

Más vale prevenir que lamentar

El concurso preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio^(*)
Abogado. Profesor de derecho concursal en la Pontificia
Universidad Católica del Perú.
Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

1 Primer paso: una introducción necesaria.

Cuando el 28 de diciembre de 1992 se promulgó la Ley No.26116, Ley de Reestructuración Empresarial, no sólo se derogó la antigua y caduca Ley No.7566, Ley Procesal de Quiebras⁽¹⁾, sino que se transformó la visión que hasta ese entonces se tenía del derecho concursal, adecuándolo a las necesidades de la economía peruana y a los cambios dados en el contexto internacional.

En efecto, la Ley de Reestructuración Empresarial no sólo trajo consigo el concepto de insolvencia, relegando a la institución de la quiebra a una posición residual, sino que, principalmente, estableció en las Juntas de Acreedores las facultades de decisión fundamentales respecto de los patrimonios en crisis de sus deudores. De manera concreta, podemos señalar que las características básicas que impregnaron la

norma en cuestión fueron: (i) la desjudicialización de los procedimientos concursales⁽²⁾, (ii) la decisión sobre el destino de la empresa en manos de un colectivo de acreedores, (iii) el incentivo de la reestructuración económica financiera para las empresas viables y (iv) en defecto de lo anterior, la liquidación ordenada del patrimonio insolvente en un proceso extrajudicial.

Así, se opta por la acción colectiva de los acreedores frente a la acción individual, procurando otorgar, dentro de esta nueva concepción del derecho concursal, los instrumentos legales y financieros tendientes más a una reestructuración, en tanto exista viabilidad económica del patrimonio insolvente, que a una extinción de este último, en clara contraposición con las orientaciones dadas por la Ley Procesal de Quiebras⁽³⁾. Desde este punto de vista, nuestra legislación sigue el devenir del derecho concursal, donde a la finalidad liquidatoria se superpuso una finalidad concordatoria, esto es, de posibilidad del

(*) 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) La Ley No.7566, denominada Ley Procesal de Quiebras, tuvo una vigencia bastante extensa (de 1932 hasta 1992) y en ella se regulaba el tratamiento otorgado por nuestra legislación a los problemas de crisis patrimonial. Esta norma sufrió modificaciones por las Leyes No.7607, 15485, 16267, 16694 y por los Decretos Leyes No.17801, 18357 y 21675.
- (2) Justamente, a raíz de la promulgación de la Ley de Reestructuración Empresarial, se precisó que todo procedimiento de insolvencia sería tramitado ante la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del INDECOPI (hoy Comisión de Reestructuración Patrimonial). No obstante lo anterior, la Única Disposición Transitoria del Decreto Ley No.26116 señaló que los procesos de quiebra en trámite se regirían por las normas legales vigentes a la fecha en que se iniciaron.
- (3) Al respecto, basta recordar al artículo 1 de la Ley Procesal de Quiebras que a la letra decía que: “El juicio de quiebra tiene por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”. Como puede apreciarse con la lectura de este artículo, el juicio de quiebra significaba una acción frente a la cesación de pagos, buscando en tanto sanción frente al incumplimiento, la ejecución de los bienes del deudor para satisfacer el crédito impago de sus acreedores.

deudor de llegar a establecer acuerdos efectivos con sus acreedores, y donde el concurso puso su centro de atención antes que en los acreedores en la propia empresa en crisis⁽⁴⁾.

Con la legislación concursal de 1992 se crea un régimen excepcional que, a través de procedimientos simples y con bajos costos de transacción, proteja el patrimonio de la empresa insolvente, permitiendo su administración y reflotamiento o liquidación en función al interés común de la totalidad de acreedores, frente al interés individual que legítimamente cualquiera de ellos pudiera tener ante una situación de incumplimiento normal. Para ello, se pasa de la intervención estatal traducida en las acciones de los jueces y síndicos de quiebras en el procedimiento regulado por la Ley No.7566, a la participación privada de los agentes económicos vía las Juntas de Acreedores, toda vez que siendo tales acreedores los principales afectados con la crisis del patrimonio de su deudor, deben ser ellos quienes detentan la facultad de adoptar las decisiones más trascendentes para maximizar un patrimonio insuficiente en procura de la mayor satisfacción de sus créditos.

Sin embargo, pese a las buenas intenciones de la Ley de Reestructuración Empresarial, el principio de conservación de empresas viables que la orientaba aún no se denotaba plenamente⁽⁵⁾. Fue preciso trabajar una nueva disposición concursal que, preservando las bondades del sistema creado en 1992, afinara algunos conceptos e instituciones, permitiendo a los agentes del mercado ver en este sistema una posibilidad concreta y segura de salida a la crisis patrimonial o de recuperación de su crédito, según la orilla en la que se encontrara.

En esa línea, el 21 de setiembre de 1996 se promulgó la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo No.845, la cual no solamente mostró un cambio de nombre, sino también una concreción de los objetivos de nuestro sistema concursal, a saber: (i) la reducción de las dificultades de negociación y costos de transacción con la finalidad de arribar a acuerdos plurilaterales, (ii) evitar la “canibalización” del patrimonio del deudor insolvente con las acciones ejecutivas de cobro, para lo cual se otorga una “coraza protectora” bastante eficaz a dicho patrimonio, (iii) la conservación de empresas viables o la salida ordenada y equitativa para los acreedores de aquéllas que no lo son, (iv) el respeto del derecho de crédito de los acreedores, a través de sus acciones colectivas en las Juntas de Acreedores y las facultades de control *ex ante* y *ex post* otorgadas a la autoridad concursal y (v) el reordenamiento del mercado y de sus propios agentes a través de las decisiones tomadas dentro del concurso.

El procedimiento de insolvencia no es visto como una sanción a la empresa insolvente, sino como una apertura a un marco de negociación que permita corregir la crisis de la empresa entendida como una segunda oportunidad al patrimonio en dificultades económicas⁽⁶⁾. Queda claro, entonces, que la insolvencia no es sinónimo de bancarrota ni de quiebra, es diametralmente distinta a estas nociones por cuanto deja de lado el sentido punitivo y potencia el fortalecimiento patrimonial en procura de la conservación de la empresa viable y, con ello, la satisfacción del crédito de la masa de acreedores.

A estos objetivos delimitados en la Ley de Reestructuración Patrimonial se unió otro, no menos

(4) TONÓN, Antonio. *Derecho Concursal*. Buenos Aires: Depalma, 1992.

Un análisis similar respecto de este cambio de óptica en nuestro derecho concursal lo podemos encontrar en FERRERO, Alfredo. *Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial*. En: *Derecho*. No.47. Lima, 1993.

