudas y, por ello, no cuentan con un sistema que garantice un tráfico comercial eficiente. Esto influye en el otorgamiento (colocación) de líneas de crédito a estas empresas y es la situación que viene teniendo lugar en nuestro país.

II. LAS MYPE Y SU INSERCIÓN EN LA ECONOMÍA

Las micro y pequeñas empresas nacen de la capacidad innovadora, del empuje y de la tenacidad de las personas para insertarse en la economía de un Estado. Esto sucede como respuesta a un desplazamiento producido por las políticas económicas adoptadas por un país debido a las grandes crisis empresariales, lo cual lleva a las personas a buscar una forma adecuada de subsistir y, sobre todo, de satisfacer sus necesidades primordiales.

Las MYPE constituyen, para cualquier Estado, un grupo predominante de empresas, las cuales contribuyen significativamente en la creación de empleo, la generación de riqueza y la satisfacción de las necesidades de ciertos sectores del mercado poco atractivos para las grandes empresas. Además, el desarrollo sostenible de los países debe considerar como uno de sus elementos estratégicos la supervivencia y el desarrollo competitivo de estas empresas (Andriani, Biasca & Rodríguez, 2004, p. 22).

Así, tras la crisis de las principales economías del primer mundo, la cual repercutió también en países subdesarrollados y emergentes, los Estados tomaron conciencia de que serían las MYPE las que ayudarían a reducir las consecuencias de la crisis. La manera en que esto se explica es que su formalización generaría tributos a favor de los países, tributos que podrían ser especialmente altos teniendo en cuenta que estas empresas representan una gran parte de la población mundial que no ha logrado insertarse en la economía nacional mediante un empleo formal o que ha sido desplazada de dicha economía por la crisis mundial (OIT, 2014).

III. LAS MYPE EN EL PERÚ

Las MYPE son aquellas unidades económicas conformadas por una persona natural o jurídica, bajo cualquier modalidad de organización o gestión empresarial establecida en la normativa vigente, cuyo objetivo es desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios (Decreto supremo 007-2008-TR. Texto Único Ordenado de la ley 28015, artículo 4; en adelante TUO de ley de la MYPE). Asimismo, las microempresas son aquellas cuyas ventas anuales no superan las ciento cincuenta (150)

325

LA
IMPLEMENTACIÓN
DE UN RÉGIMEN
ESPECIAL DE
INSOLVENCIA PARA
LAS MYPEIMPLEMENTATION
OF A SPECIAL
INSOLVENCY
REGIME FOR
SMALL COMPANIES

Unidades Impositivas Tributarias (UIT); mientras que las pequeñas empresas son las que realizan ventas anuales superiores a las ciento cincuenta (150) UIT, pero menores o iguales a las mil setecientas (1700) UIT (TUO de ley de la MYPE, artículo 5).

Del total de unidades empresariales en el Perú, las microempresas representan el 94,92%; las pequeñas empresas, el 4,11%; las medianas y grandes empresas, el 0,60%; y la administración pública representa el 0,36% de un total de 1 883 531 empresas (véase INEI, 2015). Es decir, las MYPE representan más del 99% de la estructura empresarial en nuestro país. Así, del total de empresas en el Perú, el 84,4% representa a personas naturales y empresas individuales de responsabilidad limitada; mientras que solo el 9,96% corresponde a una sociedad anónima, por lo que la actividad empresarial en nuestro país está compuesta principalmente por personas naturales (INEI, 2015). Además, se debe tener en cuenta que, para abril de 2014, la participación de las MYPE en el producto bruto interno (PBI) ascendió aproximadamente a un 40% del PBI nacional.

Para fines del año 2014, la estructura empresarial en el Perú correspondía, de acuerdo con su capital de trabajo, al 98,8% (1 500 779) del total de microempresas y 59,1% (42 166) de medianas empresas que tenían hasta cinco trabajadores y de 0,9% (13 344) y 17,5% (12 464) para micro y medianas empresas, respectivamente, que tenían entre seis y máximo diez empleados (véase Ministerio de la Producción, 2015).

Por otro lado, desde un ámbito contable, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS) otorga una clasificación propia a los créditos otorgados a los micro y pequeños empresarios según su nivel de endeudamiento con las entidades del sistema financiero. En ese sentido, los créditos a microempresas son aquellos otorgados a personas naturales o jurídicas, cuyo endeudamiento total en el sistema financiero, sin incluir los créditos hipotecarios para vivienda, no son mayores a S/. 20 000 en los últimos seis meses; y los créditos a pequeñas empresas son aquellos superiores a S/. 20 000 pero no mayores a S/. 300 000 en los últimos seis meses (SBS, 2008).

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LAS MYPE EN EL PERÚ

Del total de créditos directos otorgados por las empresas del sistema financiero¹ en nuestro país, a noviembre de 2015, el 13% corresponden a créditos MYPE (SBS, 2015a). Asimismo, para junio de 2015, la participación de los deudores MYPE representaba el 33,36% del total de deudores en el Perú (SBS, 2015b). En la encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI) en abril de 2013,

¹ Este abarca a las entidades bancarias, financieras y de arrendamiento financiero, cajas municipales y rurales, Edpymes, Banco de la Nación y Agrobanco.

el 90% de las MYPE encuestadas accedieron a un financiamiento por una entidad bancaria y el 9% mediante una caja rural. Por otro lado, el 79% de las MYPE no se encontraba conforme con el financiamiento obtenido debido a los altos intereses. Finalmente, el 61% de las micro y pequeñas empresas manifestaron que la razón principal por la que no lograban obtener un préstamo financiero era no poder demostrar los ingresos de las empresas y el 36% de los encuestados adujo que porque no podía constituir una garantía para respaldar la deuda como hipoteca, aval, prenda, etcétera (INEI, 2013).

De lo anteriormente expuesto se desprende que un alto porcentaje de micro y pequeñas empresas no acceden a un crédito debido a su alto índice de informalidad. No declarar lo que ingresa a la empresa conduce a no pagar impuestos y no poseer título de propiedad, minuta, contrato de propiedad, no obtener licencias de funcionamiento, ni cumplir obligaciones laborales. Todo ello ocasiona que, al existir estas dificultades, las entidades financieras eleven las tasas de intereses, lo que dificulta el acceso a los servicios financieros por parte de las MYPE, pues las entidades financieras de alguna manera buscan una cobertura del riesgo en caso de incumplimiento de pago. En ese sentido, las MYPE, debido a aspectos como la informalidad, carecen de la posibilidad de acceder a los beneficios que otorga el sistema financiero, pues atraviesan una falta de financiamiento suficiente para respaldar y/o continuar con sus operaciones. Esto se debe a que tienen formas de organización distintas a las de las sociedades ordinarias, toda vez que responden a diseños corporativos elaborados de manera compleja que corresponden a procesos administrativos burocráticos, largos y onerosos. Así, la estructura legal que se amalgame a una MYPE será fundamental para su financiamiento. Asimismo, dicha estructura jugará un rol central cuando la empresa se encuentre en una situación de salida ordenada del mercado por su falta de liquidez, teniendo en consideración que no solo la informalidad es un elemento que influye en el aumento de las tasas de interés respecto de los créditos a ser colocados, sino que también influyen factores como el riesgo en la recuperación de aquellos y del tipo de cambio.

