

# *El reflotamiento de las empresas insolventes (\*)*

*César Luna-Victoria León*

Profesor de Derecho Mercantil y Tributario  
de la Pontificia Universidad Católica.

## EL TEMA EN EL REGIMEN ANTERIOR.

La reestructuración empresarial es un nuevo nombre para tratar un problema viejo: la insolvencia de las empresas. Este trabajo aborda el tema del reflotamiento de las empresas, que es una de las tres posibilidades que contempla la Ley de Reestructuración Empresarial para afrontar la insolvencia. La liquidación extrajudicial y la quiebra son las otras dos posibilidades, cuyo tratamiento escapa a los límites del presente trabajo. Abordaremos comparativamente el antiguo y el nuevo régimen y plantearemos como hipótesis que, con el cambio de nombre, hay también un cambio en los intereses tutelados por la ley.

El antiguo régimen estaba contenido en la Ley Procesal de Quiebras (Ley N° 7566), cuya simple denominación anunciaba cuál era la preocupación principal de la ley. Ese régimen privilegiaba al acreedor individual, quien por sí solo podía iniciar el proceso de quiebra cuando el deudor: a) se hubiese ocultado o hubiese fugado; b) hubiese cesado el pago de

sus obligaciones corrientes; c) hubiese tenido tres procesos ejecutivos o dos ejecutivos y en un tercer proceso hubiese sufrido embargo preventivo; d) no tuviese bienes libres para el embargo o si éstos no fuesen suficientes; y, e) hubiese celebrado convenios extrajudiciales con sus acreedores y éstos hubiesen sido declarados nulos o resueltos (artículos 8° y 13° de la ley procesal citada, el primero modificado por el Decreto Ley N° 17801).

El juicio de quiebra tenía por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de la empresa insolvente, a fin de proveer el pago de los créditos <sup>(1)</sup>. Declarada la quiebra, los titulares (Junta General de Accionistas, Junta de Socios o titular en el negocio individual o en la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada) quedaban privados del derecho de administrar los bienes de la empresa, lo que suponía además el cese automático del mandato de los administradores (directorio, consejo de administración, gerentes y demás representantes). La representación de la empresa quebrada y la administración de sus bienes era asumida por el síndico de

---

(\*) Advertencia necesaria: este trabajo es un conjunto de reflexiones y comentarios sobre el régimen de reestructuración empresarial. Se encontrarán más preguntas que respuestas. Las preguntas no necesariamente indagan sobre aspectos centrales. Las pocas respuestas que se aventuran pueden ser tautológicas. No obstante, es un intento de análisis que, aun cuando fuese errado, puede ser útil para que otras personas profundicen el estudio del tema. Ese es el propósito con el que se entrega el presente trabajo.

(1) El antiguo juicio de quiebra era aplicable a toda persona natural o jurídica, sea o no comerciante (artículo. 1° de la Ley Procesal de Quiebras). El nuevo régimen de reestructuración empresarial también se aplica a las personas naturales no consideradas empresas (Primera Disposición Complementaria de la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley N° 26116). No obstante, la quiebra de la persona natural no comerciante es la excepción. El régimen, tanto el antiguo como el vigente, regularon fundamentalmente la situación de la empresa insolvente.

quiebras (artículos 43° y siguientes de la ley procesal)<sup>(2)</sup>.

La quiebra, tal como fue diseñada en el régimen anterior, aparecía como la primera opción para resolver la insolvencia de las empresas. Aunque no fuese la intención declarada, ése fue el resultado práctico al conceder facultades amplias a cualquier acreedor para solicitar la quiebra. Bastaba que se cumpliera una sola de las causales previstas en la ley para que la quiebra fuese declarada automáticamente. Importaba más, en consecuencia, el derecho irrestricto de un acreedor a cobrar el crédito, que la posibilidad de reflotamiento de la empresa. La declaración de quiebra era, por decirlo de algún modo, ciega e irreflexiva. En ese diseño, el conjunto de acreedores estaba en manos de un solo acreedor que, al precipitar la declaración de quiebra, precipitaba también la liquidación de la empresa. En ese escenario, los activos empresariales perdían mucho de su valor por el remate judicial y, muchas veces, devenían en insuficientes para pagar los créditos sociales. La pérdida era mayor si se consideraba las fuentes de trabajo que se cerraban.

---

*“La quiebra en el régimen anterior, aparecía como la primera opción para resolver la insolvencia de las empresas”*

---

Por excepción, dos o más acreedores que representaran la mayoría absoluta del total de créditos de la empresa podían, en junta de acreedores, establecer un régimen especial para la administración o realización de los bienes, procurando, como es evidente ventajas comparativas para su liquidación (artículo. 87° de la ley procesal). Pero esta posibilidad no suponía el reflotamiento de la empre-

sa, sino una forma distinta de realización de los activos.

La posibilidad de reflotar la empresa era una opción marginal y, de acuerdo a las exigencias de la ley procesal, casi imposible de obtener. Una suerte de reflotamiento podía ser acordada, dentro del proceso de quiebra, como una autorización especial al síndico para que continúe efectivamente la administración de la empresa. Esta autorización especial requería el acuerdo unánime de los acreedores (artículo 88° de la ley procesal). Sin embargo, esta administración especial tampoco suponía necesariamente el reflotamiento de la empresa en sí misma. Era una administración forzada con el exclusivo propósito de cancelar las deudas. Tan es así, que el síndico continuaba al frente de la administración.

Vale la pena hacer una reflexión sobre la figura del síndico, en el que recaía la obligación y la responsabilidad de administrar los bienes de la empresa. En realidad, el síndico era por naturaleza un liquidador antes que un administrador. Por eso, en el régimen anterior, por distrito judicial había uno o a lo más dos síndicos, porque no importaba la especialización de la empresa que pudieran eventualmente administrar sino principalmente la capacidad para inventariar bienes y rematarlos. Aún más, los síndicos tenían, a raíz de su nombramiento, el mercado cautivo (monopolio) para liquidar empresas insolventes y sus honorarios eran fijados por cuotas sobre la valorización de los activos y el precio de su realización.