(5) Se ha escrito y especulado bastante acerca de las razones que no permitieron un éxito total de la reestructuración patrimonial en esos años. Desde cuestiones de índole macroeconómica hasta aspectos muy subjetivos como la idiosincrasia del empresario peruano, o el temor generalizado en los agentes económicos al estado de insolvencia, trataron de explicar este tema. Sin embargo, no es nuestra intención ni objetivo encontrar una explicación en este artículo.

(6) Este criterio es adoptado por nuestra jurisprudencia concursal. Así, por ejemplo, mediante la Resolución No.104-96-TDC del 23 de diciembre de 1996, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI afirmó que “el procedimiento de declaración de insolvencia tiene por finalidad reducir los costos de transacción para que el universo de acreedores de un deudor determinado pueda llegar a un acuerdo que permita, o la reestructuración o, en todo caso, la salida ordenada de la empresa del mercado, protegiendo el derecho que tienen todos los acreedores de recuperar sus créditos en la medida que se lo permita la viabilidad y/o el patrimonio de la empresa. De esa manera, se busca evitar que, una vez dada la voz de alarma en el mercado sobre la posible mala situación económica de la empresa, las acciones de cobranza o ejecución que se entablen canibalicen el patrimonio insuficiente, perjudicando tanto a los acreedores como a la propia empresa, e impidiendo una solución acorde con la situación real de la misma.

importante, relativo a la prevención de la crisis y a los mecanismos y beneficios posibles de ser utilizados en hipótesis distintas al ya mencionado estado de insolvencia.

La finalidad de este artículo, además de señalar rasgos característicos en el devenir de nuestro sistema concursal -asunto que hemos intentado hacer en la introducción precedente- es presentar al lector aspectos relevantes del Concurso Preventivo plasmados al momento de su concepción con la Ley de Reestructuración Patrimonial, cómo y porqué estas mismas nociones fueron modificadas en el proceso de reforma dado con la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, y qué problemas e inquietudes encontramos actualmente en el diseño del concurso preventivo que, a nuestro juicio, valdría la pena precisar y/o replantear.

2 Segundo paso: el nacimiento del Concurso Preventivo y el Decreto Legislativo No.845.

Con la Ley de Reestructuración Patrimonial se crea el Concurso Preventivo como un procedimiento alternativo concursal destinado al refinanciamiento de obligaciones de un deudor ante la imposibilidad inmediata de pago o su dificultad de honramiento futuro⁽⁷⁾. La creación del Concurso Preventivo se justificó en las siguientes razones: (i) la necesidad de prever situaciones de insolvencia, en el entendido que prevenir la crisis resulta más eficiente y menos costoso que tratarla una vez que ésta se ha presentado, (ii) los requisitos son más sencillos de cumplir, lo que reduce

considerablemente los costos de acceso al trámite⁽⁸⁾, (iii) los plazos y etapas previstas en el procedimiento son más cortos, lo que también supone una reducción de costos y (iv) como consecuencia de todo lo anterior, con el Concurso Preventivo podía obtenerse una reestructuración de deuda con más eficiencia que en el marco de un procedimiento de insolvencia.

Es importante resaltar que el Concurso Preventivo fue una propuesta bastante original, que no copió pautas legislativas extranjeras y que, por esto, para sopesar sus resultados fue necesario ver su aplicación en casos prácticos. Ahora, conviene efectuar algunas precisiones con la finalidad de tener una mejor idea acerca de las bases que lo cimentaron durante la vigencia del Decreto Legislativo No.845.

2.1 En cuanto a su concepción.

Empecemos por una negación: el Concurso Preventivo no implica necesariamente que el patrimonio de aquella persona que desea acogerse a este proceso se halle en una situación de insolvencia⁽⁹⁾. Por el contrario, la solvencia patrimonial o la falta de iliquidez debieran ser el punto de partida en esta clase de procesos si lo que se busca es asegurar una negociación exitosa.

Así, en teoría, este procedimiento concursal propende una reconversión económica del patrimonio del concursado⁽¹⁰⁾ a través de un Acuerdo Global de Refinanciamiento de obligaciones celebrado con todos sus acreedores en el interior de una Junta de Acreedores.

2.2 En cuanto a los requisitos.

Para acogerse al Concurso Preventivo, el

- (7) Cabe señalar que el Concurso Preventivo no es el único proceso concursal alternativo a la declaración de insolvencia. En la Ley de Reestructuración Patrimonial encontramos el Procedimiento Simplificado (proceso tendiente a la reprogramación de pagos de la pequeña y micro empresa) y el Concurso de Acreedores (proceso de liquidación especial tratándose del patrimonio de personas naturales). Además, recientemente ha sido creado el Procedimiento Transitorio, vía el Decreto de Urgencia No.064-99 del 1 de diciembre de 1999, como otro proceso de naturaleza concursal conducente al fortalecimiento y saneamiento empresarial. Como es obvio, todos los procesos citados presentan premisas, herramientas de trabajo, plazos, beneficios e, incluso, aplicadores del sistema, muy distintos al procedimiento de declaración de insolvencia.
- (8) Esto es así por cuanto se exige al solicitante de presentar la información contable relativa a sus estados financieros señalada en el artículo 5 del Decreto Legislativo No.845. Sin embargo, con relación a este tema existen ciertos requisitos que dificultan el acogimiento al Concurso Preventivo, para lo cual nos remitimos al análisis que efectuaremos en el acápite 2.1 del presente artículo.
- (9) Sobre el particular, cabe mencionar que, de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Reestructuración Patrimonial, la insolvencia era un estado económico financiero determinado por una cesación de pagos (obligaciones superiores a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias, exigibles y vencidas por más de treinta días calendario, mantenidas frente a uno o más acreedores) o por una insuficiencia patrimonial (pérdidas de más de las dos terceras partes del patrimonio de la empresa o persona natural).
- (10) En esta clase de procedimientos el concursado puede ser cualquier persona natural o jurídica, o entidad no constituida legalmente, que se encuentre en imposibilidad o dificultad de pago oportuno de sus obligaciones.

interesado debía adjuntar a su solicitud un Pre Acuerdo Global de Refinanciamiento celebrado con representantes de más del 50% de sus deudas, además de la información y documentación que constituirían requisitos de admisibilidad⁽¹¹⁾.

Sin embargo, el costo de conseguir este consenso con la mayoría de sus acreedores para plasmarlo en el citado pre acuerdo era bastante elevado, toda vez que la procedencia para iniciar este procedimiento concursal quedaba a merced de la fase de negociación previa que debía entablar el interesado con un importante porcentaje de sus acreedores.