Las MYPE son altamente vulnerables a una crisis económica y/o financiera por padecer de problemas de liquidez si se las compara con una empresa ordinaria. Su flujo de efectivo es menor, carecen de bienes y/o activos que puedan respaldar como garantía un financiamiento y carecen también de apoyo logístico (contable, financiero), por lo que un sistema de acceso a los servicios financieros adecuados y oportunos que respalden sus operaciones será de vital importancia. Es por ello que uno de los obstáculos que dificulta el flujo de créditos hacia estas empresas consiste en la protección de sus acreedores en caso estas incurran en

327

LA
IMPLEMENTACIÓN
DE UN RÉGIMEN
ESPECIAL DE
INSOLVENCIA PARA
LAS MYPEIMPLEMENTATION
OF A SPECIAL
INSOLVENCY
REGIME FOR
SMALL COMPANIES

una situación de imposibilidad de pago, lo que ocasiona que el acceso al crédito de las MYPE sea complejo y oneroso.

En virtud de lo expuesto, una posible solución al problema planteado consiste en que exista un régimen concursal propio para estas empresas que otorgue una mayor expectativa de cobro a sus acreedores a diferencia del sistema concursal tradicional. Las MYPE, como cualquier otro agente económico, pueden incurrir en una imposibilidad de pago, lo cual devendría en un estado de cesación de pagos.

Por otro lado, como hemos mencionado líneas arriba, es importante que una empresa defina su estructura de financiamiento, así, por ejemplo, existe el Teorema de Modigliani & Miller que establece dicha estructura sobre la base de la relación deuda/capital de la misma, es decir, se analiza el costo de la deuda sobre el costo del capital. Así, cuando el primero es menor que el segundo², las empresas optarán por el financiamiento, pues, al no existir deuda, el valor de la empresa se repartirá entre los accionistas y el Estado (impuestos). En cambio, en una empresa financiada, su valor se dividirá entre los accionistas, inversores (acreedores) y el Estado, pero en menor medida por los impuestos que sirven de escudo fiscal (Modigliani & Miller, 1958, pp. 261-297).

Entre las posibles fuentes de financiamiento se encuentran las siguientes: (i) las del pasivo, que son aquellas existentes en el mercado financiero, como las que brindan los intermediarios financieros, los operadores de deuda en la bolsa de valores, los créditos de corto y largo plazo, el financiamiento de proveedores, entre otros; y, (ii) las del aporte propio (patrimonio) que están compuestas por las inversiones y aportes de capital de los accionistas y/o inversionistas, así, estos pueden aportar período a período la inversión requerida; como también pueden optar por otra alternativa de financiamiento que consiste en las reinversiones de los dividendos (Bravo Orellana, 2013, pp. 109-111).

Así, el crédito permite a los sujetos que se encuentran en los sectores más bajos de la economía de un país tener microempresas (pequeños negocios) que aumentan el ingreso de su familia, así como los bienes a los que pueden acceder. En ese sentido, los programas que promueven créditos a estas empresas combaten efectivamente la pobreza (Kosolchyk, 2007, pp. 53-54). Si bien, el acceso a un crédito de una MYPE no se apoya en la garantía ofrecida constituida sobre un bien mueble o inmueble, sino en el reconocimiento de los deudores de la importancia del financiamiento recibido y su voluntad de pago, no todas las MYPE acceden a un crédito, por lo que estas empresas «tienen un impacto

² En otra proposición, los autores desarrollaron la misma premisa, pero situados en un mundo sin impuestos en donde la estructura de financiamiento (capital) elegido por los accionistas y/o inversores es irrelevante con relación al valor de la empresa (ausencia de ilicitud en la obtención de recursos).

más bajo sobre el desarrollo económico que el que podrían alcanzar si tuviesen acceso a un crédito más cuantioso [...] las micro finanzas y el financiamiento de la pequeña y mediana empresa son alternativas complementarias y no competitivas» (Kosolchyk, 2007, pp. 53-54).

En la actualidad, para una MYPE en nuestro país, el costo de su financiamiento (deuda) es muy alto. Esto se debe a las elevadas tasas de interés que cobran las entidades financieras para acceder a un crédito. Puesto que esto no es conveniente, no deberían seguirse las reglas de estructura de financiamiento basado en el apalancamiento (deuda). Para octubre de 2015, el promedio de la tasa de interés mensual para un crédito MYPES a trescientos sesenta días en moneda nacional ascendió a 41,5%, a diferencia del 11,4% para los créditos corporativos (grandes empresas)³. Esta discrepancia se debe a la informalidad de las MYPE, a que no paguen sus impuestos, a su estructura organizacional bastante deficiente, etcétera. Todo ello genera mucho riesgo y un mayor costo de recuperación para las empresas del sistema financiero así como la tasa de interés cobrada por estas empresas. Por ello se entendería que la estructura financiera de una MYPE «debería ser» basarse en aportes propios. Como hemos mencionado líneas arriba, del total de créditos directos otorgados por las empresas del sistema financiero en nuestro país a noviembre de 2015, casi el 13% corresponde a créditos MYPE que representan S/. 31 245 millones de un total de S/. 244 439 millones (véase Banco Central de Reserva del Perú, 2015). En otras palabras: los criterios para evaluar la estructura de financiamiento en las MYPE sirven como oportunidad para poder crecer con deuda. Muchos lo han hecho y han logrado salir adelante porque la rentabilidad de su negocio es mayor al costo de la deuda. En cambio, otros negocios han crecido solo con la reinversión de sus utilidades, porque lo poco que han ganado les sirve para poder reinvertirlo en el negocio y crecer de manera sostenida sin tener que asumir el alto costo de pagar intereses, o una combinación de deuda y recursos propios (Silupú, 2013).

Asimismo, la estructura financiera de las MYPE depende también del sector en el cual esta desarrolla su actividad económica y del nivel de sostenimiento y crecimiento de dicho sector. Así, entre los años 2013 y 2014, las dos principales actividades de las MYPE (Agricultura, Ganadería, Silvicultura y Pesca; y, Explotación de Minas y Canteras) aumentaron, lo cual conduce a estas empresas a mantener un nivel de endeudamiento creciente de un año respecto del otro (INEI, 2015).

Al respecto podemos concluir que las MYPE no responden a un análisis lógico de lo que representa una estructura de financiación basada en

3 Asimismo, la tasa de interés preferencial corporativa (grandes empresas de menor riesgo) en moneda nacional a noventa días osciló de julio a octubre de 2015 entre 4,2% y 5% (véase Banco Central de Reserva del Perú, 2016).

deuda/capital, sino priorizando sus necesidades y, claro está, cuánto se le facilite el acceso al crédito. Las MYPE se caracterizan por obtener recursos, en su mayoría, por la reinversión de sus dividendos (hay otro grupo de este sector que sí puede acceder al crédito a altos costos de transacción), no realizan inversiones en activos fijos ni tecnología, son las mayorías informales, no poseen experiencia en administrar empresas y tienen una corta permanencia en el mercado —cinco años (véase Ministerio de la Producción, 2015)—, debido a su alto índice de morosidad que, para el año 2015, subió de 9,9% a 10,1% (Banco Central de Reserva del Perú, 2015).

En ese sentido, dado que las MYPE agrupan a un importante sector laboral (generación de empleos) y se busca modificar la estructura operacional de estas empresas, han existido propuestas de mecanismos alternativos de acceso al financiamiento distintos a los brindados por las entidades del sistema financiero como, por ejemplo, implementar Fondos de Capital Riesgo (Silupú, 2008, pp. 40-49), la incursión en el mercado de capitales y la titulación de los créditos de estas empresas (Tapia, 2007, p. 205). Asimismo, existen herramientas financieras que reducirían los elevados costos de acceder a un crédito, como crear las Sociedades de Garantías Recíprocas (Silva, 2013, B7-B9) y, desde luego, las que han sido impulsadas y promovidas por el Poder Legislativo. Vale mencionar, entre estas últimas, el «Factoring» (Ley 30308; Resolución SBS 4358-2015) o el proyecto de la nueva ley de garantía mobiliaria.

