

La Unión Hace la fuerza: Reflexiones en torno a la Unificación de los Procesos Concursales

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO*

Abogado, Profesor de Derecho Concursal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

1. Introducción

En días recientes el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) publicó una propuesta para la modificación legislativa de la Ley de Reestructuración Patrimonial.¹

La referida propuesta trae, entre sus principales innovaciones, la acumulación de los distintos procesos concursales existentes en uno solo, en vista que “la experiencia ha demostrado que el establecimiento de distintos procedimientos para regular situaciones de crisis patrimonial no contribuye al fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial pues dispersa el tratamiento normativo y dificulta la actuación de los órganos encargados de su tramitación y supervisión.”²

Esta afirmación (que compartimos totalmente) resulta ser la consecuencia lógica del tratamiento otorgado en los últimos años a nuestro mal llamado “sistema de reestructuración patrimonial”³.

En efecto, con una saludable intención de querer “modernizar” nuestras instituciones concursales y brindar

todas las facilidades posibles a las empresas y personas en crisis financieras para solucionar sus problemas, se fueron dictando un considerable número de leyes y normas de rango menor que provocaron cambios constantes y sustanciales en nuestro sistema concursal que (sin ánimo de indicar los méritos o deméritos de los mismos) trajeron consigo yuxtaposiciones y evidentes confusiones al momento de su aplicación, tanto por parte de los usuarios como de la propia autoridad administrativa.

Al respecto, resulta interesante recoger lo señalado en la Exposición de Motivos del proyecto de reforma legislativa antes referido, en el sentido de que “la disparidad de las normas involucradas en cada uno de los procedimientos ha sido susceptible de dificultar en los agentes del mercado un completo entendimiento del sistema de reestructuración patrimonial, pues éstos se encontraban frecuentemente ante una pluralidad de procesos con disímiles reglas de juego a las que tenían que someterse para obtener el pago de los créditos y la superación de la crisis empresarial”.

Lo anterior, provocó un estado de permanente expectativa en los agentes económicos por conocer cuál era la “última norma de reestructuración”, convirtiéndose así, en muchos casos, en meros especuladores del sistema

* El autor se desempeña como Secretario Técnico de la Comisión de Reestructuración Patrimonial de la Oficina Descentralizada del INDECOPI en el Colegio de Contadores Públicos de Lima. Sin embargo, las apreciaciones y conclusiones vertidas en este artículo son estrictamente personales, por lo que no suponen opiniones o criterios de la citada autoridad concursal ni de ningún otro órgano funcional del INDECOPI.

1 Conviene precisar que las referencias que efectuemos a la Ley de Reestructuración Patrimonial, contemplan las modificaciones producidas en ella a través de la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial (Ley N° 27146) y las normas transitorias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas (Decreto de Urgencia N° 064-99).

2 Exposición de Motivos del proyecto de “Ley del Procedimiento Concursal”, publicada en la página web del INDECOPI.

3 Esta denominación, por lo demás pomposa, se ha convertido en toda una paradoja a la luz de los resultados de las decisiones de las Juntas de Acreedores con respecto al destino de los deudores insolventes. Como es de público conocimiento entre el 75% a 80% de decisiones han optado por la disolución y liquidación del insolvente, dejando a la reestructuración patrimonial en un nivel comparativamente diminuto y al “sistema” que lo enmarca en un estado de frustración y fracaso.

Este asunto, por cierto, merece un análisis exhaustivo y pormenorizado. Sin embargo, como quiera que ello no es objeto de este artículo, dejemos el compromiso pendiente, pero usemos una denominación más apropiada como es la de sistema concursal peruano.

más que en usuarios conscientes del mismo. Incluso, en los últimos meses, esta expectativa llegó a niveles tan altos, que no faltaron gremios o instituciones solicitando al Poder Ejecutivo o al Poder Legislativo “Procedimientos Ad-hoc” a la medida de su sector⁴.

El presente artículo busca analizar brevemente los objetivos y las características principales de los procesos alternativos concursales, así como algunas ventajas y desventajas detectadas, con el afán de determinar si su continuidad es recomendable o si, por el contrario, tal como se plantea en el proyecto de reforma legislativa formulado por el INDECOPI, es más eficiente su acumulación en un único proceso administrativo. Luego de lo cual, nos aventuraremos a proponer nuestro diseño del sistema concursal.

2. Los Procesos Alternativos Concurales⁵

2.1. El Decreto Ley N° 26116.

Con el Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial de 1992, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 044-93-EF, se crea un régimen excepcional que, a través de un procedimiento administrativo denominado declaración de insolvencia, protege el patrimonio de la empresa acogida a dicho régimen, permitiendo su reestructuración económica financiera, su disolución y liquidación extrajudicial o su quiebra, alternativas ofrecidas exclusivamente al grupo de acreedores afectados por la crisis de la empresa, quienes se agrupaban bajo un órgano colectivo, estos es, la Junta de Acreedores.

Las dos grandes bondades de este sistema, a diferencia del régimen de quiebras anterior, giraban en torno a la “privatización” de las decisiones empresariales y a la “desjudicialización” de la tramitación del proceso que las encausaba. Estos aspectos, en teoría, aunados a la suspensión de la exigibilidad de obligaciones del

insolvente así como a la protección de su patrimonio respecto de acciones de ejecución o embargo por parte de terceros, debían otorgar seguridades en cuanto a la eficiente reasignación de los recursos escasos del concursado, en tanto la maximización del valor del negocio se constituía en el objetivo central del sistema.