De ahí que, el interés económico del síndico no era tanto rematar los bienes al mayor valor posible sino en el menor tiempo posible. De eso dependían sus honorarios. El mercado cautivo le aseguraba un trabajo permanente; por ello, el menor esfuerzo exigía una base baja de remate para una pronta liquidación.

En ese escenario, el interés del síndico aparecía contrario al de los acreedores y al de la empresa. En rigor, era su principal contrincante, porque tenía un interés directo en la realización del activo empresarial. Ese conflicto de intereses fue producto del di-

---

(2) Para citar las leyes: a) ley procesal, será la derogada Ley Procesal de Quiebras, Ley N° 7566 del 2 de agosto de 1932. Las modificaciones al texto original de la ley serán citadas expresamente; b) ley, será la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley N° 26116 del 28 de diciembre de 1992; c) reglamento, será el Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial aprobado por Decreto Supremo N° 044-93-EF del 18 de marzo de 1993; y, d) ley general, será la Ley General de Sociedades, según el texto único concordado de esa ley, aprobado por Decreto Supremo N° 003-85-JUS del 14 de enero de 1985.

Para citar instituciones, funcionarios o entidades: a) síndico, será el síndico departamental de quiebras; b) INDECOPI, será el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual; c) la comisión, será la Comisión de Simplificación de Acceso y Salida del Mercado del INDECOPI; y, d) junta, será la Junta de Acreedores de la empresa insolvente.

seño del régimen anterior y explicó el desprestigio de la institución de la quiebra. En los últimos años, la opción de la quiebra no era concebida como una solución razonable para afrontar la insolvencia de las empresas. Esa impresión fue utilizada muchas veces en prácticas corruptas para mejorar la posición de algunos acreedores que utilizaban la quiebra como un mecanismo para eliminar competidores antes que para cobrar sus créditos.

Propiamente dicho, el reflotamiento de la empresa no fue previsto de modo expreso en el régimen anterior. No obstante, descartada la quiebra como una opción razonable, la práctica impuso la vigencia de convenios de reflotamiento de empresas interpretando extensivamente normas que la ley procesal contenía para regular convenios de liquidación (capítulos I y II del Título Séptimo de la ley procesal). Esos convenios, según la intención de la ley, debían tener por objeto normas especiales para la liquidación de los bienes de la empresa insolvente, la condonación parcial de las deudas o la ampliación de plazos, lo que no suponía necesariamente el reflotamiento de la empresa. Sin embargo, la posibilidad que esos convenios pudieran versar “... sobre cualquier objeto lícito relativo al pago de las deudas ...” permitió convenios, no para liquidar sino para reflotar la empresa (inciso V del artículo 194° de la ley procesal, modificado por el artículo 15° del Decreto Ley N° 18357 e inciso 5 del artículo 198° de la ley procesal).

Esa interpretación extensiva estaba autorizada porque el convenio debía tener por objeto un régimen tal que garantizara el pago de los créditos. La liquidación o el reflotamiento de la empresa no era sino un medio para cumplir ese objeto. Adicionalmente, también autorizaba esa interpretación la norma constitucional que establece que “... nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. ...” (literal (a) del inciso 20 del artículo 2° de la Constitución de 1979 y artículo 24 de la Constitución de 1933).

Dentro del proceso de quiebra, el convenio exigía el acuerdo favorable de la mayoría absoluta de los acreedores concurrentes a la junta que, simultáneamente, representarían al menos el 60% del total de los créditos reconocidos (artículo 204° de la ley procesal). Propuesto un convenio, el proceso de quiebra quedaba paralizado si, a juicio del juez, era incompatible con las bases del convenio (artículo 218° de la ley procesal). Aprobado el convenio, el estado de quiebra cesaba y se devolvía al titular de la empresa la administración de los bienes (artículo 228° de la ley procesal). Si el convenio era incumpli-

do, se declaraba su caducidad y el proceso de quiebra continuaba en el estado en que se paralizó (artículo 225° de la ley procesal).

Fuera del proceso de quiebra, el convenio exigía la aprobación unánime de los acreedores (artículo 193° de la ley procesal). Este requisito era sustituido por una mayoría calificada de la mayoría absoluta de acreedores que, simultáneamente, representarían más del 80% del total de créditos, si la junta era auspiciada por la Cámara de Comercio o por los entonces bancos estatales de fomento o por el Banco de la Nación. Se advierte que, en este caso, la mayoría absoluta se computaba sobre el total de acreedores de la empresa, a diferencia del caso del convenio judicial, en el que esa mayoría sólo se computaba respecto de los acreedores concurrentes a la junta. Para aliviar el requisito en el convenio extrajudicial, no se computaban los acreedores cuyos créditos fuesen inferiores al 0.25% del importe del total de créditos (artículo 194° de la ley procesal, modificado por el artículo 15° del Decreto Ley N° 18357).

---

*“... el destino de la empresa insolvente ya no es más una decisión aislada de cualquier acreedor sino un acuerdo de la junta de acreedores”*

---

Los convenios eran obligatorios para todos los acreedores, incluso para aquéllos que no lo hubiesen aprobado expresamente o se hubiesen opuesto. No obstante que la posibilidad legal de los convenios quedó abierta por la interpretación precedente, las mayorías calificadas tan altas no permitían celebrarlos fácilmente. Por otro lado, la empresa insolvente adquiría una posición privilegiada en la negociación, porque los acreedores preferían el reflotamiento de la empresa a cargo de su titular (bajo la supervisión de los acreedores a través de una comisión asesora que, en realidad, tenía funciones de fiscalización) que la realización de los activos en manos del síndico. Esta posición privilegiada permitía, paradójicamente, que la empresa insolvente impusiese condiciones a los acreedores.

## EL NUEVO REGIMEN.

La Ley de Reestructuración Empresarial corrige algunos errores del régimen anterior. El más importante es que la quiebra deja de ser el primer recurso contra la empresa insolvente. Profundizando en el análisis de la ley, se podrá apreciar que, en rigor, la quiebra resulta siendo el último recurso. Esto se logra porque el destino de la empresa insolvente ya no es más una decisión aislada de cualquier acreedor, sino un acuerdo de la junta de acreedores.