Este requisito se tornaba: (i) costoso, por cuanto, en la generalidad de casos, había que acudir acreedor por acreedor ofreciéndoles las bondades del pre acuerdo; (ii) riesgoso, toda vez que el interesado ponía al descubierto sus “debilidades patrimoniales” presentes o futuras frente a una importante masa de acreedores, lo que podía motivar en estos últimos iniciar acciones individuales de cobro aprovechando la fase de negociación del deudor; y (iii) alejado del espíritu del sistema concursal, dado que el afán conservativo de la empresa viable se condicionaba a la consecución de un pre acuerdo que partía de la voluntad de los acreedores dentro de una negociación previa, que no implicaba que esa voluntad fuera a mantenerse durante el concurso y que, por otra parte, colocaba al deudor en ese momento en una posición desventajosa, en cuanto a protecciones y privilegios, en comparación a aquella que ostentaría de darse tal negociación dentro del concurso.

2.3 En cuanto a la eficacia.

Recién con la presentación del Acuerdo Global de Refinanciamiento debidamente aprobado y certificado se conseguía la suspensión de la exigibilidad de todas las obligaciones del deudor que tuviera pendientes hasta la fecha de presentación de la solicitud para el inicio del procedimiento⁽¹²⁾.

Este hecho nos permitía apreciar que, a diferencia del procedimiento de insolvencia, donde la suspensión de obligaciones y la consiguiente

protección del patrimonio del deudor acontecía de manera inmediata con la resolución firme de declaración de insolvencia, en el Concurso Preventivo el concursado, pese a haber logrado un pre acuerdo del todo complicado como anotábamos en el acápite anterior, estaba en una situación de incertidumbre hasta el momento de instalación de su Junta de Acreedores, toda vez que solamente a partir de ese instante podía ver transformado su pre acuerdo inicial en un Acuerdo Global de Refinanciamiento definitivo que sí permitiría la suspensión de sus obligaciones, en tanto los términos y condiciones de éstas variarían en función del citado documento.

Queda claro que en toda la fase pre concursal (entre la solicitud de acogimiento hasta la publicidad del concurso y convocatoria de acreedores) y en la fase concursal (determinada por el apersonamiento de los acreedores, la verificación de créditos y la instalación de la Junta), la persona concursada no contaba con garantías de protección de su patrimonio y las obligaciones ya vencidas o exigibles en esos periodos podían serles demandadas en cualquier momento por cualquier acreedor legitimado, sin posibilidad por parte del deudor de invocar la resolución de acogimiento al Concurso Preventivo emitida por la autoridad concursal como mecanismo de interrupción o defensa ante dichas acciones.

Por otra parte, puede verse también que de lograrse la suspensión de la exigibilidad de obligaciones, éstas abarcaban a las devengadas hasta la fecha de presentación de la solicitud de acogimiento al Concurso Preventivo, dejando en calidad de extra concursales a aquéllas nacidas con posterioridad. Esto último podía traer un alto riesgo a los acreedores del concursado cuyos créditos hubieran sido devengados después de la fecha antes referida, en vista que, desde ese momento hasta la fecha de publicidad del concurso y convocatoria a acreedores, podían transcurrir semanas e incluso meses donde el mercado y sus agentes tenían un desconocimiento total de la situación del concursado, incrementando con ello la inseguridad en las transacciones, lo cual se veía apañado por una

(11) Artículo 105 del Decreto Legislativo No.845.

(12) Artículo 111 del Decreto Legislativo No.845.

mal entendida reserva del procedimiento⁽¹³⁾.

2.4 En cuanto a la negociación.

El artículo 110 del Decreto Legislativo No.845 concedía a la Junta de Acreedores la facultad de prorrogar la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento por una única vez hasta por un plazo de quince (15) días hábiles contados desde su instalación.

Consideramos que la voluntad y el consenso en los acreedores no se da (o no se debiera dar) en el momento que se plantea un tema de agenda dentro de la Junta, sino en las reuniones y negociaciones particulares que sobre dichos temas debe tener el deudor concursado interesado en que su propuesta sea entendida y respaldada por sus acreedores. Son en estas pre Juntas, llevadas a cabo con sectores o grupos de acreedores según la condición o clase de créditos, donde se forma con mayor solvencia la voluntad de aquéllos y donde se puede determinar con más exactitud las probabilidades de éxito del proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, un marco negocial más amplio y regulado lo encontramos en el ámbito de las Juntas de Acreedores una vez conformado el concurso. Esta regulación va acompañada de requisitos legales, condiciones particulares y compromisos que deben asumir tanto el deudor como los acreedores y también la autoridad concursal, de ahí que la práctica nos haya mostrado que, pese a contarse con cierto grado de apoyo al momento de someterse a consideración la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento, éste normalmente debe ser modificado o reajustado a dichos requisitos y condiciones. Bajo esa perspectiva, los quince días hábiles de prórroga resultaban a todas luces insuficientes.

2.5 En cuanto a la participación de los acreedores.

Si se examinan todas las disposiciones que sobre Concurso Preventivo contempla el Decreto Legislativo No.845, no se encuentra resquicio alguno de participación de los acreedores en la gestión o marcha de la empresa, en el supuesto de aprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento. En otras palabras, aprobado el citado acuerdo por la mayoría exigida por la ley concursal, caducaban las funciones de la Junta y las obligaciones se reprogramaban en función de aquél.

Sobre este tema podemos señalar algunas ideas: (i) la Junta de Acreedores tiene una eficacia limitada a la elección de sus autoridades y a la aprobación o no del Acuerdo Global de Refinanciamiento, por lo que desaparece una vez determinados ambos puntos; (ii) en atención a lo anterior, carece de sentido el reconocimiento de créditos tardíos, por cuanto si bien deben estar incluidos en el Acuerdo Global de Refinanciamiento, no van a participar en la negociación y decisión concursal; (iii) el Acuerdo aprobado por la Junta es inmutable, esto es, no hay posibilidad para que, dentro del marco de la Ley de Reestructuración Patrimonial, sea modificado aún exista esa intención por parte del concursado y sus acreedores; y (iv) la nula participación de los acreedores en los órganos de dirección y ejecución del concursado, ocasiona que la aprobación del Acuerdo pueda significar una suerte de “cheque en blanco” dado al deudor sin posibilidad de supervisar ni controlar la gestión del concursado en pro del cumplimiento del Acuerdo⁽¹⁴⁾.

Dejemos claro que la lógica del Concurso Preventivo difiere del procedimiento de declaración de insolvencia, en tanto en el primero es la propia administración la que ofrece la propuesta de refinanciamiento y se ocupa de implementarla siempre

(13) Al respecto, el artículo 8 del Decreto Legislativo No.845 estableció que los procedimientos de declaración de insolvencia y concurso preventivo se tramitarían en reserva hasta que se inscribiera la resolución que declaraba la insolvencia o se publique la correspondiente convocatoria a Junta, lo que ocurra primero, bajo responsabilidad del funcionario que incumpliera dicha disposición. Afortunadamente, el principio de reserva en los procedimientos concursales ha sido atenuado con la promulgación de la Ley No.27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, operando la reserva sólo para los procesos de declaración de insolvencia a solicitud de acreedores. En tal sentido, los criterios de transparencia y seguridad en el tráfico jurídico y comercial han prevalecido.