Para llevar a cabo lo acotado anteriormente, se diseñó el procedimiento de declaración de insolvencia, al cual podía concurrirse a solicitud del propio deudor o ante el pedido de uno o más acreedores. Sin embargo, nótese la necesidad de solicitar el inicio de un proceso de insolvencia y obtener la calificación de tal, para poder acceder a los acuerdos de reestructuración, liquidación o quiebra, según el caso.

En ese sentido, el Decreto Ley N° 26116 no ofrecía a los usuarios del sistema una diversidad de procedimientos. Por el contrario, se estructuró sobre la base de un procedimiento de “talla única” para las empresas interesadas, sin distinguir, a tales efectos, el tipo de problema financiero que pudiera acontecer con aquéllas ni las peculiaridades del negocio.

2.2. El Decreto Legislativo N° 845.

Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial de 1996, aparecen el Concurso Preventivo y el Procedimiento Simplificado en la escena concursal peruana como procesos diferenciados al ya conocido procedimiento de declaración de insolvencia.

La justificación de su incorporación legislativa, según se dijo, podemos resumirla en las siguientes cinco razones:

- a) La necesidad de otorgar un tratamiento preventivo a la crisis.
- b) Favorecer la reprogramación de obligaciones dentro

4 Así por ejemplo, tenemos que por Decreto de Urgencia N° 031-2000 publicado en el diario oficial “El Peruano” el 19 de mayo del 2000 se establecieron normas de excepción destinadas a crear condiciones para el desarrollo de programas de reprogramación del pago de créditos agropecuarios, bajo la lógica de un esquema concursal.

5 Para facilitar la lectura del lector, el título de procesos alternativos concursales abarca al Concurso Preventivo, al Procedimiento Simplificado y al Procedimiento Transitorio.

de un marco de negociación traducido en una Junta de Acreedores.

- c) Reducir aún más plazos y costos de transacción.
- d) Incorporar a la pequeña y micro empresa a los mecanismos preventivos de crisis financieras, y
- e) Descentralizar los beneficios del sistema concursal.

De esta manera se dotó de razonabilidad a estos nuevos procesos concursales y, además, se les otorgó cuatro características comunes con el objeto de diferenciarlos del procedimiento de declaración de insolvencia, a saber: (i) el impulso para iniciar el proceso sólo competía al deudor, (ii) para acogerse a cualquiera de ellos no se requería estar en un estado objetivo de insolvencia (sea por insuficiencia patrimonial o cesación de pagos), (iii) desechaba cualquier opción liquidatoria, dado que ambos tendían a la refinanciación de las obligaciones del concursado, sin posibilidad de que la Junta de Acreedores elija la disolución y liquidación como destino de la empresa y (iv) la Junta de Acreedores carecía de mecanismos legales para supervisar la marcha de la reestructuración y para imponer órganos de control dentro del esquema organizacional del concursado.

2.3. La Ley N° 27146.

Como quiera que ni el Concurso Preventivo ni el Procedimiento Simplificado alcanzaron el éxito y utilización deseada⁶, en los años 1998 y 1999 se trabajó una modificación de la ley concursal con la finalidad de obtener, entre otras cosas, una mejora en el diseño de los procesos alternativos concursales. Así, se promulga la Ley N° 27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, que con relación al tema que nos ocupa señaló lo siguiente:

“Los procesos de concurso preventivo y procedimiento simplificado permiten a un deudor en dificultades procurar una reestructuración patrimonial. La diferencia principal con respecto al proceso de

insolvencia, reside en que tienen por objeto prevenir situaciones de insolvencia, en el entendido que resulta más eficiente y menos costoso prevenir la enfermedad antes que tratarla una vez que ésta ya se ha presentado. En ese sentido, a través del concurso preventivo o el procedimiento simplificado, no se declara la insolvencia del deudor sino que se busca prevenir y evitar tal desenlace. Ambos son procesos de requisitos sencillos y plazos cortos, de tal forma que por lo reducido de sus costos puedan ser utilizados sobre todo por la micro, pequeña y mediana empresa(...)

Tanto bajo el concurso preventivo o bajo el procedimiento simplificado, el deudor y los acreedores tienen la posibilidad de en una sola sesión operar y curar al “enfermo”, aprobando una reestructuración patrimonial que permita al deudor seguir funcionando en el mercado y a los acreedores recuperar la totalidad de sus créditos”⁷.

El postulado antes referido pretende justificar la existencia de estos procesos en la normativa concursal y su desarrollo, de forma separada, respecto del procedimiento de insolvencia. No obstante ello, para llegar a una buena conclusión sobre este particular, consideramos importante ahondar un poco más sobre la cita recientemente formulada.

A tales efectos, describiremos brevemente los rasgos fundamentales de ambos procesos con el objeto de contrastarlos con el procedimiento de insolvencia:

A) El Concurso Preventivo:

Es un proceso concursal promovido exclusivamente por el deudor (persona natural o jurídica) y está destinado a la reprogramación de sus obligaciones, ante la imposibilidad inmediata de pago o dificultad de honramiento futuro de deudas.