La primera novedad es que la insolvencia de la empresa ya no se decide sobre la base de causales previstas en la ley (como la presencia de tres procesos ejecutivos), sino que resulta de una calificación administrativa que incluye el análisis de la situación patrimonial y financiera de la empresa. La calificación de insolvencia traslada el destino de la empresa a la junta de acreedores que decidirá si la empresa: a) se reflota; b) se liquida extrajudicialmente; o, c) se declara en quiebra.

La segunda novedad, tan importante como la primera, es la desaparición de la figura del síndico. Corresponderá a la junta de acreedores decidir el régimen de administración de la empresa, sea cual fuere el destino que se hubiese acordado para ella. En el caso del reflotamiento de las empresas, la ley autorizaba que el administrador pudiese ser el mismo de la empresa insolvente o un banco (artículo 8° de la ley). En las opciones de liquidación o de quiebra, la ley prevía que el administrador sólo pudiera ser un banco (inciso 1 del artículo 17° y segundo párrafo del artículo 19° de la ley). El reglamento amplía esas posibilidades al permitir que las funciones de administrador puedan ser asumidas *"... además de los bancos, por las instituciones financieras y de seguros y otras entidades públicas o privadas que a juicio de la comisión cuenten con la capacidad técnica para el efecto ..."* (Primera Disposición Complementaria del reglamento). Esta modificación permitirá contar con entidades especializadas para administrar el programa de reflotamiento de las empresas.

La tercera novedad es que el acuerdo de la junta de acreedores, si bien requiere mayoría calificada, ésta se refiere sólo al importe de los créditos y ya no al número de acreedores considerados como personas. El acuerdo sobre el destino de la empresa requiere el voto favorable de acreedores cuyos créditos superen el 70% del total de créditos reconocidos (artículo 6° de la ley y artículo 9° del reglamento). Esta modificación permitirá que un solo acreedor pueda decidir el destino de la empresa insolvente si tiene la mayoría calificada que exige la ley.

La cuarta novedad es que el reflotamiento de la empresa aparece como una decisión de la junta de acreedores y no como un convenio negociado entre la empresa insolvente y los acreedores. Aún más, el programa de reflotamiento es propuesto por el administrador designado por la junta (artículo 9° de la ley y artículo 20° del reglamento). En el régimen anterior era la misma empresa insolvente la que proponía (en forma de convenio) el programa de reflotamiento. En el contexto del régimen anterior el convenio devenía en un contrato por adhesión sin que los acreedores tuviesen, en la mayoría de los casos, posibilidades reales de negociar sus términos.

Estas características determinan que, desde el punto de vista legal, el reflotamiento de la empresa en el nuevo régimen sea una actividad empresarial que un administrador, por cuenta de los acreedores, realiza utilizando los activos de la empresa insolvente. La personalidad jurídica de la empresa insolvente se mantiene, pero los derechos para formar la voluntad de esa persona jurídica pasan a los acreedores. Para esto, los derechos del titular de la empresa se suspenden y permanecen en forma expectativa hasta que concluya el proceso de reflotamiento (artículo 8° de la ley y artículo 16° del reglamento). Como es evidente, la suspensión continuará si la junta decide, conforme al nuevo régimen, modificar el acuerdo de reflotar la empresa por el de liquidación o quiebra. Advertimos que los derechos para formar la voluntad de la empresa pasan a los acreedores, aun cuando la junta hubiese acordado que la empresa insolvente mantenga su administración. En este último caso, el mandato de esa administración depende de la junta y no del titular de la empresa insolvente que inicialmente la hubiese designado.

Una última novedad, no menos importante que todas las anteriores, es la creación de una instancia administrativa (la comisión del INDECOPI) para calificar la insolvencia de la empresa y supervisar el proceso, para que la junta de acreedores decida el destino de la misma. Esa intermediación administrativa permitirá descargar las labores del Poder Judicial, aun cuando se reserva para éste el proceso de quiebra. También, permitirá que la instancia administrativa concentre recursos y personal técnico para intervenir en el proceso de calificación de insolvencia y hacer de ésta una decisión económica y financiera antes que una decisión legal.

En rubros siguientes se comentan algunas características específicas del nuevo régimen de reflotamiento de empresas.

## El concepto de empresa.

Para la ley, se consideran empresas "... las establecidas o constituidas en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional ..." (artículo 1° de la ley). El reglamento agrega "... a las sucursales en el Perú de empresas o sociedades con sede en el extranjero ..." (artículo 1° del reglamento). Ambas normas excluyen del régimen a las empresas sujetas a la supervisión de las Superintendencias de Banca y Seguros y de Administradoras de Fondos Colectivos.

Pareciera que la ley ha optado por identificar empresa con persona jurídica al reconocer en el acto de la constitución (propio de la persona jurídica) la identificación de la empresa. Surge, en consecuencia, la pregunta si se encuentran incluidas en el nuevo régimen las asociaciones, fundaciones o comités regulados por el Código Civil (artículo 76° y siguientes) o los establecimientos permanentes de empresas constituidas en el exterior (regulados en la legislación tributaria, inciso h) del artículo 13° de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Ley N° 25751 y artículos 10° y 11° de su reglamento, Decreto Supremo N° 68-92-EF) o a las sociedades de hecho reguladas en la Ley General de Sociedades (artículo 385° y siguientes de la ley general).

La duda sobre las asociaciones, fundaciones y comités es que no son empresas, en tanto personas jurídicas. Si por empresa se entiende la persona jurídica con ánimo lucrativo, definitivamente las personas jurídicas reguladas por el Código Civil, que carecen de esa finalidad, no son empresas. La duda sobre los establecimientos permanentes es que no han sido considerados en la definición del reglamento, que limita el alcance de la ley a las sucursales que, como se conoce, se establecen mediante actos jurídicos expresos (artículo 345° de la ley general). El concepto de establecimiento permanente es más amplio,

una de cuyas especies es la sucursal, pero que incluye como otra especie "... cualquier lugar fijo de negocios en el que se desarrolle, total o parcialmente, la actividad de una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior ..." (artículo 10° del reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, ya citado).