(14) Sobre esto último, el artículo 111 del Decreto Legislativo No.845 señala que al producirse el primer incumplimiento en el pago de las obligaciones de la empresa, el acreedor perjudicado podrá solicitar al juez especializado en lo civil que deje sin efecto la suspensión de la exigibilidad de tales obligaciones. No obstante ello, estas acciones de cumplimiento siempre van a desarrollarse en sede judicial, sin posibilidad de retomar los cauces concursales.

que la aprueben los acreedores, en cambio en la insolvencia es una administración puesta por decisión de la Junta la que presenta la propuesta de reestructuración, en tanto se tome esa opción⁽¹⁵⁾. En el primer caso no se cambia el régimen de administración ni mucho menos se sustituye a la Junta de Accionistas o de Socios ni a sus apoderados; en el segundo, a pesar que exista la potestad dada a la Junta de Acreedores de ratificar a la antigua administración, siempre su permanencia o transformación va a pasar por el filtro de la Junta. Sin embargo, esta distinción no resta las consideraciones expuestas en el párrafo precedente.

2.6 En cuanto al defecto del concurso.

Entendemos por defecto del concurso, la desaprobación al Acuerdo Global de Refinanciamiento presentado por el concursado. Frente a este acontecimiento, según el sentido del Decreto Legislativo No.845, la Junta se extingue, el concursado deja esa condición y debe cumplir con sus obligaciones en los términos originalmente pactados. Entonces, la inversión de tiempo y dinero efectuadas para activar la maquinaria concursal y la proclamada reducción de costos de transacción que subyace en los procedimientos concursales no tuvieron ninguna repercusión.

3 Tercer paso: la reforma del Concurso Preventivo y la Ley No.27146.

Cuando se empezó a trabajar la reforma del Decreto Legislativo No.845, una de las principales preguntas era acerca del por qué el Concurso Preventivo no tuvo el éxito deseado, siendo un procedimiento más expeditivo y barato que el procedimiento de insolvencia, y con una marcada tendencia al reflotamiento y saneamiento empresarial. Las estadísticas no pudieron ser más claras: en más de dos años de aplicación de la Ley de Reestructuración Patrimonial (setiembre de 1996 a octubre de 1998)

solamente se presentaron diez (10) solicitudes de acogimiento a Concurso Preventivo en todo el país contra mil doscientas cincuenta y cinco (1255) solicitudes de declaración de insolvencia⁽¹⁶⁾.

Este dato, de por sí revelador, traducía la urgencia y necesidad de reformar aspectos sustanciales del Concurso Preventivo, donde permanezca su lógica de prevención de la crisis y de reconversión económica del patrimonio. En esa línea de pensamiento, consideramos, se promulga la Ley No.27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial⁽¹⁷⁾, cuyos temas relevantes, en relación con la reforma al Concurso Preventivo, pasamos a analizar.

3.1 Facilidades de acceso al sistema.

Como fuera anotado en la sección anterior, uno de los principales problemas que tenían los interesados en acogerse al Concurso Preventivo a la hora de presentar su solicitud era el relativo al Pre Acuerdo Global de Refinanciamiento que debía celebrarse con más del 50% de sus acreedores. Con la modificación dada por la Ley No.27146, este requisito es puesto de lado y reemplazado por el Proyecto de Acuerdo Global de Refinanciamiento que debe presentar, adjunto a la información y documentos de admisibilidad⁽¹⁸⁾.

En ese sentido, el Acuerdo Global de Refinanciamiento viene a convertirse en un documento elaborado íntegramente por el deudor concursado que debe comprender los mecanismos de financiamiento, las acciones a realizar por parte de la administración, la relación de obligaciones, el cronograma de pagos, las garantías otorgadas, entre otros aspectos tendientes a la reconversión económica del patrimonio concursado. En otras palabras, estamos ante una oferta contractual emitida por una persona natural o jurídica interesada en refinanciar, modificar las relaciones jurídicas obligatorias sostenidas con el universo de sus acreedores.

Consideramos que la modificación introducida debe reducir aún más los costos de transacción,

(15) Artículo 47 del Decreto Legislativo No.845.

(16) Datos presentados por el INDECOPI en el documento de trabajo elaborado con ocasión del proceso de reforma del Decreto Legislativo No.845. El citado documento fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de diciembre de 1998.

(17) Dispositivo publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio de 1999.

(18) Nótese que esta modificación no supone la inacción del interesado con sus acreedores en la fase previa a la presentación de su solicitud.

permitiendo un acceso más sencillo y de más empresas a los beneficios del Concurso Preventivo.

3.2 Eficacia del acogimiento al concurso.

De una eficacia diferida y condicionada a la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento, se pasa a una posibilidad de suspensión casi inmediata⁽¹⁹⁾, a concretarse a la fecha de publicidad del concurso⁽²⁰⁾.

(...) se crea el Concurso Preventivo como un procedimiento alternativo concursal destinado al refinanciamiento de obligaciones de un deudor ante la imposibilidad inmediata de pago o su dificultad de honramiento futuro

Esta modificación resultaba a todas luces razonable, toda vez que el incentivo de cualquier deudor para ingresar al sistema es justamente la suspensión de la exigibilidad de obligaciones y la protección de su patrimonio, con la finalidad de dejar la refinanciación de sus deudas sometidas a la propuesta que formule a sus acreedores vía el denominado Acuerdo Global. Así, en el lapso de tiempo que media entre el acogimiento al Concurso Preventivo y la instalación de la Junta, el deudor va a contar, por un lado, con la posibilidad de negociar de una forma más segura y equilibrada las condiciones de sus deudas con el universo de acreedores y, por otro lado, estos últimos van a tener también seguridad que aquello que

negocian está respaldado en un patrimonio tangible y real, que no va a verse afectado o desarticulado por acciones individuales de cobro previas a la Junta que desvirtúen o resten eficacia a los acuerdos adoptados.

3.3 Ampliación del tiempo de negociación.

En relación con este punto, con las modificaciones introducidas, se permite que la propuesta dada por el deudor pueda ser observada por la Junta de Acreedores, y que esas observaciones y sugerencias puedan ser, con el consentimiento del concursado, acogidas en un nuevo proyecto que reúna el punto de vista de un mayor número de actores involucrados en el proceso. El plazo para conformar esta nueva propuesta se extiende de quince (15) a treinta (30) días hábiles, lo que permite tener más tiempo para sopesar las observaciones de los acreedores⁽²¹⁾ y analizar, de pronto en el ámbito de las pre Juntas, la conveniencia de incorporarlas en el Acuerdo Global reformulado.