V. RÉGIMEN CONCURSAL EN EL PERÚ

Cuando un agente económico se encuentra en una situación de crisis patrimonial (económica y/o financiera), independientemente de la causa que la generó, los acreedores optarán por diversas alternativas de cobro: ya sea el accionar mecanismos individuales o ejercer la aplicación de instituciones excepcionales colectivas. Para cumplir con la responsabilidad patrimonial de honrar las obligaciones impagas, el ordenamiento jurídico otorga al acreedor dos vías: la de ejecución singular o individual y la ejecución colectiva o concursal. La primera supone la ejecución de bienes del deudor por parte de un acreedor que busca el cumplimiento de una prestación insatisfecha y no solo que se reconozca su derecho, sino ejercer una ejecución singular. En el segundo caso, la garantía patrimonial debe funcionar para todos los acreedores, sustituyéndose el sistema individualista (ejecuciones solutorias) por el de ejecución colectiva en favor de todos los acreedores, entre quienes se distribuye igualitariamente (Junyent & Molina, 2002, pp. 21-22).

El derecho concursal regula escenarios excepcionales de crisis patrimoniales. En dichos escenarios, se desarrolla para los sujetos deudores con más de un acreedor el denominado «*concurso de acreedores*»

y se produce el «*principio de concursabilidad*», que consiste en que los acreedores no podrán reclamar sus deudas de manera individual, sino colectivamente. Así «los acreedores no aparecen en el procedimiento de la quiebra [...] como individuos [...] sino como agregados entre sí, como masa» (Bonfanti & Garrone, 1983, pp. 49). De alguna manera, el efecto que tiene este derecho es instaurar «*conductas cooperativas*» (Schmerler, 2010, p. 296) entre la colectividad de acreedores del deudor insolvente, pues al negárseles la posibilidad de accionar de manera individual, se establecen incentivos para que, de manera conjunta, determinen soluciones adecuadas para ellos.

El sistema concursal peruano, plasmado en la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC), tiene como objetivo la recuperación del crédito. Es decir, se busca que los acreedores cobren la totalidad de sus créditos adeudados derivados de obligaciones asumidas por el insolvente, dejando de lado la continuidad de la actividad empresarial de este o su salida ordenada del mercado. Es así que, al evaluar la eficiencia de un régimen concursal, resulta irrelevante si la solución a las crisis empresariales que se avecinen corresponde a una reestructuración, liquidación o si se aplica cualquier otro método en cada caso en particular, lo que en realidad debe exigirse a una norma concursal es que genere las condiciones necesarias para llegar a una solución eficiente a la crisis. Es irrelevante cual sea el mecanismo concursal adoptado por los acreedores respecto del destino del insolvente (Echeandía, 2001, pp. 197-198).

El objetivo de nuestro sistema concursal es que los acreedores puedan recuperar sus acreencias en el menor tiempo posible, de lo contrario, estos no tendrían incentivos para otorgar créditos (en el Perú la mayoría de acreedores, prestamistas e inversionistas son las entidades financieras, por ser la mayor fuente de financiamiento mediante deuda). De no protegerse el crédito, los intereses de los préstamos otorgados serían muy altos por ser mayor el riesgo, dada la dificultad para cobrarlos o recuperarlos. Así, el acceso al crédito por parte del potencial deudor no sería posible, pues los intereses serían demasiado altos por tratarse de una operación riesgosa o, en todo caso, se accedería al crédito con intereses onerosos que el deudor probablemente no podría cubrir.

Así, la finalidad de un procedimiento concursal en nuestro país es garantizar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y deudor sometido a concurso, ya sea para adoptar un acuerdo de reestructuración del negocio y mantenerlo en la economía o una salida ordenada del mercado con la finalidad exclusiva de pagar a los acreedores con la liquidación del patrimonio del fallido, bajo reducidos costos de transacción. Por otro lado, el artículo 1 literal c) de la LGSC define al deudor como aquella:

331

LA
IMPLEMENTACIÓN
DE UN RÉGIMEN
ESPECIAL DE
INSOLVENCIA PARA
LAS MYPEIMPLEMENTATION
OF A SPECIAL
INSOLVENCY
REGIME FOR
SMALL COMPANIES

Persona natural o jurídica, sociedades conyugales y sucesiones indivisas. Se incluye a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras. Para efectos de la presente Ley, se considerará como deudores susceptibles de ser sometidos al procedimiento concursal solo a aquellos que realicen actividad empresarial en los términos descritos en la presente ley.

Complementando lo descrito anteriormente, el ámbito de aplicación de la LGSC incluye a aquellos agentes económicos que realicen actividad empresarial según lo regulado en el artículo 2.2 de la LGSC:

No se encuentran comprendidas en la Ley, como deudores, las entidades que integran la estructura del Estado, tales como los organismos públicos y demás entes de derecho público; las administradoras privadas de fondos de pensiones, las personas que forman parte del sistema financiero o del sistema de seguros. Asimismo, tampoco se encuentran comprendidos en la Ley los patrimonios autónomos ni las personas naturales que no realicen actividad empresarial, salvo las sociedades conyugales y sucesiones indivisas cuyo patrimonio derive de dicho tipo de actividad, en los términos establecidos en el numeral 24.4 del artículo 24 de la presente Ley.

En la misma línea de lo expuesto anteriormente, la exposición de motivos del proyecto de la Ley General del Sistema Concursal estableció que la actividad a desarrollar por estos agentes económicos debía ser empresarial:

Lo anterior supone restringir en cierta medida el ingreso de sujetos de derecho distintos a personas jurídicas que realizan actividad empresarial, por cuanto las disposiciones de la presente Ley se orientan a contenidos corporativos que implican decisiones de carácter empresarial y que, por tanto, se aleja del tratamiento de crisis que puede otorgarse a personas o entes de naturaleza distinta a los mencionados.

Asimismo, se entiende como actividad empresarial a aquella «actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios» (LGSC, artículo 1, glosario, apartado f), «Actividad Empresarial»). Es decir, una persona natural que ostenta obligaciones impagas derivadas de crédito de consumo⁴ no puede acceder al sistema concursal peruano, a diferencia de una persona natural (MYPE). Esto es así en la medida en que las obligaciones asumidas por esta se realicen en un marco de actividad empresarial. Sin embargo, veremos más adelante

4 Son aquellos «créditos otorgados a personas naturales, con la finalidad de atender el pago de bienes, servicios o gastos no relacionados con la actividad empresarial» (SBS, s/a).

por qué las entidades financieras no someten a este tipo de empresas a un procedimiento concursal.

El sistema concursal peruano permite que el deudor se someta voluntariamente a un procedimiento concursal ordinario, lo que se conoce como solicitud de inicio de concurso a pedido del deudor. Por otro lado, los acreedores pueden impulsar la apertura del inicio de un procedimiento concursal de un deudor, lo que se conoce como «concurso hostil». Sin embargo, ambos supuestos tienen requisitos diferentes. Para someterse de manera voluntaria a un procedimiento concursal ordinario, el deudor deberá cumplir con al menos uno de los siguientes requisitos: (i) más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas o impagas por un período mayor a treinta días calendarios (examen de liquidez); o, (ii) pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado (examen de patrimonio).