---

*“En definitiva, el nuevo régimen al utilizar el concepto de empresa como sinónimo de persona jurídica ha creado problemas”*

---

No obstante, nada impide que el nuevo régimen se aplique a las personas jurídicas reguladas por el Código Civil o a los establecimientos permanentes de empresas constituidas en el extranjero. La naturaleza de las entidades en cuestión, no es incompatible con las características del reflotamiento de las empresas. Aun más, es aceptado que esas entidades son empresas (en el caso de los establecimientos permanentes) o pueden realizar empresas (en el caso de las personas jurídicas reguladas por el Código Civil). Para esto último, se debe recordar que para la Constitución la empresa, cualquiera sea su modalidad, es una unidad de producción (artículo 130° de la Constitución). Esa definición a nivel constitucional es obligatoria para todo el ordenamiento jurídico y asume caracterizar a la empresa desde el punto de vista económico (identificándola como una unidad de producción) y no como una unidad jurídica (descartando identificarla como una persona jurídica)<sup>(3)</sup>.

El razonamiento precedente sirve también

---

(3) Esta afirmación no desconoce opiniones prevalecientes que intentan reconocer en la empresa una entidad que, sin ser persona jurídica, es un centro de imputación de derechos y obligaciones distinta a la persona jurídica que ejerce la función de titular de la empresa. Para esa y otras definiciones véase "Concepto y naturaleza jurídica de la empresa" en "La empresa en el Perú" de Miguel Mena Ramírez, Editorial Cuzco, Lima 1986. Véase también "La empresa: nuevo eje de las relaciones jurídicas económicas" en "Los grandes cambios en el derecho privado moderno" de Alfonso Morales Acosta, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Lima 1990. La Constitución de 1979 también ha contribuido a la confusión, al regular en otras normas conceptos distintos de empresa. Véase por ejemplo el artículo. 112° en el que se establece que "... las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características ...". Esta forma de regulación obedeció al tratamiento legal de la actividad económica que dio el régimen militar previo a la Constitución (1968-1980). Conforme ese régimen, la economía era dividida en cuatro sectores (público, privado reformado, social y pequeña empresa) y a cada uno de ellos se imputaba una forma de propiedad que, en esencia, no era sino una forma distinta de ejercer los derechos de titular de la empresa (gestión, participación de utilidades y derecho al saldo de liquidación patrimonial).

para interpretar que el régimen se aplica a las sociedades irregulares y a las sociedades de hecho, a pesar de no ser formalmente personas jurídicas. Existe duda sobre la aplicación del régimen a los consorcios, que son sociedades de hecho supraempresariales, y a los joint venture o asociaciones en participación, que son contratos que usualmente ejecutan actividad empresarial utilizando la personalidad del asociante pero que cada vez más logran una identidad distinta a las partes contratantes. En nuestra opinión, si tales sociedades de hecho o asociaciones en participación cuentan con un conjunto de activos asignados, nada impediría que se aplique el nuevo régimen si por cualquier razón las deudas son de esas sociedades o asociaciones y no de las personas que las integran. Esto sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad que estas personas tengan por las deudas de las sociedades o asociaciones mencionadas.



En definitiva, el nuevo régimen al utilizar el concepto de empresa como sinónimo de persona jurídica ha creado problemas. Si lo que se pretende es que los acreedores utilicen el activo empresarial para aplicarlo a un programa de reflotamiento y cobrar sus créditos, el nuevo régimen ha sido pensado concibiendo a la empresa como realidad económica y no como realidad jurídica. Desde esa perspectiva, debiera adoptarse la definición que utiliza la Constitución, involucrando en el régimen a toda la actividad empresarial, sin importar la modalidad jurídica.

#### **La declaración de insolvencia <sup>(4)</sup>.**

La declaración de insolvencia puede ser solici-

tada por cualquier acreedor o grupo de acreedores cuyos créditos superen las 50 UIT (artículo 2° de la ley y del reglamento). El criterio de la UIT tiene algunos inconvenientes cuando se utiliza fuera del ámbito tributario, porque el ajuste de ese índice obedece a razones fiscales. Puede suceder, como de hecho sucede, que por razones de recaudación el índice se ajuste por debajo de los niveles reales de inflación, determinando un desfase. Sin embargo, dejemos que la experiencia determine si existe algún otro factor de ajuste menos imperfecto.

Sea cual fuere la cifra que se determine por el ajuste, ha sido evidente la intención del régimen de excluir a las pequeñas empresas, que difícilmente pueden alcanzar esos niveles de endeudamiento. En la práctica, el régimen tampoco se aplica a las empresas informales a aquéllas que no llevan contabilidad, porque la declaración de insolvencia asume una información financiera a la que se hará referencia más adelante.

Pero más importante que el derecho de los acreedores, es la obligación de la misma empresa de solicitar su propia insolvencia. Existe un conjunto de normas, además de la ley, que establecen esa obligación. Por ejemplo, la ley general obliga al directorio de las sociedades anónimas a reunirse, cuando menos trimestralmente, para analizar la marcha de los negocios. Si al analizar la situación financiera de la empresa se determinan pérdidas, o si éstas se presumen, el directorio está obligado a convocar a la junta de accionistas para que resuelva la situación (artículo 169° de la ley general).

Como es evidente, la pérdida se debe mostrar en el balance. Si la deuda se presume, será necesario efectuar las provisiones autorizadas en el balance o, cuando menos, una nota a los estados financieros para advertir la contingencia. No actuar de uno u otro modo podría involucrar a los administradores de la empresa en situaciones de estafa o fraude a los acreedores o a los accionistas, sancionadas hasta con seis años de prisión (artículo 196° y siguientes del Código Penal). En ese contexto, la declaración de insolvencia de una empresa es el modo regular que tienen los directores o administradores para salvar su responsabilidad, mercantil o penal, en aquellos casos en que la empresa no pueda atender oportuna y ordenadamente el pago de los créditos.