3.4 Garantías a los acreedores.

Probablemente la crítica más común y justificada de los acreedores que se encontraban ante un Concurso Preventivo era su nula participación en la administración y supervisión del negocio. Esto significaba un desincentivo para aquellos acreedores que, creyendo en las bondades del Acuerdo Global de Refinanciamiento ofrecido por el deudor y en los potenciales de la empresa concursada en marcha, dudaban de apoyar el proyecto, en vista que no contaban con los mecanismos legales de control y supervisión del cumplimiento del Acuerdo.

En atención a lo anterior, se diseñan, dentro del

(19) De acuerdo al artículo 111 del Decreto Legislativo No.845, modificado por la Ley No.27146, cuando el deudor solicita el acogimiento al Concurso Preventivo tiene la facultad de pedir la suspensión inmediata de la exigibilidad de sus obligaciones (a partir de la publicidad de su concurso) o la suspensión diferida (a computarse con la presentación del Acuerdo debidamente aprobado y certificado).

(20) Vale mencionar que dentro de los cambios introducidos al Decreto Legislativo No.845, se encuentra aquél referido al mecanismo de publicidad de los procedimientos concursales. Antes, el acto de publicidad se daba en el mismo acto de convocatoria a Junta de Acreedores. Con la promulgación de la Ley No.27146, dichos actos se separan, siendo cargo de la Comisión de Reestructuración Patrimonial la publicidad semanal en el diario oficial *El Peruano* de la relación de deudores sometidos a alguno de los procedimientos contemplados en la norma concursal.

(21) Dentro de las facultades de control otorgadas a la Comisión de Reestructuración Patrimonial están aquellas referidas a la nulidad de acuerdos de Junta que supongan violaciones de la ley concursal o de cualquier otra del ordenamiento jurídico o que involucren un ejercicio abusivo del derecho. Como quiera que la autoridad concursal participa en la celebración del Acuerdo Global de Refinanciamiento, considero deber y derecho de ésta observar tales documentos tomando en cuenta las consideraciones expuestas, con el objeto de orientar a las Juntas de Acreedores, velar por la legalidad de los acuerdos adoptados y evitar futuras nulidades que retrasen el procedimiento con el consiguiente perjuicio de los actores involucrados.

nuevo esquema presentado en la Ley No.27146, tres órganos de supervisión y control que la Junta de Acreedores puede incorporar dentro de la organización de la empresa concursada una vez que apruebe el Acuerdo Global de Refinanciamiento y mientras dure la reprogramación de deuda adoptada.

Por un lado, tenemos al Comité de Vigilancia como el ente formado por dos acreedores y encargado de la supervisión del negocio en el tiempo que se siga con la ejecución del Acuerdo. Por otro lado, están los dos representantes designados para participar en las sesiones de Directorio u órgano equivalente de la concursada (dependiendo de su tipo societario), ambos con derecho a voz y voto en todas sus deliberaciones, y la figura del veedor, como aquel representante de los acreedores designado para participar en la Junta de Accionistas u órgano societario equivalente⁽²²⁾.

3.5 Respuesta colectiva ante el defecto del concurso.

Decíamos líneas atrás que bajo el esquema del Decreto Legislativo No.845 no existía posibilidad alguna de pasar inmediatamente del Concurso Preventivo a un procedimiento general de declaración de insolvencia ante el supuesto de desaprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento. Este hecho reflejaba la fragilidad de esa Junta de Acreedores “condenada” a nacer y morir en y para un solo acto, así como la ineficacia de la norma, porque no veía que a la falta de aprobación del Acuerdo iba a seguir, muy probablemente, una situación de crisis aún mayor en la empresa, frente a la cual ni el deudor ni los acreedores podían tener una respuesta colectiva rápida en el marco de la negociación concursal. Ello sin sumar

la inversión desperdiciada al no poder usar “el terreno ganado” en el Concurso Preventivo y el riesgo que todo esto suponía en el patrimonio del deudor.

La Ley No.27146 abre una ventana más para poder ingresar rápidamente al procedimiento de insolvencia⁽²³⁾, permitiendo iniciar directamente este procedimiento cuando la mayoría de acreedores decidieran desaprobando el Acuerdo Global de Refinanciamiento propuesto por el deudor en el marco del Concurso Preventivo. A estos efectos, el consentimiento de más del 50% de acreedores reconocidos y del propio deudor es fundamental para que la autoridad administrativa declare la situación de insolvencia del concursado, adecuándose la convocatoria a Junta, sus atribuciones, la determinación de acreedores hábiles y demás temas inherentes al proceso de insolvencia y a las disposiciones que lo regulan.

3.6 La tramitación paralela de procesos concursales.

Mención aparte merece el tema de la tramitación paralela del Concurso Preventivo y el procedimiento de declaración de insolvencia. Pero primero, debemos situarnos en la norma: el artículo 141 del Decreto Legislativo No.845, modificado por la Ley No.27146, dispone que cuando se presente una solicitud de Concurso Preventivo frente a un deudor y, con anterioridad o posterioridad a ella, se presente una solicitud de insolvencia por acreedores frente a ese mismo deudor, el procedimiento de insolvencia continuará su trámite hasta el estado anterior al pronunciamiento de la autoridad concursal respecto a la situación de insolvencia del deudor, procediendo su

(22) Entendemos que el Comité de Vigilancia debe estar conformado por dos acreedores reconocidos por la Comisión, que se encuentren participando en la reunión de instalación de la Junta y presten su conformidad para asumir la responsabilidad que trae dicho cargo. En cambio, los representantes ante el Directorio de la concursada y el veedor, pueden ser o no acreedores. En el primer caso, sin embargo, la designación debe recaer en personas naturales, en atención a lo dispuesto en el artículo 160 de la Ley General de Sociedades, mientras que el veedor podría ser persona natural o jurídica, indistintamente.

(23) Al igual como la “ventana” de acceso al Concurso Preventivo se amplía a través de la simplificación de los requisitos requeridos para acogerse a este proceso, en el caso de la declaración de insolvencia pasa lo mismo. A las ya conocidas manifestaciones de insolvencia por cesación de pagos e insuficiencia patrimonial previstas desde el Decreto Ley No.26116, se unen con la promulgación de la Ley No.27146 los procesos derivados de la aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil, los cuales denotan una manifestación de crisis por inexistencia de bienes del deudor, así como el tema que nos ocupa relativo al paso inmediato de Concurso Preventivo a insolvencia ante la hipótesis de desaprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento y consentimiento de las partes actoras. Es pertinente señalar, dentro de esta apertura para acceder al sistema de insolvencia, que la manifestación de cesación de pagos ya no es exclusivamente invocada por el acreedor (atendiendo a la condición del crédito exigible y vencido que detenta), sino también puede serlo por el deudor, en tanto acredite que más de las dos terceras partes del total de sus obligaciones se encuentran vencidas e impagas por más de treinta días calendario.

suspensión, de oficio o a pedido de parte, mientras la Junta de Acreedores reunida por el Concurso Preventivo se pronuncia sobre la refinanciación de pasivos propuesta.