El régimen concursal peruano está diseñado para aquellas empresas que tienen una estructura financiera establecida, basada en documentación contable y financiera, pues son los requisitos formales que necesita presentar el deudor para someterse al inicio de un procedimiento concursal, de conformidad con el artículo 25 de la LGSC. Ante esta situación, surge la siguiente pregunta: ¿las MYPE tendrán la mencionada documentación? La realidad indica que no, pues es complejo que estas empresas tengan en su poder dichos documentos por su propia estructura organizacional, más aun si, en su mayoría, son personas naturales e informales⁵, por lo tanto, no son contribuyentes ante la administración tributaria. En referencia al segundo requisito, el capital social pagado se refiere exclusivamente a personas jurídicas mas no naturales. En ese sentido, como hemos descrito a lo largo de la presente investigación, las MYPE, en su gran mayoría, están compuestas por personas naturales, por lo que dicho requisito tampoco sería aplicable a este tipo de empresas si es que deciden someterse a un procedimiento concursal.

Por otro lado, para el pedido de inicio de un concurso hostil, los requisitos que deben de cumplir los acreedores son (i) que sus créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta días calendarios; y (ii) que dichos créditos en su conjunto superen las cincuenta UIT (S/. 197 500)⁶ vigentes al momento de la presentación. En nuestro país, según el Ministerio de la Producción (2015), la deuda promedio de una microempresa frente a entidades financieras asciende a S/. 125 200. En ese sentido, es poco probable que dichas empresas tengan créditos adeudados que, en su conjunto, superen las cincuenta

5 Para fines de 2014, 2 040 659 Mypes eran informales, representando el 56,1% del universo total de dichas empresas (Ministerio de la Producción, 2015).

6 El valor de la UIT para el año 2016 asciende a S/. 3 950,00 (Decreto supremo 397-2015-EF).

UIT. Asimismo, la deuda promedio de las medianas empresas asciende a S/. 459 900, sin embargo, esto solo representa el 31% de las empresas formales que para el año 2014 accedieron al sistema financiero, frente al 61% de las microempresas. Además, la deuda de estas empresas no solo corresponde a créditos productivos, sino también a créditos de consumo que son utilizados para realizar inversiones. Cabe señalar que los créditos de consumo son aquellos que las entidades del sistema financiero ponen a disposición de las MYPE a determinadas tasas de interés. Puesto que las MYPE no cuentan con la posibilidad de garantizar los mencionados créditos, se ven en la necesidad de optar por estos aún con la certeza de que a futuro, en la mayoría de casos, solo lograrán exceder su propio nivel de apalancamiento.

De conformidad con la información presentada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), entre febrero de 2015 y enero de 2016, un total de 27 empresas se sometieron a concurso (INDECOPI, 2016, p. 34). Debemos precisar que para la información antes detallada no se ha tomado en cuenta la disolución y liquidación iniciada bajo el amparo del artículo 692-A del Código Procesal Civil (antes 703) denominado «*procedimiento concursal por mandato concursal*» —dicho procedimiento fue eliminado de nuestro ordenamiento jurídico por la ley 30201, vigente desde el 1 de agosto de 2014—. Este tipo de liquidaciones intentaba depurar a aquellos agentes económicos falenciales del mercado, toda vez que se encontraban en una etapa de crisis empresarial muy severa, difícil de revertir o, se tratase de uno de los innumerables casos que provenían de una liquidación judicial donde la actividad empresarial había cesado. Por tanto, existen muy pocos procedimientos concursales de agentes económicos con relación al número de micro y pequeñas empresas en el Perú, independientemente de su formalización. Con ello no afirmamos que el sistema concursal no sea eficiente, sino que, al menos para este tipo de empresas, este régimen es poco atractivo.

A lo expuesto debemos agregar que las tasas administrativas en que deben incurrir los sujetos involucrados en un procedimiento concursal, las cuales se encuentran detalladas en la sitio Web del INDECOPI (s/a, Tasas), son muy altas, al igual que los costos de agencia en que incurren los acreedores para iniciar el procedimiento concurso (personal externo que deben contratar para manejar esta cartera de créditos en el ámbito concursal). Además, los plazos para la tramitación del procedimiento concursal son extensos, así como también lo son las etapas de reconocimiento de créditos, de instalación de la Junta de Acreedores, etcétera (Lizárraga, 2014, pp. 858). La tasa de créditos recuperados en un procedimiento concursal es baja: en nuestro país corresponde a 0,30 centavos por cada dólar y la duración del mismo es de tres años y un mes (Banco Mundial, 2016). Por todo ello, resulta evidente que en el

régimen concursal peruano actual no es viable para las MYPE reorganizar sus deudas, por otro lado, dicho régimen tampoco es una opción idónea para los acreedores para recuperar (cobrar) sus obligaciones.

335

VI. RÉGIMEN CONCURSAL PROPIO PARA LAS MYPE

«Si el emprendedor está arruinado y no tiene acceso a ninguna forma de protección frente a la insolvencia personal, se pierde la oportunidad de acceder a futuras energías productivas y de emprendedurismo. Solo un régimen de protección frente a la insolvencia para personas naturales puede llegar al corazón de este problema» (Banco Mundial, 2012, pp. 16-17). Es importante determinar hasta qué punto se debe mantener una deuda incobrable frente a una MYPE, pues el comenzar de cero para estas empresas es mucho más complejo que para otros agentes económicos en el mercado. Los socios de una sociedad anónima o limitada, una vez cerrado el concurso por liquidación de todos los activos, o por insuficiencia de los mismos, pueden empezar de nuevo, desde cero. En el caso del empresario individual o del consumidor (o del socio que dio garantía personal por las deudas sociales), cualquier nuevo proyecto empresarial o personal con transcendencia económica no empieza desde cero, sino que arranca con «menos que cero» (Uría Menéndez, 2015, p. 58).

El régimen concursal peruano puede ser considerado como uno «de talla única», pues tanto las empresas, independientemente de la estructura societaria adoptada, como aquellas personas naturales que realicen actividades empresariales deberán cumplir con los requisitos y exigencias que señala la LGSC para poder acceder a los mecanismos de protección del patrimonio que otorga el sistema concursal. Sin embargo, este tipo de regímenes concursales no diferencia las grandes empresas de las pequeñas, no distingue necesidades económicas distintas —las cuales pueden deberse a la estructura financiera, contable, jurídica, laboral, tributaria, etcétera—, sino que simplemente se preocupa por atender la necesidad de los acreedores impagos. Es por ello que el implementar un sistema concursal con exoneración parcial de las deudas ofrecería un «seguro» de carácter legal que protegería a los deudores frente a ciertos acontecimientos negativos, siendo los acreedores los que asumirán los costos de dicha exoneración. Así, el sistema jurídico proporciona mayores incentivos a los deudores una vez que ocurre un hecho negativo que afecta su capacidad de pago, para que se animen a trabajar y a emprender, pero también a no ocultar los ingresos de sus actividades económicas, empezando de cero, no de más abajo. De este modo se aumentan los incentivos para obtener empleos o desarrollar actividades empresariales y económicas de forma transparente y no informal (Uría Menéndez, 2015, p. 59).