Lamentablemente, el régimen sólo permite a la

(4) Las ideas del rubro las expusimos, inicialmente, en "Hechos y Eventos", abril 1993, págs. 17 a 25, Editorial Apoyo S.A.

empresa presentar la solicitud de su propia insolvencia cuando las pérdidas reducen el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte (se supone) del capital social (artículo 2° de la ley y del reglamento, ya citados). Hemos asumido esa relación capital/patrimonio porque ni la ley ni el reglamento precisan la base que se debe considerar para medir esa reducción a la tercera parte. Esa presunción también es asumida aplicando analógicamente la norma que establece que ese nivel de pérdidas es causal de disolución de la sociedad mercantil (inciso 3° del artículo 359° de la ley general).

En este punto, advertimos que el concepto que la ley utiliza de patrimonio (artículo 1° del reglamento) difiere del concepto de patrimonio social, porque al intentar hacer una relación de las partidas contables que lo integran sólo incluye el capital social, las reservas legales -estatutarias y voluntarias- la cuenta acciones de trabajo, los excedentes de revaluación de activos, las cuentas del patrimonio neto resultante del ajuste por inflación y las utilidades no distribuidas o retenidas, dejando de mencionar otras, destacando entre ellas la cuenta de capital adicional en la que se registran todas las donaciones. Esa cuenta, a falta de otra cuenta propia, es frecuentemente utilizada por los accionistas para transferir recursos a la sociedad con el propósito de recomponer la relación capital/patrimonio sin que tales transferencias sean tratadas como préstamos (porque se incrementa el pasivo) ni como aportes de capital (porque se incrementa la base) <sup>(5)</sup>. Sin embargo, parece evidente que la relación de las cuentas que integran el patrimonio, según el reglamento, tiene naturaleza descriptiva o enunciativa y no taxativa. En tal virtud, debieran considerarse todas las cuentas que, de algún modo u otro, corresponderían a los titulares de la empresa en caso de disolución y liquidación. Son, en términos contables, todas las cuentas de la clase 5 del Plan Contable General Revisado (aprobado por Resolución CONASEV N° 006-84-EFC/94.10 del 15 de febrero de 1984). En otras palabras, se deben incluir todos los recursos no comprometidos para atender las obligaciones sociales o, lo que es lo mismo, la diferencia entre activo y pasivo.

Considerando esa relación capital/patrimonio, debemos indicar que es una relación contable y las normas de contabilidad no necesariamente autorizan el registro de las operaciones a valores reales. En tal

virtud, es posible imaginar una relación capital/patrimonio contablemente positiva, en una empresa financieramente insolvente. Esta última situación no ha sido prevista adecuadamente. No obstante, entendemos que la empresa que se encuentra en una situación de insolvencia financiera está facultada para hacer valer su solicitud. En todo caso, la misma solicitud, aun cuando finalmente fuese desestimada, servirá para anunciar a los acreedores la situación de la empresa y, en su caso, salvar la responsabilidad. Respecto de la información que se debe acompañar a la solicitud de insolvencia, el reglamento adopta una mejor regulación para afrontar el problema financiera y no contablemente (artículo 2° del reglamento). Así, por ejemplo, además del balance general, del estado de ganancias y pérdidas y de los estados de cambio en el patrimonio neto, exige se presente el estado de flujos en efectivo en los últimos doce meses y una proyección de ese mismo flujo para los doce meses siguientes, una breve descripción de la situación de la empresa que mencione los factores que han afectado su marcha y el padrón de acreedores con sus créditos.

No obstante, esa información es útil en tanto la intención sea reflotar la empresa, que es sólo una de las tres posibilidades que están reguladas para la solución de la empresa insolvente. Para las opciones de liquidación extrajudicial o quiebra, es más útil la relación de activos de la empresa, su tasación o eventual valor de realización. Entendemos que así debería ser aceptado porque, en definitiva, lo que pretende el régimen es que los acreedores cobren sus créditos.

Si la empresa es la que solicita la declaración, la solicitud tiene carácter de declaración jurada y el representante de la empresa es responsable de la veracidad de la información y de la autenticidad de los documentos presentados. Igual carácter tendrá toda la información que se requiera al representante de la empresa insolvente. El reglamento establece que el incumplimiento de esta norma pueda hacer incurrir al representante en los supuestos del delito contra la fe pública, sancionado hasta con cuatro años de prisión (artículo 427° y siguientes del Código Penal).

El reglamento establece un procedimiento para verificar la insolvencia de la empresa (convocando a las partes involucradas) que concluye con

(5) Para el análisis del tratamiento de las pérdidas patrimoniales véase nuestro trabajo "La pérdida patrimonial", en la Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, Volumen N° 14, junio 1988.

una resolución de la comisión. La declaración de insolvencia es una resolución administrativa que tiene consecuencias legales muy importantes, ya que traslada a los acreedores (reunidos en junta) la decisión del destino de la empresa. Esta atribución representa una descarga de las labores que tradicionalmente se concedían a la administración de justicia. No obstante, por las consecuencias jurídicas de la declaración de insolvencia y por la naturaleza de las resoluciones administrativas, la resolución del tribunal del INDECOPI, que pone fin al proceso administrativo, puede ser impugnada ante el Poder Judicial (artículo 8° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, ya citada y artículo 23° de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es verdad que este recurso de apelación no está previsto de modo expreso por la ley ni por el reglamento, como sí ha sido previsto para otros casos. Nos referimos, por ejemplo, a la impugnación de la resolución del comité en aquellos casos en los que desconoce a los acreedores un crédito (artículo 8° del reglamento) o en aquellos otros en los que el mismo comité resuelve las impugnaciones a los acuerdos adoptados en la junta de acreedores (artículos 12° y 13° del reglamento). Sin embargo, a falta de norma expresa, el reglamento autoriza a aplicar supletoriamente la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (Tercera Disposición Complementaria del reglamento). Como se recuerda, con esa nueva denominación se conoce al antiguo Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (Decreto Supremo N° 006-67-SC, con las modificaciones dispuestas por el Decreto Ley N° 26111). Esa Ley General reconoce al recurso de apelación en todo proceso administrativo (artículo 102° de la mencionada ley).