Ahora bien, ¿cuál es la justificación de esta norma desde nuestro punto de vista?

Reiteramos que la insolvencia es una situación jurídica definida por la norma positiva y que requiere, en ese sentido, una declaración por parte de la autoridad competente. En estricto, es un estado previsto legislativamente respecto de un patrimonio determinado, sea de una persona natural, jurídica o sociedad conyugal.

La insolvencia de una persona, declarada o no, lleva consigo, en la generalidad de casos, la insatisfacción del crédito de alguien, sea trabajador, proveedor o el propio Estado. Sin embargo, el procedimiento de insolvencia no representa solamente la constatación objetiva de dicha situación, sino también propicia mecanismos y regula propuestas que permitan la satisfacción del crédito insatisfecho, incidiendo en el patrimonio concursado y afectando las relaciones jurídico obligatorias del deudor insolvente con sus acreedores.

A diferencia de procedimiento de insolvencia que arrastra una insatisfacción del crédito, el Concurso Preventivo no parte de esa hipótesis, toda vez que no nos encontramos -por lo menos así entendemos el sentir de nuestra legislación concursal- ante una insuficiencia patrimonial o una cesación de pagos, sino en una fase previa, quizás sintomática de una insolvencia, pero que, a esa fecha, es previsible y, en cierto modo, manejable.

Consideramos que en los procedimientos preventivos concursales -como es el caso de nuestro Concurso Preventivo- existe una tutela más eficaz ante una probable lesión del crédito, que podría determinarse por la insolvencia futura del deudor. Tutela que no tiene como objeto específico la satisfacción inmediata o en el "momento oportuno" del acreedor respecto de la prestación del deudor, sino que tiende a satisfacer ese interés conservando el valor de su derecho de crédito. Esto supone garantizar o fortalecer patrimonialmente al deudor para que la

posibilidad de recuperación de los créditos involucrados no se diluya o pierda⁽²⁴⁾.

El procedimiento de Concurso Preventivo nos permite apreciar, en mayor grado comparándolo con el procedimiento de insolvencia, (i) la responsabilidad del interesado para enfrentar abierta y diligentemente una posible crisis empresarial, (ii) una capacidad negocial superior, toda vez que teóricamente no se halla en una situación de incumplimiento y (iii) la mejor oportunidad de los acreedores de lograr la satisfacción de su derecho de crédito a través del fortalecimiento patrimonial del deudor.

Teniendo en cuenta lo anterior, pensamos que la opción legislativa, en cuanto a la tramitación de procesos de distinta naturaleza, se clarifica con lo siguiente: el pedido de insolvencia a solicitud de un acreedor busca principalmente (sin que ello sea ilegítimo o inválido) el recupero del crédito a través de la acreditación de capacidad de pago que la autoridad concursal confiere al deudor una vez admitida la solicitud. La refinanciación de pasivos, a través de los mecanismos preventivos, pone en juego un bien jurídico mayor al solo cumplimiento de una prestación, esto es, el fortalecimiento patrimonial del deudor como la mejor tutela del derecho de crédito de todos sus acreedores.

Por esto, el proceso de insolvencia se tramita hasta una fase previa a la declaración de insolvencia (entendemos que no existe problema para proceder con el análisis del crédito invocado y con el emplazamiento al deudor) pero se suspende, de existir un Concurso Preventivo en trámite, toda vez que, de no ser así, se estaría poniendo por encima un interés individual antes que el interés colectivo representado en el derecho de crédito que corresponde a todos los acreedores.

Obviamente, como lo señala la norma en cuestión, de no aprobarse la refinanciación de pasivos continuará el procedimiento de insolvencia, en vista que aquellos que tienen el poder de decisión (Junta de Acreedores) han estimado que el Acuerdo Global de Refinanciamiento propuesto por el concursado no es viable o idóneo para proteger sus derechos crediticios, siendo así más conveniente que sus intereses se

(24) Un análisis interesante sobre este tema puede encontrarse en ORDUÑA, Francisco. *La insolvencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

encuentren tutelados por otros mecanismos distintos, previstos en el régimen de insolvencia, mas no en el Concurso Preventivo.

4 Cuarto paso: localizando problemas, trasladando inquietudes, buscando respuestas⁽²⁵⁾.

4.1 La redefinición del Concurso Preventivo.

De acuerdo a nuestra legislación concursal, la posibilidad de acogimiento al Concurso Preventivo la confiere una situación de imposibilidad o dificultad de pago oportuno de las obligaciones de cualquier persona natural o jurídica, o sociedad no constituida legalmente⁽²⁶⁾.

Siguiendo esta definición, podemos tener varios supuestos en la situación financiera de un patrimonio para que una persona logre su acogimiento al Concurso Preventivo: (i) una imposibilidad inmediata de pago de sus obligaciones, (ii) una dificultad futura de honramiento de sus deudas, (iii) un patrimonio que arroje pérdidas acumuladas sin tener en cuenta la cesación de pagos y (iv) un patrimonio que no arroje pérdidas acumuladas y no se halle en cesación de pagos.

Un pensamiento estricto nos hace proponer una redefinición del Concurso Preventivo y, en general, de los procedimientos concursales contemplados en el Texto Unico 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 -

teniendo en cuenta el significado de ambos conceptos cuando se aplican en la declaración de insolvencia⁽²⁷⁾-, en los cuales el objetivo es, justamente, prevenir o evitar la llegada del estado de insolvencia a través de un refinanciamiento o reestructuración general de obligaciones.

Con esta redefinición, empresas o personas bajo los supuestos (i) y (iii) -dependiendo de la magnitud de ambos estados en función a la noción de insolvencia- no deberían entrar a los procedimientos y mecanismos preventivos, sino buscar de frente la entrada a la insolvencia, toda vez que su situación de iliquidez o de falta de solvencia amerita la utilización de instrumentos propios al esquema de insolvencia. Por otro lado, empresas o personas bajo los supuestos (ii) y (iv) -e incluso en los supuestos (i) y (iii) siempre que por su magnitud no se alcance el grado de insolvencia de acuerdo al parámetro legal- sí estarían legitimadas para invocar el acogimiento al proceso preventivo.

Lo anterior supone un trabajo de reforma, orientado a la unificación de procesos concursales, 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⁽²⁸⁾.