LA
IMPLEMENTACIÓN
DE UN RÉGIMEN
ESPECIAL DE
INSOLVENCIA PARA
LAS MYPE

IMPLEMENTATION
OF A SPECIAL
INSOLVENCY
REGIME FOR
SMALL COMPANIES

La exoneración de las obligaciones impagas de los deudores sometidos a un régimen especial de insolvencia habilita la posibilidad de un nuevo comienzo y la inserción del micro y pequeño empresario en el ámbito comercial. En un escenario concursal común, una vez que el deudor es declarado en quiebra por falta de patrimonio para hacer frente sus deudas, cualquier acreedor impago puede solicitar el pago de estas en un futuro, en caso el deudor se encuentre en mejor situación patrimonial. En ese sentido, la exoneración de las deudas es fundamental para que el insolvente pueda comenzar de nuevo. Este mecanismo operaría a modo de aseguramiento frente al fracaso empresarial y sus consecuencias, que en ocasiones actúa como un freno frente al inicio o desarrollo de actividades empresariales, las cuales son, por definición, actividades que conllevan un riesgo. Así, los mecanismos de segunda oportunidad empresarial se centran en empresarios personas físicas, dado que las personas jurídicas no los necesitan. Esto es así porque, además de los mecanismos de limitación de responsabilidad que operan en función del modelo societario exigido por las partes, sucede que, concluido el procedimiento concursal, la persona jurídica se extingue (Pulgar Ezquerro, 2015b, p. 256).

En cuanto a los pequeños concursos y de personas naturales, existen dos modelos: el anglosajón desarrollado en Irlanda, Gran Bretaña y Estados Unidos, y el continental establecido en Alemania, Francia, Italia y Bélgica. El primero establece la segunda oportunidad o *freshstart* y se funda en no estigmatizar al deudor. Además, se caracteriza por la responsabilidad limitada del deudor, dividiendo el riesgo de los acreedores y busca una recuperación para el fallido que permita que este participe en plenitud de la vida económica y del consumo tras el fracaso inicial. El modelo continental, por su parte, busca la «*rehabilitación*» del deudor y se construye sobre la premisa de la existencia de una falta o negligencia cometida por este, lo que no implica que no deba ser ayudado para superar esta situación contingente que afecta su vida profesional y personal (Lledó & Monje, 2015, p. 12).

En los modelos antes descritos, existen, por un lado, los mecanismos judiciales y extrajudiciales de reorganización o reestructuración de deuda para facilitar su pago y, por el otro, los mecanismos orientados a procurar la exoneración, extinción o liberación de las deudas. Sobre este último punto discrepan los sistemas europeos continentales del sistema anglosajón del *freshstart*, pues este sistema se basa en principios de liquidación inmediata del patrimonio del deudor, la condonación directa (*discharge*) de las deudas no pagadas (Lledó & Monje, 2015, pp. 12-13). No obstante, antes de que un Estado adopte un modelo en particular, es importante analizar sus consecuencias e impacto en el sistema jurídico, así como dar una mirada a las experiencias comparadas de quienes han adoptado dichos modelos.

337

LA
IMPLEMENTACIÓN
DE UN RÉGIMEN
ESPECIAL DE
INSOLVENCIA PARA
LAS MYPEIMPLEMENTATION
OF A SPECIAL
INSOLVENCY
REGIME FOR
SMALL COMPANIES

En España, con la entrada en vigencia del Real Decreto-Ley 1/2015 del 27 de febrero y la ley 25/2015 de 28 de julio, se estableció en dicho ordenamiento un mecanismo mixto que propone una segunda oportunidad refinanciando las obligaciones del deudor mediante un mecanismo extrajudicial de pagos y la exoneración de las deudas del fallido. Esto es aplicable para aquellos deudores que son catalogados como pequeños empresarios así como también para las personas físicas. El mencionado Real Decreto-Ley señala lo siguiente en su exposición de motivos:

En este ámbito se enmarca de manera muy especial la llamada legislación sobre segunda oportunidad. Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer. La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo.

Así, este sistema concursal especial español tiene dos fases. La primera corresponde al acuerdo extrajudicial de pagos, en esta fase, se suspende, hasta la adopción del acuerdo, el inicio de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre el patrimonio del deudor, así como de las acciones ejecutivas de garantías sobre los bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional o sobre la vivienda habitual por un plazo de tres meses. El ingreso a este procedimiento se solicita frente a un notario, quién también puede actuar de mediador en la suscripción del acuerdo extrajudicial de pagos. En la segunda fase, en caso no se apruebe el mencionado acuerdo con los acreedores, sea este anulado o incumplido, opera (i) la exoneración ordinaria de las deudas, cuando el deudor actúa de buena fe (es decir, en caso no haya sido considerado culpable del concurso, condenado con sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico o contra los derechos de los trabajadores en los diez años a la declaración del concurso); y pago todo el crédito contra la masa y los acreedores privilegiados.

Por otro lado, (ii) en la exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor, este deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) actuar de buena fe de acuerdo con el párrafo anterior; b) presentar y comprometerse a

cumplir un plan de pagos de la deuda no liberada que el juez aprobará con las modificaciones que estime oportunas; c) haber cumplido con las obligaciones de colaboración con el administrador concursal y el juez; d) no haber disfrutado de una exoneración previa de deuda en los últimos diez años; e) no haber rechazado en los cuatro años anteriores una oferta de empleo adecuada; y, f) aceptar que conste la obtención del beneficio de deuda en el Registro Público Concursal por un plazo de cinco años.

En referencia a la exoneración de liberación del pasivo insatisfecho, no existe un límite en cuanto a su eliminación, pudiendo ser la totalidad de sus deudas, salvo aquellos créditos contra la masa o privilegiados. En cambio, la exoneración ordinaria queda sujeta a la oposición de los acreedores en caso no se cumpla con los requisitos legales para su obtención. En ese sentido, se reducen los plazos para la verificación de la existencia y cuantía de los créditos invocados y la convocatoria de la reunión entre el deudor y los acreedores, basándose el acuerdo en esperas, quitas y cesión de bienes, dejando, por ejemplo, a las capitalizaciones de deuda para reestructuraciones de deudores de personas jurídicas (Pulgar, 2015a, p. 4).

Asimismo, Francia tiene un régimen de insolvencia para las personas naturales, profesionales, autónomos y los titulares de empresas individuales de responsabilidad limitada de carácter preventivo regulado en el Código de Consumo (*Code de la consommation*). Los empresarios individuales pueden constituir patrimonios separados que provengan de actividades económicas o empresariales distintas y pueden beneficiarse del procedimiento establecido para los particulares a título de patrimonio no afecto con la condición de que el sobre endeudamiento provenga únicamente de deudas no profesionales (López, 2015, p. 215). En ese sentido, el artículo L 330-1 del *Code de la consommation* define al sobreendeudamiento de las personas físicas como

La imposibilidad manifiesta del deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y vencidas. La imposibilidad manifiesta de una persona física de buena fe de hacer frente al cumplimiento de una garantía o de responder solidariamente de las deudas de un empresario individual o de una sociedad caracteriza igualmente una situación de sobreendeudamiento (López, 2015, p. 212).

Con la apertura de este procedimiento de insolvencia, el juez señalará, en caso de ser necesario, la suspensión temporal del lanzamiento de la vivienda habitual, operará la suspensión de las cesiones de bienes consentidas por el deudor para el pago de sus deudas, salvo que sean para cumplir obligaciones de alimentos. Además, el deudor está

prohibido de realizar actos que agraven su situación de insolvencia. Sin embargo, el deudor podrá solicitar una autorización judicial para realizar algunos actos que se encuentran prohibidos (establecidos en el Código) de celebrar en este estado de insolvencia. Asimismo, las acreencias de los acreedores no devengarán intereses moratorios desde la fecha de admisión de la solicitud y el deudor deberá reorganizar la ejecución de los contratos de gastos ordinarios para la vida corriente tales como electricidad, gas, seguros, etcétera.