### La prelación de créditos<sup>(6)</sup>.

Una consecuencia de la declaración de insolvencia es la modificación del rango de preferencia de la deuda tributaria que del último rango (como deuda ordinaria) pasa al segundo (como deuda calificada), después de las deudas laborales (artículo 7° de la ley). Para aquellos casos en los que el régimen se aplica a personas naturales, la deuda tributaria ocupa el tercer rango, después de las deudas labo-

rales (que siempre ocupan el primero) y de las deudas alimentarias (que aparecen en segundo).

En el régimen anterior, la deuda tributaria era deuda ordinaria. Esto significaba que la Administración Tributaria debía concurrir con los demás acreedores ordinarios a cobrar al acreedor. En caso de insolvencia, la Administración Tributaria sólo recibía una parte del patrimonio de liquidación, en el mismo porcentaje en que el crédito tributario hubiese participado en el conjunto de créditos pendientes de cobro.

---

*“... el tema es ¿quién debe sufrir la pérdida de una empresa insolvente? La respuesta es política”*

---

Poco antes de ser promulgada la Ley de Reestructuración Empresarial, el Código Tributario fue modificado para mejorar el rango de la deuda tributaria, ubicándola en cuarto rango después de las deudas laborales, alimentarias y de los créditos garantizados con derechos reales inscritos en el correspondiente registro, antes de la notificación de la deuda tributaria (artículo 6° del Código Tributario, promulgado por Decreto Ley N° 25859). La Ley de Reestructuración Empresarial, en los supuestos de empresas insolventes, mejora aún más el rango del crédito tributario, ubicándolo antes que los créditos garantizados con derechos reales, sin importar si estos derechos han quedado inscritos o si la deuda tributaria fue notificada.

No se discute el primer rango de los créditos laborales, porque así está reconocido en la Constitución (artículo 49°). Tampoco se discute el segundo rango de las deudas alimentarias, porque la preferencia surge de una interpretación global de la Constitución, que consagra como fin supremo de la sociedad a la persona humana (artículo 1° de la Constitución), además de razones humanitarias en la medida en que el crédito por alimentos es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asisten-

---

(6) Las ideas del rubro las expusimos, inicialmente, en “El Rango de la Deuda Tributaria en las Empresas Insolventes” en “Análisis Tributario”, Lima, abril 1993, Revista de la Editorial AELE.



cia médica de los beneficiados (artículo 472° del Código Civil). Parece razonable, por último, que el crédito tributario tenga un rango preferente sobre los créditos ordinarios, en la medida en que el tributo se aplica a financiar el sostenimiento de los servicios públicos y, en tal virtud, siendo un deber constitucional en favor de toda la colectividad (artículo 77° de la Constitución), debe ser preferente al pago de créditos en favor de un solo individuo.

Donde parece que el tema es discutible es respecto a la preferencia del crédito tributario sobre los créditos garantizados con derechos reales. Diversos comentaristas han señalado la incertidumbre jurídica que crea el rango de la deuda tributaria, porque el acreedor que pretende que su crédito sea garantizado con un derecho real no tiene la certeza jurídica sobre la situación tributaria de su acreedor. Pero debemos preguntarnos si la misma falta de certeza jurídica sobre los créditos laborales impidieron el funcionamiento del comercio y, en concreto, de las operaciones crediticias garantizadas con derechos reales. Hasta donde es usual en la práctica del comercio, ningún acreedor se ha preocupado seriamente de analizar las deudas de su acreedor por pago de remuneraciones y demás beneficios sociales, aun sabiendo que por la Constitución tales deudas eran preferentes de pago al crédito que estaba otorgando por más derecho real que lo estuviese garantizando.

La discusión debe tener en cuenta que el tema de la preferencia de pago de los créditos sólo tiene importancia cuando la empresa es insolvente. En casos normales, la empresa deudora atiende regularmente sus obligaciones y, en ese sentido, es irrelevante que un crédito tenga preferencia sobre otro porque todos ellos serán pagados. El problema se presenta cuando, frente a la insolvencia de la empresa, se autoriza a que ésta cese en sus pagos y éstos sean reprogramados en la hipótesis del reflotamiento empresarial o simplemente se proceda a la liquidación de la empresa. En el primer caso hay un aplazamiento de pagos, en tanto que en el segundo se liquida el patrimonio y se imputa a pagar los créditos hasta donde alcance.

En consecuencia, el problema no debe ser expresado en términos de quién cobra primero sino en términos de quién no cobra o cobra parcialmente su crédito por estar en un rango no preferente de pago. En otras palabras, el tema es: ¿quién debe sufrir la pérdida de una empresa insolvente? La respuesta es política, esto es, debe ser una opción del diseño sobre el funcionamiento de la economía. Como todo diseño, sus normas deben tener rango

constitucional para evitar que leyes ordinarias puedan modificarlo. Como es evidente, el diseño constitucional no puede forzar la naturaleza de las cosas, porque la práctica se encargará muy pronto de distorsionarlo. Entonces, lo que se debe analizar es si la preferencia de los créditos, tal cual ha sido comentada, responde a la naturaleza de las cosas.

En ese contexto, se deben destacar aquellos elementos del crédito tributario que justifican una preferencia de pago sobre los otros créditos, inclusive aquéllos garantizados con derechos reales. Nos referimos a los siguientes: a) la deuda tributaria es establecida por ley. Por tanto, es una obligación que es conocida por todos, bajo la presunción que la ley es igualmente conocida por todos y obligatoria para todos, desde la fecha de su vigencia (artículo 195° de la Constitución). Es verdad que lo que se conoce es el ideal abstracto del hecho imponible (o la hipótesis de incidencia tributaria), pero los hechos concretos susceptibles de ser gravados están registrados en la contabilidad (supuesto al que hemos asignado especial importancia para que la empresa pueda ser declarada insolvente); y, b) la deuda tributaria está establecida en favor de todos, porque se aplica a financiar los servicios públicos establecidos en favor de todos (artículo 77° de la Constitución).