6 Al respecto, basta apuntar que en los años 1997 y 1998 el número de solicitudes de Concurso Preventivo y Procedimiento Simplificado ascendieron a 10 y 22, respectivamente. Esto, según la estadísticas presentada por el INDECOPI en el Documento de Trabajo elaborado con ocasión de la reforma del Decreto Legislativo N° 845. El citado documento fue publicado en el diario oficial “El Peruano” el 16 de diciembre de 1998.

7 En: Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico y Propuesta. Documento de Trabajo N° 002-1999 elaborado por el Área de Estudios Económicos del INDECOPI y publicado en el diario oficial “El Peruano” el 17 de marzo de 1999.

Este proceso se tramita ante la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI o sus entidades delegadas y para acogerse al mismo se requiere la presentación de una serie de documentos e información relativa al solicitante así como del proyecto de Acuerdo Global de Refinanciación.

La autoridad concursal, luego de la constatación pertinente, admite a trámite la solicitud acogiendo a concurso preventivo al deudor y disponiendo la publicación del concurso, con el fin de recabar las solicitudes de reconocimiento de créditos. En esta instancia la persona acogida goza (de ser solicitado por ella) de protección patrimonial y se suspende la exigibilidad de sus obligaciones. De otro lado, cabe señalar que la actividad de reconocimiento de créditos en este proceso sigue las mismas reglas y principios que la verificación dada en el proceso de insolvencia.

Finalmente, la Junta de Acreedores reunida tendrá como tareas básicas (i) elegir a sus autoridades, (ii) pronunciarse (a favor o e contra) respecto del proyecto de Acuerdo Global presentado y (iii) disponer las acciones de fiscalización y gestión sobre el deudor a través del Comité de Vigilancia, el veedor y los representantes ante el Directorio del concursado.

De aprobarse el proyecto de Acuerdo se obtendrá la refinanciación total de las obligaciones concursales del deudor⁸. De no aprobarse éste, queda abierta la posibilidad de ingresar al régimen de insolvencia⁹.

B) El Procedimiento Simplificado:

Es también un proceso concursal promovido por el deudor (persona natural o jurídica, considerada

empresa) que, al igual que en el caso del concurso preventivo, busca el refinanciamiento de sus obligaciones. La única peculiaridad en esta noción es que los pasivos materia del proceso no pueden superar las 200 UIT al inicio del mismo.

El procedimiento simplificado se tramita ante los Notarios Públicos y los Secretarios Técnicos de las Comisiones de Reestructuración Patrimonial y para su acogimiento se requiere también la presentación de una serie de documentos e información relativa al solicitante así como del proyecto de Convenio de Reprogramación de Pagos.

Del mismo modo la autoridad, luego de la constatación pertinente, admite a trámite la solicitud acogiendo al procedimiento simplificado al deudor y disponiendo la publicación del concurso, con el fin de recabar las solicitudes de los acreedores. Aquí sí tenemos una diferencia: no se ingresa a una fase de reconocimiento de créditos, sino de registro y conciliación de acreencias, y en caso de no llegarse a acuerdos entre las partes, recién se pasa al reconocimiento del crédito por parte de la Comisión¹⁰.

Finalmente, la Junta de Acreedores reunida tendrá como tareas básicas (i) elegir a sus autoridades y (ii) pronunciarse (a favor o en contra) respecto del proyecto de Convenio de Reprogramación de Pagos presentado por el deudor. Cabe observar que la protección patrimonial ocurre solamente con la aprobación del Convenio y que la Junta de Acreedores, por otra parte, no goza de facultades de fiscalización ni de gestión sobre el negocio del concursado.

De aprobarse el proyecto de Convenio se obtendrá la refinanciación total de las obligaciones

8 En materia concursal existen dos grandes grupos de obligaciones: las obligaciones concursales, esto es, aquellas devengadas hasta la fecha en que se hace público el concurso y las obligaciones post-concursales, es decir, aquellas devengadas a partir del día siguiente de la publicidad antes referida. Nótese que hablamos de lo devengado, mas no de lo vencido. Por otra parte, la importancia sustancial de esta división está en que las obligaciones concursales forman parte del procedimiento y su tratamiento va a verse regulado por la Junta de Acreedores, en tanto que las obligaciones post-concursales, al encontrarse fuera del proceso, van a ser pagadas a su vencimiento, debiendo respetarse, sin alteraciones, los términos y condiciones pactados inicialmente por el deudor y el acreedor en la relación individual.

9 Al respecto, consultar el numeral 4 del artículo 14 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial

10 Sobre este punto, el artículo 96 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI explica con bastante claridad este mecanismo.

concurso del deudor. De no aprobarse éste, concluye de inmediato el proceso.

Ahora sí, regresemos a la inquietud que dio mérito a esta breve explicación acerca de los aspectos primordiales del concurso preventivo y del procedimiento simplificado: ¿se justificaba la creación de estos procesos diferenciados del proceso de insolvencia?

De todo lo visto anteriormente, consideramos que no por las siguientes razones:

- (i) La previsión no era tal: Desde el momento que se dejó “la puerta abierta” para ingresar a los procesos alternativos, sin requerir al solicitante que se ubique en una situación declarada de falta

de insolvencia se perdió el carácter preventivo de los mismos. De este modo, cualquier persona podía usar el régimen preventivo o simplificado siendo totalmente insol-

vente. ¿Con esto se quería decir que diferentes “remedios” se aplicaban a la misma “enfermedad”? No, lo que sucedía es que se tenían insolventes “disfrazados bajo la piel” de los procesos preventivos. Ello explica, a mi juicio, la poca utilización de estos últimos y su baja efectividad.