4.2 El proceso de verificación de créditos.

La verificación de créditos en un Concurso Preventivo (denominado proceso de reconocimiento de créditos por nuestra legislación) tiene las mismas reglas y principios que el reconocimiento de créditos dentro de un procedimiento de insolvencia. Esto supone penetrar en la etapa generalmente más minuciosa y extensa dentro de todo proceso concursal, en la cual la autoridad administrativa examina uno a

(25) Esta sección del artículo recoge algunos pensamientos que la corta aplicación de la ley concursal en materia de Concurso Preventivo nos ha permitido tener. Son, es bueno advertirlo, reflexiones preliminares. Por eso no buscan ser respuestas definitivas ante los problemas detectados, sino por el contrario, sugerencias que motiven discusiones y, de pronto, innovaciones legislativas en cada uno de los temas tratados.

(26) Artículo 105 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, aprobado por Decreto Supremo No.014-99-ITINCI, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 1 de noviembre de 1999.

(27) En esta instancia se torna fundamental la verificación patrimonial que debe realizar la autoridad concursal.

(28) La nomenclatura es, por ahora, lo de menos, lo importante es mantener la lógica del reordenamiento acotado. Incluso, en vez de proceso de insolvencia, podemos pensar en un proceso de reestructuración (claro está, que parte de la situación de insolvencia como la conocemos actualmente), dejando al proceso liquidatorio como la consecuencia del fracaso del proceso de reestructuración, o regulado enteramente en una norma especial, bajo un esquema concursal expeditivo y a menores costos.

uno los títulos presentados por cada acreedor a efectos de justificar la existencia, origen, legitimidad y cuantía de los créditos invocados, plasmándose todo este trabajo en la resolución de reconocimiento de créditos respectiva.

Esto también supone dilatar la instalación de la Junta tantos días, semanas o meses como número de acreedores y complejidad de créditos se tenga. Si a esto unimos el hecho que la normativa concursal no pone un plazo mínimo para que la Junta de Acreedores se reúna desde que se da el acogimiento al Concurso Preventivo, podemos encontrar serios problemas e incongruencias⁽²⁹⁾.

Por ello, la etapa del reconocimiento de créditos viene a ser un verdadero “calvario” para cualquier concursado, dado que mientras más tiempo ocupe esta fase dentro del procedimiento, mayor es el tiempo de incertidumbre respecto de las decisiones sobre la marcha del negocio y así también mayores son las dificultades encontradas para sostener un patrimonio que resulte “atractivo” a los acreedores y suficiente para la refinanciación de obligaciones.

La importancia de la etapa de reconocimiento de créditos podemos encontrarla en que permite (i) verificar los pasivos del deudor, (ii) definir la composición de la Junta de Acreedores, (iii) determinar la participación de los acreedores a través del peso porcentual que se otorga a sus créditos reconocidos frente al resto y (iv) medir las posibilidades de recuperación de los créditos.

Sin embargo, ¿sólo con la mecánica del reconocimiento de créditos podemos alcanzar estos objetivos?, ¿no termina siendo una condición bastante formal de los procedimientos concursales que acaban impregnándolos de rigidez y lentitud y con ello hace

que el sistema concursal pierda la eficiencia que lo debe caracterizar?

Creemos que un proceso de registro y conciliación de créditos puede ser más efectivo que la actual etapa de reconocimiento de créditos. Este proceso no es desconocido⁽³⁰⁾, pero es importante precisar sus alcances.

Dentro de los requisitos solicitados a todo interesado que desea acogerse a un Concurso Preventivo se encuentra aquél relativo a la relación detallada de obligaciones que debe presentar⁽³¹⁾. Esta lista de acreedores, pensamos, no debe permanecer como un requisito de admisibilidad más, de los tantos que debe verificar la autoridad concursal, sino como el mejor y más fidedigno instrumento de trabajo en la etapa de formación del concurso⁽³²⁾.

A través de la relación de obligaciones presentada por el concursado, la autoridad concursal deberá cotejar los conceptos y montos invocados por los distintos acreedores, para proceder con el registro de dichos créditos en tanto exista correspondencia entre lo declarado por el deudor y lo solicitado por el acreedor. Nótese que esta correspondencia debe ser plena, esto es, partir de una identidad que no deje lugar a dudas o interpretaciones respecto de la realidad del crédito. Verificado este hecho, sólo queda en la autoridad competente emitir la resolución que reconozca al solicitante como acreedor del concursado y permita su participación en la Junta.

Como quiera que la identidad requerida no puede configurarse en la totalidad de solicitudes de reconocimiento de créditos presentadas -sobre todo, si atendemos que para efectos del cálculo de intereses normalmente deudor y acreedores usan fechas de corte diferentes-, debe pasarse a continuación a la etapa de

(29) No puede dejar de mencionarse que uno de los factores que han jugado en contra de decisiones de reestructuración o refinanciamiento de deudas una vez instaladas las Juntas de Acreedores es el relativo al tiempo “perdido” en la fase de reconocimiento de créditos. Esta ha sido una de las mayores críticas al sistema de reestructuración y a sus aplicadores y una de las razones por las que, desde nuestro punto de vista, se creó el procedimiento transitorio.

(30) El registro y conciliación de créditos está contemplado en nuestra legislación concursal cuando se regula el procedimiento simplificado

(31) El artículo 105 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial sobre los requisitos para acogerse al Concurso Preventivo nos remite al artículo 5 del mismo cuerpo legal, cuyo numeral quinto señala como deber del deudor que quiere solicitar su declaración de insolvencia “una relación detallada de sus obligaciones de toda naturaleza, precisando la identidad y domicilio de cada acreedor, los montos adeudados por concepto de capital, intereses y gastos y la fecha de vencimiento de cada una de dichas obligaciones”. Nótese que el grado de precisión exigido por la ley concursal sobre cada deuda sostenida por aquella persona que busca acogerse a sus beneficios es bastante alto.

(32) Téngase presente que el deudor se encuentra compelido a brindar una información muy exacta sobre sus acreedores, bajo sanción de declararse la conclusión del proceso y la nulidad del Acuerdo Global de Refinanciamiento, de haberse aprobado, conforme a lo preceptuado en el artículo 113 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial.

conciliación. En ese momento, la autoridad concursal deberá llamar al concursado a una audiencia de conciliación de créditos y reconocimiento de obligaciones, poniendo delante suyo aquellas solicitudes que, por cualquier motivo, difieran de lo declarado por él cuando se presentó al concurso. De reconocer lo invocado por el acreedor la autoridad emitirá la resolución respectiva en tales términos, caso contrario, debe ser esta última la que analice los títulos justificativos del crédito invocado para determinar su participación en el proceso.

Sobre este tema un último punto: el mecanismo propuesto no releva en la autoridad concursal sus deberes de verificación de la realidad de los créditos en el caso de acreedores vinculados. Por el contrario, ayuda a efectuar una labor de investigación más efectiva en estos supuestos, toda vez que agiliza y facilita su actuación para los casos de acreedores no vinculados, focalizando sus energías y recursos para la verificación de créditos de acreedores vinculados. Consideramos que con esta mecánica sugerida se alcanzan igualmente los objetivos antes detallados en un proceso de reconocimiento de créditos sin perder la celeridad y eficiencia que el sistema concursal debe tener.