Este sistema de insolvencia está compuesto por dos etapas, la primera es administrativa y consiste en una conciliación solicitada por el deudor ante una comisión integrada por representantes de la administración pública, asociaciones financieras y de los consumidores y usuarios. Para ello, el deudor deberá haber actuado de buena fe, así, luego del análisis de viabilidad de la comisión, el fallido podrá beneficiarse de una reprogramación de sus deudas mediante un plan de pagos o un plan de medidas o recomendaciones elaborado por la comisión y aceptado por los acreedores, culminando este procedimiento de insolvencia. Por otro lado, si la situación patrimonial del deudor es severa o no se aprueba el plan de pagos mencionado en el párrafo anterior, opera la segunda etapa de este procedimiento que es orientada a una recuperación personal, pero serán las autoridades judiciales quienes llevarán a cabo dicho trámite que podrá culminar con o sin liquidación judicial. Ello dependerá de si el deudor cuenta con patrimonio distinto al necesario para desarrollar su vida cotidiana o para el ejercicio de su actividad profesional, quedando exonerado de sus obligaciones no profesionales al momento que se haya procedido a la liquidación de su patrimonio. Es importante mencionar que el deudor, a lo largo del procedimiento, debe acreditar una actuación basada en la buena fe, es decir, que sus deudas no hayan sido contraídas conscientemente y voluntariamente para vivir por encima de sus posibilidades o pensando en sustraerse de sus obligaciones. Además debe acreditar no haber realizado declaraciones falsas o haber entregado documentos inexactos con la finalidad de beneficiarse del procedimiento de insolvencia.

En Latinoamérica, Argentina posee, desde hace varios años, reglas específicas para pequeños concursos, sujetos en crisis patrimonial de actividad económica poco relevante. En ese sentido, es importante destacar lo señalado por Ariel Dasso con relación a este tipo de procedimientos «resulta inapropiado por su duración y onerosidad el procedimiento ordinario dirigido a sujetos económicos con participación relativamente relevante en la vida económica, constituye uno de los desafíos hasta hoy no resueltos satisfactoriamente en el derecho comparado» (Dasso, 2009, p. 150). Para que el deudor pueda solicitar someterse a este procedimiento, (i) su pasivo debe ser inferior a cien mil pesos y en la actualidad esto es un problema, pues «[a]l momento

339

LA
IMPLEMENTACIÓN
DE UN RÉGIMEN
ESPECIAL DE
INSOLVENCIA PARA
LAS MYPEIMPLEMENTATION
OF A SPECIAL
INSOLVENCY
REGIME FOR
SMALL COMPANIES

de la ley, \$ 100.000 eran (convertibilidad de por medio) US\$ 100.000, o sea, a cifras actuales, \$ 400.000 [...] es probable que en algún tiempo \$ 100.000 represente cualquier cosa menos esa cifra» (Anchával, 2011, p. 247); (ii) no deben presentarse en el proceso más de veinte acreedores quirografarios; y, (iii) el deudor no debe tener más de veinte trabajadores en relación de dependencia respecto de él.

La diferencia que existe entre este tipo de concursos y el ordinario (preventivo) consiste en que (i) no se exigen los pronunciamientos (dictámenes) que debe presentar el deudor emitidos por un contador público sobre el estado patrimonial del mismo; (ii) la no exigencia de constitución del comité de acreedores; (iii) no se aplica el *cramdown* (decisión del destino del deudor realizada por un tercero); y, (iv) quien controla el acuerdo es el síndico. Como podemos observar, fuera de estas diferencias menores, no existen otros supuestos de relevancia, tales como plazo, tasas administrativas, funcionarios, honorarios, etcétera. Es por eso que es importante tomar nota de las falencias de la experiencia comparada y no incurrir en los mismos errores, en el supuesto de elaborar una normativa especial de régimen de insolvencia para las MYPE.

De allí que sea unánime la crítica al régimen de pequeños concursos [...], pues en manera alguna cumple con su finalidad de hacer más rápido y económico el proceso. Y resulta francamente absurdo que la quiebra de una ama de casa transite casi por el mismo procedimiento que la de un gran complejo industrial, con el consiguiente dispendio de esfuerzos y costos (Rivera, 2010, p. 3).

No obstante, a diferencia de lo que ocurre en legislaciones como la de Estados Unidos, Francia o España, si el deudor no tiene patrimonio con que afrontar sus obligaciones, no existe una liberación (exoneración) de sus deudas, sino que, al estar inmerso en quiebra, opera la inhabilitación del fallido. El Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia en las personas naturales recoge las experiencias reguladas en diversos países y, entre sus conclusiones, señala implementar un mecanismo único de insolvencia para las personas naturales, cuyo principal efecto es la exoneración de deudas, independientemente de que los créditos sean derivados de una actividad de consumo o empresarial (véase Banco Mundial, 2012).

El que exista un régimen unitario de insolvencia para las personas naturales parte de la base de un elemento humano que se encuentra en este tipo de insolvencias. El principio básico del derecho concursal es compatibilizar la satisfacción de los intereses de los acreedores con la rehabilitación y recuperación del deudor. Así, el moderno sistema de insolvencia sitúa a los elementos humanos de los problemas de endeudamiento en el centro de este, sin importar cómo se gane la vida el

341

LA
IMPLEMENTACIÓN
DE UN RÉGIMEN
ESPECIAL DE
INSOLVENCIA PARA
LAS MYPEIMPLEMENTATION
OF A SPECIAL
INSOLVENCY
REGIME FOR
SMALL COMPANIES

deudor (Cuena Casas, 2015, pp. 461-518). La lógica del sistema parte de que el sobreendeudamiento se puede generar para una persona natural cualquiera que sea su actividad, empresarial o no, pues el denominador común consiste en no tener patrimonio suficiente para afrontar las obligaciones contraídas. Dado el impacto económico de las micro y pequeñas empresas en el PBI nacional, comparar la insolvencia de una empresa con la de una MYPE no tendría un impacto profundo en la economía. Sin embargo, este análisis debemos realizarlo con respecto a todas las micro y pequeñas empresas existentes en nuestro país, teniendo en cuenta que en etapas de crisis patrimoniales no son pocos los sujetos afectados que realizan actividad económica.

Sin embargo, un procedimiento concursal para las MYPE debe pretender, desde un punto de vista económico, cumplir con las obligaciones de pago asumidas por el deudor y mantener la fuente económica del empresario, reduciendo el riesgo de una crisis mundial o evitando el deterioro de la economía nacional. Desde el punto de vista financiero, se debe garantizar a los acreedores que, al financiar una MYPE, tendrán un sistema concursal que protegerá el patrimonio del deudor y que respetará los órdenes de preferencia establecidos. Asimismo, el procedimiento permitirá el acceso de las MYPE a los servicios financieros adecuados para la continuación de su actividad económica, toda vez que un procedimiento concursal que asegure el cumplimiento y garantice dichas obligaciones será un factor que evitará que exista un impedimento para brindar productos financieros específicos en condiciones equitativas y atractivas para el sector. Ello permitirá un acceso al crédito de los deudores, toda vez que el riesgo de irrecuperabilidad de los créditos y las tasas de interés para acceder a dichos créditos serán menores. Además, desde un punto de vista social, se debe ofrecer al micro y pequeño empresario la posibilidad de continuar en la economía de un país o, de ser el caso, poder reiniciar su vida productiva.