Si se quiere comparar la naturaleza del crédito tributario con la de los derechos reales, encontramos que una característica común es que todos los integrantes de la colectividad conocen ese derecho y, por tal razón, puede ser oponible (exigible) a todos. Para que sea conocido por todos, el Código Civil exige que los derechos reales sean inscritos y hace depender del registro la posibilidad de ser exigible a todos. Tal es el caso de la hipoteca, en el que el registro es un elemento constitutivo de la misma, sin la cual ésta no existe (numeral 3 del artículo 1099°). En el caso de la prenda, se exige que como muestra de publicidad el bien sea entregado a otra persona que lo conserva por cuenta del deudor o que la prenda sea inscrita en aquellos casos en los que los bienes muebles se encuentran registrados (numeral 2 del artículo 1058° y artículo 1059°).

Pues bien, si el crédito con garantías reales y el crédito tributario son conocidos por todos, unos por el registro y otros por la ley, pueden ser igualmente exigibles frente a cualquier acreedor. La diferencia, en favor del crédito tributario, es que éste beneficia a toda la colectividad. Proteger en mayor medida a los trabajadores y, en rango siguiente, al Tesoro Público es una opción política que en nada desnaturaliza las garantías reales. Pretender que las garantías reales primen sobre el crédito tributario es otra opción

política, respetable como toda opción, pero cuya defensa debe ser política y no pretender encontrar sustento en la certeza jurídica.

Un último comentario, en este punto, es que la Ley de Reestructuración Empresarial sólo ha reservado la preferencia para los créditos que tienen como origen los tributos (inciso 3 del artículo 7° de la ley). Esto significa, técnicamente, que las demás deudas tributarias, que no tienen como origen los tributos, estarían excluidas del trato preferente. Nos referimos, por ejemplo, a las multas cuyo origen es el incumplimiento de obligaciones formales. Con mejor tratamiento técnico, el Código Tributario asigna preferencia al acreedor tributario, en sí mismo, incluyendo con ello a toda la deuda tributaria y no sólo aquella que tiene como origen los tributos.

### **La junta de acreedores y el reflotamiento de la empresa.**

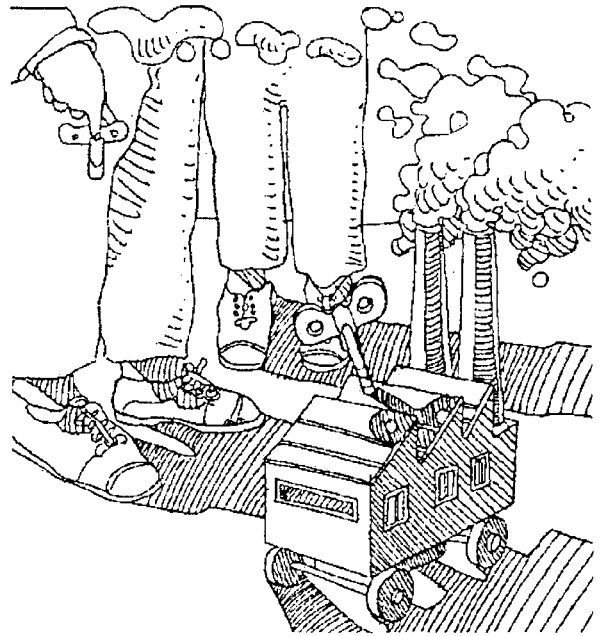
La junta de acreedores es convocada por la comisión, siguiendo las normas del reglamento que establecen, entre otras disposiciones, publicación de avisos de convocatoria a la junta, plazos para que se instale y el registro de los acreedores (artículo 5° y siguientes del reglamento). Respecto de esto último, el reglamento establece que sólo tienen derecho a participar en la junta los acreedores que registren sus créditos hasta el día anterior de celebración. Se debe indicar, no obstante, que el registro sólo es para efectos de participar en la junta, por lo que el derecho a cobrar el crédito sigue vigente aún cuando el acreedor no haya cumplido con el trámite de registro.

Reunida la junta, deberá decidir si la empresa se reflota, se liquida o se quiebra. Para que exista acuerdo válido para reflotar la empresa, como ha quedado anotado, se requiere el voto favorable de acreedores que representen más del 70% del total de créditos registrados. Este último porcentaje también se requiere para liquidar la empresa o solicitar la quiebra, pero el reglamento establece que si no existe acuerdo, se debe proceder a la quiebra (artículo 9° del reglamento). La legalidad de la junta (validez de su instalación, validez de los acuerdos) es resuelta por la comisión. Para ello, la ley previó que un representante de ésta pudiese ser invitado para que participe en la junta (artículo 4° de la ley), pero el reglamento ha precisado, con acierto, que esa presencia es obligatoria. El reglamento también ha previsto un procedimiento para la impugnación de los acuerdos de la junta (artículo 12° y 13° del reglamento).

Un tema no abordado es la situación de los

terceros garantes de las obligaciones sociales. En estos casos, el acreedor cuyo crédito está garantizado con un derecho real puede no estar interesado en el reflotamiento de la empresa (que eventualmente puede significar el aplazamiento del pago) sino en la liquidación extrajudicial o quiebra (porque acelera el cobro). En ese supuesto, el verdadero acreedor es el garante, que aparecerá como tal (como acreedor) cuando se ejecute el bien que dió en garantía del crédito de la empresa insolvente. En ese contexto, podría regularse que si el acreedor desea ejecutar la garantía de un tercero, debiera ceder el derecho de voto en la junta de acreedores a su garante.

Si los acreedores optan por el reflotamiento de la empresa, deben designar a una entidad financiera o a cualquier otra autorizada para que asuma la administración. En su caso, también pueden optar por mantener a los directores o administradores de la empresa. En cualquier caso, el titular de la empresa insolvente cesa en sus funciones, las que son asumidas temporalmente por la junta de acreedores.