- (ii) El fin era el mismo: En materia concursal tenemos dos vías —el sendero reorganizativo y el sendero liquidatorio del patrimonio—. El diseño legal de nuestro proceso de insolvencia contempla las dos —a través de la llamada reestructuración patrimonial o a través de la disolución y liquidación—¹¹. Los procesos alternativos aludidos tienden a la primera vía (contemplada en el proceso de insolvencia). A manera de ejemplo, basta revisar las definiciones

anteriormente expuestas para observar cómo el procedimiento simplificado y el concurso preventivo se construyen con el ánimo de reorganizar el pasivo del concursado.

- (iii) Los instrumentos usados son los mismos: el concepto de Acuerdo Global de Refinanciación y Convenio de Reprogramación de Pagos es el mismo, ambos son documentos elaborados por el deudor conducentes al refinanciamiento de sus obligaciones y son aprobados, por mayoría calificada, por la Junta de Acreedores, una vez que ésta evalúa la viabilidad de la propuesta. Esta noción no es para nada ajena a la del Plan de Reestructuración, con la sola diferencia que el proponente de dicho instrumentos concursal no es el propio insolvente, sino un administrador designado por la Junta.

“...Crear varios procesos alternativos orientados al mismo fin y solamente diferenciados por aspectos adjetivos atenta contra la estabilidad y seriedad del Sistema concursal mismo...”

A mayor abundamiento, si repasamos el contenido que debe tener todo Plan de Reestructuración, Convenio de Reprogramación de Pagos y Acuerdo Global de Refinanciación (como es el

caso de la relación de obligaciones, cronograma de pagos, mecanismos de financiamiento, entre otros), vamos a observar que es prácticamente el mismo¹². Ello no carece de sentido, si tenemos en cuenta —como ya se ha anotado— que los tres procesos —insolvencia en la vía de la reestructuración, concurso preventivo y procedimiento simplificado— apuntan exactamente al mismo fin de acuerdo a nuestro diseño legal, esto es, el saneamiento del patrimonio del deudor y el refinanciamiento de sus obligaciones.

Antes de finalizar esta sección, es conveniente señalar lo siguiente (sobretudo para el lector acucioso): como están diseñados legislativamente los institutos en cuestión, hemos determinado que no existen diferencias conceptuales entre el concurso preventivo y el

11 Ver artículo 35 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI.

12 Ver artículos 47, 100 y 109 del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI.

procedimiento simplificado con relación al proceso de insolvencia que justifiquen la existencia de los primeros en nuestra norma concursal, y también hemos visto que la naturaleza y finalidad de aquéllos no guardan rasgos disímiles que ameriten un desarrollo normativo aparte.

Sin embargo, sería perfectamente válido manifestar que, de la misma explicación ofrecida líneas arriba, se encuentran diferencias entre el concurso preventivo y el procedimiento simplificado, las que si ameritarían este trato aparte. Por ejemplo: la fase de reconocimiento de créditos es diametralmente opuesta, el momento de protección patrimonial no coincide, varían algunos requisitos de admisibilidad así como los plazos otorgados, entre otros.

No obstante ello, consideramos que estas diferencias de índole procesal no enervan las apreciaciones formuladas anteriormente. De pronto, la única distinción no procesal significativa se refiere a la exigencia de pasivos no mayores a 200 UIT para admitir a trámite una solicitud de procedimiento simplificado, lo que no ocurre en el caso del concurso preventivo.

Al respecto, compartimos lo afirmado por Hugo Silva quien respecto a este asunto señala que “este supuesto no justifica la existencia de dos tipos distintos de procesos concursales de igual naturaleza, pues es posible que en un solo proceso de naturaleza preventiva se admitan las pretensiones de reestructuración de los deudores, contemplándose las variaciones que resulten necesarias para permitir una regulación más expeditiva y sencilla para el caso de los deudores titulares de pequeños negocios”¹³.

2.4. El Decreto de Urgencia N° 064-99.

Con fecha 1 de diciembre de 1999 se publicó en el diario oficial “El Peruano” el Decreto de Urgencia N° 064-99 por medio del cual se establecieron normas

transitorias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas¹⁴.

Sin entrar en mayores detalles, lo anterior obedeció, desde nuestro punto de vista, a la saturación y demora de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI y sus nueve (9) Entidades Delegadas en el ámbito nacional en la tramitación de los procesos de insolvencia presentados¹⁵. Adicionalmente, se buscó facilitar el acceso a los beneficios que otorga un régimen concursal, descentralizando a los agentes aplicadores del proceso transitorio y flexibilizando o simplificando los requisitos para ingresar en él.

Estas intenciones —saludables por cierto— ¿justificaban la existencia de este proceso en la normativa concursal? A tales efectos, y siguiendo la metodología empleada cuando examinamos la justificación del concurso preventivo y el procedimiento simplificado, describiremos brevemente los rasgos fundamentales del proceso transitorio con el objeto de contrastarlos con los otros procedimientos existentes:

A) El Procedimiento Transitorio:

Es un proceso concursal promovido exclusivamente por el deudor (persona jurídica o natural que realiza actividad empresarial) y está destinado a facilitar programas y convenios de saneamiento que contemplen mecanismos de capitalización, condonación, reprogramación de obligaciones u otros¹⁶.