Se debe privilegiar, como objetivo de este sistema concursal, el incrementar las expectativas de cobro de las obligaciones asumidas por las MYPE frente a sus acreedores, de lo contrario, estos se verán burlados por un sistema que lo que hace es proteger al deudor y no volverán a otorgar y ofrecer los diversos servicios financieros. Esto debe evitarse, pues, a la postre, causaría a nivel macroeconómico un deterioro en la economía nacional. Un punto central para el acceso de las MYPE a un sistema de insolvencia es la reducción de información sobre el manejo de la información del negocio, situación que, en su momento, fue analizada por la autoridad concursal. Con el objeto de facilitar el acceso de un mayor número de empresas (pequeña, mediana y micro empresa) a los mecanismos de reestructuración previstos en la ley, se prefirió, en su momento, un estándar de información bastante bajo, en el entendido de que «los acreedores, principales interesados en tomar una

decisión eficiente, en coordinación con el deudor y los administradores designados, generarían la información suficiente para encontrarse en aptitud de tomar las mejores decisiones» (INDECOPI, 2000, p. 119).

Así, una empresa individual de responsabilidad limitada no está eximida, a pesar de no estar obligada a llevar entre su contabilidad un «Estado de Flujo de Efectivo», de elaborar y presentar dicho documento de conformidad con las normas que rigen la contabilidad, a fin de poder acogerse al régimen concursal en los términos exigidos en el literal d) del artículo 25.1 de la LGSC. En ese sentido, el pedido de dicha empresa de acogerse a un procedimiento concursal ordinario le fue denegado (véase criterio dictado al interior del expediente 0258-2013/CCO-INDECOPI, mediante resolución 0629-2014/SCO-INDECOPI), es así que, «para el comerciante individual llevar una contabilidad arreglada a derecho es una carga. Para los administradores de una sociedad es una obligación» (Fushimi & Richard, 2013, p. 665).

En ese sentido, la idea que se propuso en su momento —y que se debería retomar— es que la documentación exigida a estos deudores sea suscrita por contador público colegiado y representante legal de la empresa, sin la necesidad de que la misma sea previamente auditada para evitar que se generen costos elevados a las pequeñas y micro empresas que necesitan acceder a los procesos de reorganización empresarial y evitar desalentar la utilización de dichos instrumentos (INDECOPI, 2000, p. 154). Por otro lado, cuando el deudor se encuentra en un proceso disolución y liquidación y el activo del concursado a realizar es insuficiente para el pago de sus obligaciones, corresponde extinguir el patrimonio del deudor. La entidad liquidadora deberá solicitar bajo responsabilidad en un plazo no mayor de treinta días la declaración judicial de la quiebra del insolvente, de conformidad con el artículo 99.4 de la LGSC. En virtud de ello, uno de los efectos del auto judicial de quiebra es aplicado de manera particular a las personas naturales y no jurídicas, pues limita el accionar empresarial del quebrado con una inhabilitación de ejercer ciertas actividades empresariales por cinco años, tal como lo disponen los artículos 100 y 101 de la LGSC. De lo expuesto anteriormente, un procedimiento concursal para las MYPE no puede regular un castigo para el quebrado, pues lo que se busca es que estas empresas (personas naturales) reingresen al mercado realizando actividad empresarial como su fuente principal de ingresos.

VII. CONCLUSIONES

El número de empresas que utiliza el régimen concursal peruano es menor en referencia a otros países. Ello no implica necesariamente que un sistema concursal no sea eficiente, pero permite notar que existe un bajo índice de MYPE que utiliza este régimen, ya sea de manera

voluntaria o a pedido de sus acreedores. Esto se debe a los altos costos de transacción que esto implica y la poca recuperación de créditos que existe.

La práctica comercial nos señala que existen reorganizaciones empresariales no solo de grandes empresas, sino también de MYPE. Hay crisis empresariales en la actualidad por factores como la caída de los precios de los metales, la desaceleración económica que vive el país, el riesgo político (año de elecciones electorales), fenómeno del niño, etcétera, sin embargo, estas reestructuraciones se dan de manera privada, toda vez que, al menos para las pequeñas y medianas empresas, el régimen concursal peruano no brinda las herramientas para que estas adopten la mejor decisión sobre su destino y para afrontar su obligaciones impagas.

Con la presente investigación no se pretende diseñar una ley concursal para MYPE, sino determinar que estas empresas deben de tener un régimen concursal distinto al actual, con objetivos y finalidades acordes a la realidad de dichas empresas, y flexibilizar y agilizar la tramitación del procedimiento concursal, como requisitos, plazos, etcétera, para poder acceder a fuentes de financiamiento con bajos intereses. Asimismo, como ha ocurrido en otros países que han diseñado en su ordenamiento jurídico este régimen de insolvencia, es importante destinar los recursos pertinentes para que la autoridad concursal vele por su correcto funcionamiento y opere en función a su finalidad e incluso desconcentrar su actividad para no colapsar el sistema concursal actual. Es importante, analizar las diversas experiencias de otros países y, de acuerdo con el desarrollo económico del país, adoptar las diferentes instituciones que componen un régimen de insolvencia de persona natural empresaria.

En ese sentido, el acceso al sistema financiero y las ventajas que este puede brindar para el sector MYPE en el marco de su actividad económica a través de los créditos es un aspecto que resulta indispensable para la viabilidad y estabilidad del sector. Por ello, su inserción como consumidores dentro del sistema financiero en condiciones razonables y equitativas respecto de los demás sectores es una necesidad no solo económica, sino social.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Anchával, Hugo (2011). *Insolvencia del consumidor. Sobreendeudamiento de las personas físicas*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Andriani, Carlos, Rodolfo Biasca & Mauricio Rodríguez (2004). *Un nuevo sistema de gestión para lograr Pymes de clase mundial*. Segunda edición. Bogotá: Norma.

LA
IMPLEMENTACIÓN
DE UN RÉGIMEN
ESPECIAL DE
INSOLVENCIA PARA
LAS MYPE

IMPLEMENTATION
OF A SPECIAL
INSOLVENCY
REGIME FOR
SMALL COMPANIES

Astuquipán, Carlos (2015). Sistema Bancario. Más allá de la desaceleración. Informe Especial. *Business*, mayo, 10-19.

Avolio, Beatrice, Alfonso Mesones & Edwin Roca (2011). Factores que limitan el crecimiento de las Micro y Pequeñas empresas en el Perú (MYPES). *Strategia*, 22, 70-80.

Banco Central de Reserva del Perú (2015). Reporte de estabilidad financiera. Noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Estabilidad-Financiera/ref-noviembre-2015.pdf>. Fecha de consulta: 14 de enero de 2016.

Banco Central de Reserva del Perú (2016). Nota semanal 1. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Nota-Semanal/2016/ns-01-2016.pdf>. Fecha de consulta: 14 de enero.

Banco Mundial (2012). Draft Report on the treatment of the Insolvency of Natural Persons. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>. Fecha de consulta: 14 de enero de 2016.

Banco Mundial (2016). Facilidad para hacer negocios en Perú. En: *Doing Business. Midiendo Regulaciones para Hacer Negocios*. Disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/peru/#resolving-insolvency>. Fecha de consulta: 14 de enero de 2016. Bonfanti, Mario & José Garrone (1983). *Concurso y quiebras*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Bravo Orellana, Sergio (2013). *Evaluación de proyectos y decisiones de inversión*. Lima: Platinum Owl.