El administrador debe preparar un programa de reflotamiento (reestructuración, según el texto del reglamento). El plazo es de un año prorrogable por otro adicional. Es importante destacar que este programa de reflotamiento se asume desde una perspectiva financiera, como corresponde. Para ello, el reglamento exige que el acuerdo de reflotamiento considere diversas posibilidades. Entre ellas, se menciona, la posibilidad de reflotar a la empresa si es atendible que las causas que dieron origen a la insolvencia puedan ser tratadas de modo adecuado; el

monto de capital adicional que se requiera para reestablecer un patrimonio positivo, regulando la posibilidad de capitalizar deudas, inclusive de las entidades bancarias y financieras. Esto último representa una autorización especial, que permite a esas entidades convertirse en accionistas de la empresa insolvente, sin más requisito que venderlas al finalizar el período de reestructuración (artículo 18° y siguientes del reglamento). La capitalización de deudas, en empresas insolventes, adquiere una connotación especial. Dadas determinadas condiciones de reflotamiento, el razonamiento que se sugiere es que si la empresa no se reflota, el crédito no se paga, en cuyo caso no importa que siga siendo un crédito o que se convierta en acciones por la capitalización. En cambio, si la empresa se reflota, el pago de las deudas habrá supuesto niveles de rentabilidad que pueden incrementar el valor de la inversión. La capitalización, en este escenario, es sólo un modo de cambiar el rango para cobrar un crédito contra una expectativa de ganancia.

El administrador propone a la junta de acreedores el plan de reestructuración, que debe ser aprobado por acreedores que representen más del 50% del total de créditos acreditados en la junta. Si no hay acuerdo, se puede conceder un plazo adicional o remover al administrador para que uno nuevo presente otro programa. En cualquier caso, la junta podrá cambiar el acuerdo de reflotamiento y decidir la liquidación extrajudicial o la quiebra.

Si el plan es aprobado, se exige que el directorio de la empresa integre a representantes de los acreedores y se reúna cuando menos cada quince días. Lamentablemente, el reglamento no ha previsto un procedimiento para revisar, reprogramar o modificar el programa de reflotamiento, para adecuarlo a las nuevas condiciones del mercado. Esta situación es fácilmente previsible si consideramos que tenemos un mercado en formación y la situación económica aún no se encuentra estabilizada. Adicionalmente, las empresas no cuentan con información estadística suficiente para proyectar razonablemente el resultado de sus operaciones. La única posibilidad para modificar el programa es una situación extrema que puede provocar, como se comentará más adelante, otra junta de acreedores que puede modificar el acuerdo y optar por la liquidación o la quiebra. En la mejor hipótesis, el acuerdo podría suponer el cambio de administrador.

En ese contexto, tal vez sea necesario interpretar que el programa de reflotamiento se refiere a condiciones generales que debe obtener la empresa insolvente en el plazo de un año, o dos si se consi-

dera la prórroga, pero no necesariamente a condiciones financieras para el pago de los créditos. Esta línea de interpretación es posible, porque el mismo reglamento diferencia el plazo de reestructuración de la empresa del plazo de reprogramación para el pago de los créditos. Esto último significa que el pago de los créditos puede superar los dos años del programa de reestructuración (artículo 26° del reglamento).

Acordado el reflotamiento de la empresa, aun cuando no exista el programa de reflotamiento, se suspenden todos los embargos y demás medidas cautelares para permitir el funcionamiento regular de la empresa. Esta suspensión continúa vencido el plazo para el programa de reestructuración si es que la programación para el pago de créditos excede el plazo. El reglamento establece las normas para que, a través del Poder Judicial, se publiquen avisos y se notifique a los interesados.

Aspecto central de la reestructuración de empresa insolvente es la ineficacia de los actos y contratos de disposición ocurrida dentro de un plazo inmediato a la reestructuración. En el caso del reflotamiento de las empresas insolventes el efecto retroactivo de nulidad alcanza a todos los actos y contratos celebrados por la empresa insolvente entre la fecha en que se citó a la primera junta y la fecha en que se notificó el auto judicial que contiene el acuerdo de reflotamiento (artículo 22° del reglamento). La resolución judicial a la que se hace referencia es aquélla que el juez de turno, a pedido del administrador, dirige a los jueces que conocen los procesos de cobro contra la empresa insolvente para que suspenda tales cobranzas y levante los embargos (artículo 10° de la ley).

La nulidad alcanza a: a) todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice; b) todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada en el contrato; c) los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por la empresa que no se refieran al desarrollo normal de su objeto social; d) las compensaciones efectuadas con créditos adquiridos contra la empresa por cesión o endoso; y, e) los embargos y demás medidas cautelares trabados sobre los bienes de la empresa, así como la ejecución de garantías reales o personales y otras medidas definitivas que afecten sus bienes.

El programa de reflotamiento puede ser cuestionado en cualquier momento durante el proceso de reestructuración, por el titular de la empresa, el administrador o acreedores que representen más del 50% del monto total de créditos (artículo 24° de la ley). Esta solicitud da lugar a la convocatoria a una

nueva junta de acreedores para que decida si modifica el acuerdo de reflotamiento por el de liquidación extrajudicial o la quiebra (en cuyo caso se requiere acuerdo de acreedores que representen más del 70% del total de créditos) o se nombra un nuevo administrador que dé lugar a un nuevo programa de reflotamiento.

Vencido el plazo del proceso de reestructuración, el titular de la empresa reasume la capacidad plena para administrar la empresa y caducan las atribuciones de la junta de acreedores (artículo 25° del reglamento). Con ello, también caduca el mandato del administrador y reviven los procesos de cobranza y concluye la suspensión de embargos y demás medidas cautelares. La cobranza judicial puede continuar suspendida si, como se anotó, el cronograma de pagos excede al plazo del programa de reflotamiento.

### **Reflexión final.**

El nuevo régimen para reflotar empresas insolventes aparece en un escenario en el que se liberaliza la economía y las normas legales ceden paso a las regulaciones del mercado. En ese escenario, las disposiciones legales cumplen el rol de arbitrar el mercado, cuidando que no se presenten distorsiones o corrigiendo éstas. En esa línea de reflexión, el nuevo régimen permite ese libre juego de intereses, equilibrando la necesidad social de que la empresa continúe operando con el interés de los acreedores para cobrar sus créditos. La eficacia de las normas dependerá, en gran medida, del papel que jueguen el INDECOPI y su comisión tanto en la calificación técnica de la insolvencia como en la resolución de los conflictos que se puedan presentar entre la empresa y sus acreedores. ■