Este proceso se tramita ante los Fedatarios acreditados en INDECOPI y para acogerse al mismo se requiere la presentación de una serie de documentos e información relativa al solicitante (igual que la exigida para iniciar un procedimiento

13 SILVA QUINTANA, Hugo. Los procesos concursales preventivos: ¿es necesaria su unificación? En: Informativo Legal Rodrigo & Hernandez Berenguel. Volumen 166, abril 2000, pag. 26.

14 Cabe advertir que conforme a lo establecido en la Segunda Disposición Transitoria del Decreto de Urgencia N° 064-99, el procedimiento transitorio estaría vigente para las solicitudes de acogimiento del mismo que se presenten hasta el 31 de diciembre del 2000. Sin embargo, por Decreto de Urgencia N° 116-2000 publicado en el diario oficial “El Peruano” el 27 de diciembre del 2000 se prorrogó este plazo hasta el 31 de marzo del 2001.

15 Según el Area de Estudios Económicos del INDECOPI entre los años 1993 a 1999 se acogieron 2,455 empresas al sistema concursal. En: Boletín Estadístico Mensual del INDECOPI, diciembre del 2000.

16 Ver artículos 1 y 2 del Decreto de Urgencia N° 064-99.

simplificado) así como del proyecto del Programa o Convenio de Saneamiento.

El fedatario, luego de la constatación pertinente, realiza la publicación relativa a la admisión a trámite del proceso transitorio, con el fin de que se presenten los acreedores del concursado. En esta instancia la persona acogida goza (de ser solicitado por ella) de protección patrimonial y se suspende la exigibilidad de sus obligaciones. De otro lado, cabe señalar que en este proceso no se ingresa a una fase de reconocimiento de créditos —como ocurre en el proceso de insolvencia y en el concurso preventivo—, sino de registro y conciliación de acreencias —al igual que en el procedimiento simplificado—, y en caso de no llegarse a acuerdos entre las partes, recién se pasa al reconocimiento del crédito por parte de la Comisión Ad-Hoc¹⁷.

Finalmente, la Junta de Acreedores reunida tendrá como tareas básicas (i) elegir a sus autoridades, (ii) nombrar un Comité de Créditos definitivo¹⁸ y (iii) pronunciarse (a favor o en contra) respecto del proyecto de Convenio de Saneamiento presentado por el deudor.

De aprobarse el Convenio de Saneamiento se obtendrá la refinanciación total de las obligaciones concursales del deudor y se dará por concluido el proceso. De no aprobarse éste, queda abierta la posibilidad de ingresar al régimen de insolvencia¹⁹.

De lo dicho, nuestra conclusión es igual que la manifestada cuando analizamos las instituciones del

concurso preventivo y del procedimiento simplificado bajo la forma diseñada por nuestra norma concursal. No existían razones de fondo para crear un nuevo procedimiento “Ad-hoc”, denominado transitorio, toda vez que la finalidad apuntada también es el saneamiento patrimonial y el refinanciamiento de deudas, como en el caso de los otros procesos alternativos concursales y el propio procedimiento de insolvencia en la vía de la reestructuración patrimonial. A mayor abundamiento nos remitimos a las razones expuestas en el numeral 2.3. de este trabajo.

Nuevamente aspectos adjetivos, mas no sustantivos, son los que terminan imponiéndose para crear un nuevo proceso concursal.

Es cierto que el procedimiento transitorio se crea para (i) descentralizar las funciones del INDECOPI, (ii) reducir y flexibilizar los requisitos para gozar de los beneficios del sistema concursal, (iii) agilizar el reconocimiento de créditos, (iv) controlar mejor la asunción de nuevas deudas por parte de la empresa concursada, (v) propiciar reuniones, y con ello, decisiones más rápidas de las Juntas de Acreedores, entre otras razones.

Todas estas intenciones, repetimos, son buenas y conviene tomarlas en consideración para estructurar eficientemente el esquema de cualquier sistema concursal. No obstante ello, crear varios procesos alternativos orientados al mismo fin y solamente diferenciados por aspectos adjetivos atenta contra la estabilidad y seriedad del sistema concursal mismo y en nada contribuye a su fortalecimiento²⁰.

17 Las Comisiones Ad-Hoc son creadas en el Decreto de Urgencia N° 064-99 a efectos de fiscalizar las actuaciones de los fedatarios, resolver en primera instancia administrativa los incidentes que surjan los procedimientos transitorios y adoptar medidas correctivas e imponer las sanciones correspondientes, conforme lo establece el artículo 7 de la Directiva N° 002-1999-INDECOPI/DIR emitida por la Presidencia del Directorio del INDECOPI publicada en el diario oficial “El Peruano” el 24 de diciembre de 1999.

18 El Comité de Créditos (transitorio o definitivo) es un órgano colegiado conformado por los tres principales acreedores en referencia a la cuantía de sus créditos y su misión básica es la calificación de los nuevos créditos que gestione la empresa sujeta al procedimiento transitorio. La relevancia de esta calificación se explica en el artículo 15 del Decreto de Urgencia N° 064-99.