Cuena Casas, Matilde (2015). La insolvencia de la persona jurídica. Prevención y solución. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 55, 461-518.

Dasso, Ariel (2009). *Derecho concursal comparado. Tomo I*. Buenos Aires: Legis.

Echeandía, Luis Francisco (2001). Odisea concursal y crisis empresarial. Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador. *Ius et Veritas*, 22, 194-224.

Fushimi, Jorge Fernando & Efraín Hugo Richard (2013). La información: Libros de contabilidad e informe general del síndico. En: *Ensayos de Derecho Empresario* N° 8, Córdoba: Fundación para el Estudio de la Empresa.

Gebhardt, Marcelo (2009). *Prevención de la insolvencia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

INDECOPI (2000). Perfeccionamiento del sistema de reestructuración patrimonial. Diagnóstico de una década. Documento de Trabajo 008-2000. Área de Estudios Económicos. Lima.

INDECOPI (s/a). Tasas. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/web/procedimientos-concursales/tasas>. Fecha de consulta: 14 de enero de 2016.

INDECOPI(2016). Reporte de Estadísticas Institucionales. *Reporte Mensual, Enero 2016*, 16(156). Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/174845/Ene16.pdf>. Fecha de consulta: 18 de enero de 2016.

INEI (2013). Resultados de la encuesta de micro y pequeña empresa 2012. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática. Disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1093/Libro.pdf. Fecha de consulta: 6 de enero de 2016.

INEI (2015). *Perú: Estructura empresarial 2014*. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática. Disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1262/index.html. Fecha de consulta: 6 de enero de 2016.

Junyent Bas, Francisco & Carlos Molina (2002). *Sistema de ineficacia concursal. La retroacción en la quiebra*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Kosolchyk, Boris (2007). El crédito comercial y su efecto en la disminución de la pobreza. *Decita. Derecho del Comercio Internacional*, 7-8, 38-71.

Lizárraga Vera-Portocarrero, Anthony (2014). *Estudio doctrinario y jurisprudencial de los actos perjudiciales contra la masa concursal en el Perú, entorno a la ineficiencia aplicativa de la denominada ineficacia de los actos del deudor concursado: Análisis y propuestas, considerando la necesidad de mejorar la misma en el sistema concursal peruano*. Tesis para optar por el título de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lledó Yague, Francisco & Óscar Monje Balmaseda (2015). La segunda oportunidad o *freshstart*: deudor persona física y sobreendeudamiento ¿condonación definitiva? *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 6 (enero-junio), 11-15.

López San Luis, Rocío (2015). El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia. *Revista de Derecho Civil*, 2(2), 207-228.

Ministerio de la Producción (2015). *Las Mipyme en cifras 2014*. Lima. Disponible en: <http://www.produce.gob.pe/remype/data/mype2014.pdf>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2016.

Modigliani, Franco & Merton Miller (1958). The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment. *The American Economic Review*, 48(3), 261-297.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2014). OIT: La informalidad laboral en las micro y pequeñas empresas de América Latina llega a 60%. Disponible en: http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_319078/lang-es/index.htm. Fecha de consulta: 6 de enero de 2016.

Presidencia de la República (2008). Decreto supremo 007-2008-TR. Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE. *Diario Oficial El Peruano*, 30 de setiembre, 380601-380612.

Pulgar Ezquerria, Juana (2015a). Acuerdos extrajudiciales de pagos, Pymes y mecanismos de segunda oportunidad. *Diario La Ley*, 13 de mayo.

Pulgar Ezquerro, Juana (2015b). El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español. En: autores varios, *Estudio sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (pp. 253-268). Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.

Rivera, Julio César (2010). Insolvencia de las personas físicas (en particular de los consumidores). *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa. La Ley*, 1(2), 58-70.

SBS (2015a). Carpeta de información del Sistema Financiero. Gráficos. Disponible en: <https://intranet1.sbs.gob.pe/estadistica/financiera/2015/Noviembre/SF-2102-no2015.PDF>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2016.

SBS (2015b). Perú: Indicadores de inclusión financiera de los sistemas financiero, de seguros y de pensiones. Disponible en: <https://intranet1.sbs.gob.pe/estadistica/financiera/2015/Junio/CIIF-0001-jn2015.PDF>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2016.

Schmerler, Daniel (2010). Implicancias de la suspensión de exigibilidad de obligaciones y de la protección patrimonial del deudor concursado en el Perú. *Derecho y Sociedad*, 34, 40-49.

Silupú, Brenda (2008). Fondos de capital riesgo: Una alternativa de financiamiento para las micros y pequeñas empresas (Mypes) en el Perú. *Gestión Joven, Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas*, 1, 40-49.

Silupú, Brenda (2013). Estructura de financiamiento en las Mypes. *Tú mismo eres*, 21 de marzo. Disponible en: <http://blogs.peru21.pe/tumismoeres/2013/02/estructura-de-financiamiento-e.html>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2016.

Silva Gil, Ronald (2013). Sociedad de Garantías Recíprocas-SGR como mecanismo para facilitar el acceso a crédito de las Mypes en el Perú. *Gestión Pública y Desarrollo, Estudio Caballero Bustamante*, B7-B9.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) (s/a). Definiciones de créditos. Disponible en: http://www.sbs.gob.pe/app/stats/Notas/Definiciones_creditos.pdf. Fecha de consulta: 14 de enero de 2016.

Tapia Hermida, Alberto (2007). *La titulización de créditos a Pymes en Iberoamérica*. Madrid: Fundación Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores.

Uría Menéndez (Estudio de Abogados) (2015). *La segunda oportunidad del deudor persona individual en derecho español y el Real Decreto-Ley 1/2015*. Madrid: Actualidad Uría Menéndez.

Normativa y Jurisprudencia

Congreso de la República (2002). Ley 27809. Ley General del Sistema Concursal.

Congreso de la República (2014). Ley 30201. Ley que crea el Registro de Deudores Judiciales Morosos. *Diario Oficial El Peruano*, 28 de mayo de 2014.

Congreso de la República (2015). Ley 30308 que modifica diversas normas para promover el financiamiento a través del Factoring y el descuento, 12 de marzo.

Jefatura del Estado (España) (2015). Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. *Boletín Oficial del Estado*, 51(28 de febrero), 19058-19101. BOE-A-2015-2109.

Presidencia de la República & Ministerio de Economía y Finanzas (2015). Decreto supremo 397-2015-EF Aprueban Unidad Impositiva Tributaria (UIT) para el año 2016. *Diario Oficial El Peruano*, 24 de diciembre.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2008). Resolución SBS 11356-2008 del 19 de noviembre de 2008, modificada mediante Resolución SBS 14353-2009 del 30 de octubre de 2009.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2015). Resolución SBS 4358-2015. Reglamento de Factoring, descuento y empresas de Factoring, 25 de julio.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Procedimientos Concursales (2014). Resolución 0629-2014/SCO-INDECOPI, 30 de setiembre.

Recibido: 14/04/16
Aprobado: 09/08/16

347

LA
IMPLEMENTACIÓN
DE UN RÉGIMEN
ESPECIAL DE
INSOLVENCIA PARA
LAS MYPE

IMPLEMENTATION
OF A SPECIAL
INSOLVENCY
REGIME FOR
SMALL COMPANIES