19 Ver artículo 14 del Decreto de Urgencia N° 064-99.

20 Un análisis detallado respecto a este tema puede encontrarse en GAGLIUFFI PIERCECHI, Ivo. El procedimiento transitorio: ¿Fortalecimiento o debilitamiento del sistema de reestructuración patrimonial? En: *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 20, Lima, 2000.

3. Diseñando un nuevo sistema concursal

3.1. Lo positivo y lo negativo de la experiencia previa

Muchas veces los seres humanos cometemos el error de olvidarnos de la experiencia pasada cuando los resultados no llegaron o no fueron conforme a lo esperado. Entonces, dejamos atrás el “fracaso” y nos proponemos comenzar de “cero” una nueva etapa, obviamente mejor.

Craso error, desde mi manera de ver las cosas. Los equívocos y sinsabores de las experiencias previas nos permiten afrontar con mayor probabilidad de éxito los retos del futuro. En consecuencia, resulta de vital importancia conocer de cerca las razones del “fracaso” y extraer los aciertos del pasado, para comenzar con una base más sólida, más sustentada, sin repetir los yerros, y enfocar así las energías en las mejoras que se tornan imperativas implementar. Creo que el derecho, como cualquier disciplina, no es ajeno a este pensamiento.

En ese sentido, aprendamos de lo negativo y fortalezcamos las cosas positivas que la aplicación del sistema concursal ha tenido en estos siete años de vida.

A manera de ejemplo, dentro de lo negativo podemos mencionar:

- a) La proliferación de procesos “Ad-hoc” o a “gusto del cliente” sin un sustento o base teórica que justifique su existencia.
- b) La escasa descentralización para el manejo del sistema concursal, pese a la creación de algunas Comisiones Delegadas.
- c) Los muchos estadios procesales diseñados en la fase pre-concursal del proceso de insolvencia a pedido de acreedores.
- d) Lo engorroso y dilatado del mecanismo de reconocimiento de créditos.
- e) La exclusión de la masa concursal de ciertos bienes del patrimonio del deudor, distintos a los inembargables, como el caso de warrant o la prenda global.
- f) La obligatoria autorización de la Comisión para convocar a Junta de Acreedores luego de su instalación.
- g) La obligatoria participación de un representante de la Comisión en todas las Juntas de Acreedores.
- h) Los problemas relativos a la asunción y tratamiento de deudas post-concursales en el marco de una liquidación.
- i) La no existencia del fuero de atracción respecto de procesos en trámite en el caso de acordarse la liquidación.
- j) La imprecisión respecto a la forma de pago de deudas dentro del tercer rango de prelación.
- k) La escasa fiscalización ex-post a las actuaciones de las entidades administradoras y liquidadoras por parte de las Comisiones.
- l) La condición jurídica o estatus de las personas quebradas y la forma de su rehabilitación, etc.

Del mismo modo, dentro de los puntos positivos podemos destacar:

- a) Del proceso de insolvencia: la información requerida para ingresar, con lo cual se reducen las asimetrías de información entre deudor y acreedores.
- b) Del concurso preventivo: la opción de gozar de protección patrimonial desde el momento de acogerse al proceso, con lo cual se preserva el patrimonio concursado y eleva las posibilidades de su saneamiento.
- c) Del procedimiento simplificado: el mecanismo de verificación de créditos consistente en el registro y la conciliación antes que en la controversia, lo cual da celeridad al proceso.
- d) Del procedimiento transitorio: la conformación de un comité de créditos que califique la asunción de nuevas deudas
- e) Del proceso de insolvencia: la facultad de intervenir en el negocio del deudor a través de una nueva administración.
- f) De los procesos alternativos: lo reducido de sus plazos y los reducidos costos de transacción.

- g) De los procesos en general: su aplicación por entes distintos a la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI por medio de Convenios de Delegación de Funciones, etc.

3.2. Qué sistema concursal queremos.

El Derecho Concursal no es un derecho protector de empresas o de negocios ineficientes. Su tarea es maximizar el valor del negocio del deudor con el fin de coadyuvar a una recuperación más eficiente del crédito. De esta forma se procura promover acciones colectivas y ordenadas de los acreedores tendientes a la optimización del patrimonio concursado. Si para estos efectos, se conserva la empresa o la unidad productiva en buena hora, pero si es necesaria la salida del mercado para alcanzar esta meta, también debe hacerse sin pérdida de tiempo.

Como acertadamente señala Alberto Bercovitz:

“El empresario tiene que esforzarse continuamente en hacer ofertas mejores o cuando menos equiparables a

las de sus competidores, porque si no lo hace, si no consigue hacer ofertas suficientemente atractivas, perderá la clientela, pudiendo llegar incluso a desaparecer la empresa (...)

Y, como ya se ha dicho, la libre competencia del mismo modo que implica el nacimiento de nuevos operadores económicos, implica también, como fenómeno natural, la muerte o desaparición continua de empresas; de todas aquellas que no son suficientemente eficientes para hacer ofertas competitivas.

Es, pues, importante considerar que también la desaparición de las empresas es elemento fundamental del sistema competitivo. Sirve para destinar los recursos de la empresa que desaparece a actividades más

rentables”²¹.

En ese orden de ideas, no debemos perder de vista que el objetivo del sistema concursal es tutelar de la manera más eficiente posible el derecho crediticio de los acreedores involucrados en la crisis patrimonial de la empresa. Para ello, se crea un ambiente idóneo de negociación a efectos de que estos acreedores puedan llegar a acuerdos que permitan la mejor protección de su crédito, sea a través de la reorganización de la empresa o de su salida ordenada, lo que constituye un ciclo natural en toda economía de mercado. Debemos, pues, romper el mito y la ilusión creada en torno al “sistema de reestructuración”²².

3.3. Qué tipo de proceso concursal proponemos.

***“... la Unificación de los
distintos procesos concursales
de naturaleza reorganizativa
contemplados en nuestro
ordenamiento es imperativa”***

Nos parece que la unificación de los distintos procesos concursales de naturaleza reorganizativa contemplados en nuestro ordenamiento es imperativa. Del examen efectuado a cada uno de ellos, concluimos que el proceso de reestructuración patrimonial, concurso preventivo, procedimiento simplificado y procedimiento transitorio aspiran a lo mismo: el saneamiento patrimonial del concursado y la refinanciación de sus obligaciones a través de instrumentos concursales aprobados por la mayoría de los acreedores comprometidos en la crisis de la empresa.

Razones de índole procesal y buenas intenciones —celeridad, descentralización, mayor fiscalización, entre otras— motivaron la creación de dichos procesos, pese a que la finalidad era la misma y las estructuras e institutos que les sirvieron de base eran similares.

Ello debilitó el sistema, originando situaciones confusas como aquéllas presentadas por deudores que no

21 BERCOVITZ, Alberto. Apuntes de Derecho Mercantil. Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, pag. 266.

22 Este es un tema que, personalmente, me parece fundamental desarrollar, dado que apunta a la función y objetivos que un sistema concursal moderno debe alcanzar. Sin embargo, como quiera que ello nos aleja del tema materia del presente trabajo, solo queda el compromiso de tratarlo en una próxima oportunidad.

habiendo logrado la aprobación de su Convenio de Saneamiento en un proceso transitorio se acogían inmediatamente a un concurso preventivo con el objeto de evitar la insolvencia de oficio y seguir con la protección de su patrimonio y la suspensión de sus pagos, o aquéllos otros que habiendo alcanzado un Acuerdo Global de Refinanciamiento en un preventivo, pero conociendo luego su imposibilidad para cumplirlo, no lo renegociaban ante su Junta, sino “saltaban” a otro proceso, digamos transitorio, para intentar cambiar por esa vía las condiciones pactadas, sin perder la protección ni la condición inexigible de sus deudas.

El ánimo de cualquier acreedor, por cierto y con toda justificación, no era de lo mejor frente a dichas circunstancias, toda vez que se veía inmerso en un nuevo proceso, obligado a asumir nuevos costos, sin posibilidad de reacción ante la manipulación que del “menú de opciones” efectuaban ciertos deudores, y con la sensación de que la solución del problema se seguía dilatando y haciendo más penosa la “agonía”. Ante ello, ¿qué seguridad, efectividad y seriedad brindaba el “sistema de reestructuración patrimonial”? Muy poca.

Por lo tanto, volvemos a la afirmación hecha al inicio de este acápite: la unificación de los procesos concursales es imperativa para la salud del sistema. Esta unificación permitirá que a un proceso general puedan ingresar, a solicitud de acreedores o del propio deudor, empresas que se encuentran en situaciones objetivas de crisis (hoy llamadas insolvencia) con la finalidad de reestructurar o liquidar su patrimonio en función de la viabilidad y el valor estimado del negocio²³.

En tal sentido, se determinan claramente dos vías posibles —la reestructuración y la liquidación— ante una situación actual de crisis de la empresa, determinadas por problemas de liquidez o reducción de capital social.

Sin embargo, vemos también que la posibilidad del concurso preventivo como una tercera vía no debe

descartarse. Pero conviene hacer aquí una precisión importante: la sustancia teórica del concurso preventivo es la prevención de la crisis. Esto quiere decir que la empresa interesada en ingresar a este proceso debe encontrarse en una situación financiera totalmente opuesta a la de insolvencia (para la cual debe emplearse el proceso general como apuntamos precedentemente), esto es, no debe estar con pérdida de capital ni en estado de cesación de pagos. Caso contrario, vamos a tener la misma paradoja del actual sistema, donde empresas objetivamente insolventes, sin capital y con un grado de iliquidez elevado, “quieren prevenir la crisis” fortaleciendo su patrimonio y refinanciando sus deudas.

Por eso no podemos hablar del éxito de los procesos alternativos, porque los insolventes siguen usando la “piel” del preventivo, el simplificado o el transitorio para disfrazar una realidad y prolongar —también empeorar— la crisis del negocio. Esto resta oportunidades para la maximización de los escasos recursos del patrimonio concursado y vuelve, muchas veces, ineficaces las decisiones de los acreedores.

Sobre el particular, me permito repetir una idea formulada en un trabajo anterior:

“Un pensamiento estricto nos hace proponer una redefinición (...) de los procedimientos concursales contemplados en el Texto único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, bifurcando la aplicación de la norma concursal para dos grandes supuestos, a saber: (a) aquellos casos donde es manifiesta la situación de insolvencia, faltando su declaración por parte de la autoridad concursal y (b) aquellos otros donde no existe ni cesación de pagos ni insuficiencia patrimonial (...) en los cuales el objetivo es, justamente, prevenir o evitar el estado de insolvencia a través de un refinanciamiento o reestructuración general de obligaciones (...)

Lo anterior, supone un trabajo de reforma orientado a la unificación de procesos concursales,

23 Nótese que estamos hablando de empresas y no de personas naturales, sin importar si éstas realizan o no actividad empresarial, en vista que, consideramos, una ley concursal debe apuntar al ámbito corporativo excluyendo de su radio de acción a personas naturales, las cuales deben usar otros mecanismos, distintos del concurso, para enfrentar sus problemas patrimoniales.

pasando por la redefinición de los existentes, donde se extraiga las bondades y ventajas que encierran cada uno de ellos (se deje lo bueno y se descarte lo ineficaz) y se plasme en una legislación con dos grandes procesos: el preventivo y el de insolvencia”²⁴.

El esquema general del procedimiento concursal (ahora llamado insolvencia) consiste en que, ante una situación de crisis económica o financiera, verificada por el órgano administrativo competente, se reúna en un solo procedimiento al universo de acreedores del concursado y a la totalidad de su patrimonio, para que los primeros, es decir los acreedores, busquen una fórmula integral que permita pagar todas las obligaciones de su deudor o, en caso contrario, distribuir en forma equitativa las pérdidas generadas por la crisis, dependiendo tal solución del estado patrimonial o de la viabilidad de la actividad a la cual dicho patrimonio está destinado.

Si bien en situaciones normales de mercado podría resultar inaceptable que, por ejemplo, los titulares de una empresa se vean privados de la posibilidad de decidir el destino de su patrimonio, el supuesto a partir del cual se elabora el régimen concursal es excepcional y, por ello, requiere soluciones excepcionales. Nos hallamos ante una situación en la cual un monto determinado de obligaciones se enfrenta a un patrimonio que podría resultar insuficiente para cubrirlos.

Sucede, entonces, que son ahora los acreedores quienes tienen mayores intereses comprometidos en la crisis que los titulares del patrimonio afectado y por ello su riesgo es mayor. Ello explica por qué nuestro ordenamiento concursal transfiere a los acreedores la responsabilidad de las decisiones que afectan al patrimonio del deudor. Esto explica también la razón del desapoderamiento o transferencia de la administración del deudor a los acreedores en el proceso de insolvencia, el mismo que debe hacerse extensivo a las vías de reestructuración y liquidación en el proceso general o unificado que

proponemos dado que ambas parten de una situación de crisis actual.

De otro lado, el diseño del nuevo concurso preventivo, como tercera vía, a partir de una hipótesis ajena a la crisis que sí invade el proceso general o unificado, no contemplaría, por tanto, ni desapoderamiento ni suspensión de pagos, toda vez que son los titulares los mayores interesados en la prevención y no existe incumplimiento razón por la que el patrimonio aún no corre peligro.

Así, este nuevo concurso preventivo debiera ser la verdadera “vía rápida” estructurada para reorganizar el patrimonio y renegociar las deudas del interesado en un solo acto —nace y muere casi de inmediato, con la aprobación o rechazo de la nueva propuesta de refinanciación—. Debiera ser un proceso donde se pondere la información actual y detallada de la empresa, la reducción de plazos y estadios procesales, la conciliación para el registro de los créditos y la novación en un solo instrumento de las relaciones jurídicas del concursado con el universo de sus acreedores, presentes o no, oponible totalmente, y donde se respete el régimen de garantías establecido previamente.

Además, el citado instrumento concursal debiera contener un sinnúmero de “menú de opciones”, que no son los enumerados en la ley, sino los ingeniosos por los particulares, en procura de otorgarle el máximo valor al negocio en marcha; y, del mismo modo, contemplar cláusulas de resolución ante situaciones de incumplimiento, cláusulas muy definidas respecto del qué hacer y a quién acudir (arbitraje, conciliación, pueden ser algunas de las opciones) al día siguiente, para así no entrapar el proceso ni “desprivatizarlo”.

4. Conclusiones

1. El Derecho Concursal no es un derecho protector de empresas o de negocios ineficientes. Su tarea es maximizar el valor del

24 DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. Más vale prevenir que lamentar: el concurso preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana. En: *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 20, Lima, 2000, pag. 191.

negocio del deudor con el fin de coadyuvar a una recuperación más eficiente del crédito.

2. No existían razones sustanciales para crear los procesos alternativos contando ya con un proceso de reestructuración patrimonial, toda vez que la finalidad apuntada por éstos también era el saneamiento patrimonial del concursado y el refinanciamiento de sus deudas. Temas coyunturales y de índole procesal fueron los preponderantes para su creación.
3. La unificación de los distintos procesos concursales de naturaleza reorganizativa contemplados en nuestro ordenamiento es imperativa. A tales efectos, debemos tener en

cuenta lo positivo y lo negativo de cada uno de ellos para poder concretar un proceso general que, partiendo de una situación de crisis empresarial actual, ofrezca a los acreedores —vía la reestructuración o vía la liquidación— opciones eficaces para proteger su crédito.

4. La opción del concurso preventivo como una tercera vía debe contemplarse porque obedece a una situación empresarial distinta a la del proceso general. Pero, para dar viabilidad a esta opción se requiere cambiar las estructuras sobre las cuales se cimentaba el actual concurso preventivo. D&S