4.3 Los créditos concursales.

Son llamados créditos concursales aquellos comprendidos en el procedimiento, haciendo de su titular parte integrante de la Junta de Acreedores en tanto obtenga el reconocimiento de tales créditos.

En el caso del procedimiento de insolvencia hay una precisión muy clara respecto de cuáles son los créditos comprendidos. El artículo 38 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial señala que “quedarán sujetos a los procedimientos de reestructuración patrimonial, disolución y liquidación y concurso de acreedores, los pasivos del deudor insolvente devengados hasta la fecha en que se efectúa la publicación

establecida en el artículo 8 de la presente ley⁽³³⁾”.

Pero en el Concurso Preventivo no encontramos la precisión que el régimen de insolvencia otorga a este tema. Por eso, consideramos importante fijar cuáles son los créditos concursales en esta clase de procedimientos. En este punto, la respuesta la encontramos, de forma indirecta, en las propias normas del Concurso Preventivo, en específico el artículo 111 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, que al mencionar la suspensión de exigibilidad de obligaciones señala que ésta alcanza incluso las obligaciones que el deudor tuviera pendientes devengadas hasta la fecha prevista en el artículo 8 de la norma concursal.

El citado artículo 8 -lo hemos mencionado anteriormente- es el relativo al listado de personas acogidas a algunos de los procedimientos concursales que la autoridad administrativa está en la obligación de publicar semanalmente en el diario oficial. Esto quiere decir que si van a poder ser suspendidas las obligaciones del deudor concursado nacidas hasta esa fecha, dado que las mismas van a estar sujetas al Acuerdo Global de Refinanciamiento que se presente a la Junta, queda claro que los créditos concursales serán los devengados hasta dicha oportunidad, resultando fuera del concurso (llámase extraconcursoales) aquellos otros devengados a partir del día siguiente.

4.4 La vigencia de la Junta de Acreedores.

Con la lógica del Decreto Legislativo No.845, la Junta de Acreedores en un Concurso Preventivo nacía y moría en un solo acto, toda vez que su actividad se orientaba a un único tema: la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento. Siendo o no aprobado este documento el procedimiento terminaba, alejándose las partes del régimen concursal⁽³⁴⁾.

Las atribuciones y responsabilidades dadas a las Juntas de Acreedores son ahora mayores⁽³⁵⁾. Esto

(33) Cabe mencionar que, según este mismo artículo, los créditos devengados con posterioridad son extraconcursoales y como tales, al no poder aplicárseles los efectos del estado de insolvencia, deben ser pagados a su vencimiento de acuerdo a lo pactado.

(34) Hay que dejar claro que la posibilidad de diferir la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento siempre ha estado presente. Con esto se prorrogaba la toma del acuerdo por un plazo que fluctuó entre los quince y treinta días calendario, entendiéndose la Junta suspendida en ese periodo. Sin embargo, esta posibilidad en modo alguno implicó una eficacia mayor de la Junta, por lo que no enerva lo expresado en este acápite.

(35) No vamos a reincidir en este punto, dado que su comentario se encuentra en el acápite 3.4 del presente artículo.

nos permite reflexionar acerca de su vigencia y, en concreto, de la posibilidad que tienen los acreedores de solicitar a la autoridad concursal una siguiente reunión de acreedores en el marco del Concurso Preventivo.

En la reunión de instalación, la Junta de Acreedores se ocupa básicamente de tres temas dentro de su agenda, a saber: (i) la elección de las autoridades de la Junta, (ii) la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento y (iii) las acciones de fiscalización y gestión. Consideramos que respecto de los tres temas acotados pueden surgir situaciones que ameriten siguientes reuniones de la Junta de Acreedores, siempre bajo la hipótesis de una aprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento presentado⁽³⁶⁾.

Pongamos como ejemplo que el Presidente de la Junta decide renunciar a esa función o pierde la condición de acreedor porque cedió su crédito a un tercero o porque éste fue cancelado atendiendo al cronograma de pagos establecido en el Acuerdo Global de Refinanciamiento, dejando con ello de formar parte del Comité de Vigilancia. ¿No sería conveniente, inclusive necesario, que la Junta de Acreedores vuelva a reunirse con el objeto de designar una nueva autoridad y reconstituir, además, al Comité de Vigilancia preservando de esa manera sus funciones?

Pensemos otros casos: el veedor designado por la Junta no está cumpliendo los encargos encomendados por ésta y los representantes ante el Directorio de la concursada, también designados por los acreedores, no vienen asistiendo a las sesiones. ¿Estos últimos deben quedarse con los “brazos cruzados” en el entendido que la Junta de Acreedores nació y murió en el acto de instalación? ¿Cómo queda el deber y facultad de supervisión y control que compete a la Junta?

Otro caso: el Comité de Vigilancia, dentro de sus labores de supervisión, determina que existen problemas en el área administrativa de la empresa que pueden redundar en la aplicación del Acuerdo Global. ¿A quién debe informar? ¿Qué medidas correctivas

pueden tomar los acreedores ante tales informes?

Siguiendo el caso anterior: el concursado es consiente de los problemas observados por el Comité de Vigilancia y que, por ende, el Acuerdo Global no va a poder ejecutarse en los términos acordados. ¿No puede acudir a la Junta de Acreedores para exponer las dificultades y buscar nuevas condiciones a las ya otorgadas en el refinanciamiento inicial?

Consideramos que los casos y preguntas formuladas nos lleva a que sí es posible que la Junta de Acreedores, una vez que aprueba el Acuerdo Global de Refinanciamiento, pueda seguir reuniéndose las veces que estime necesarias para tomar decisiones vinculadas a los tres temas centrales anotados en este acápite, mientras el referido Acuerdo siga vigente. En otras palabras, podemos decir que la vigencia de la Junta de Acreedores en el contexto de un Concurso Preventivo está determinada por la vigencia del Acuerdo Global de Refinanciamiento que esa misma Junta aprobó.

No obstante lo anterior, conviene indicar que, a diferencia del procedimiento de declaración de insolvencia, en el Concurso Preventivo la Junta de Acreedores no reemplaza a la Junta de Accionistas o al órgano correspondiente según el tipo societario del deudor, tampoco suspende la aplicación de los Estatutos de la empresa; pero sí se constituye en un órgano colegiado dentro del engranaje de la organización empresarial del concursado con alta relevancia: en primer lugar, porque supervisa y controla la gestión del negocio a través de los instrumentos previstos en la normativa concursal, y en segundo lugar, porque con sus decisiones va a marcar la actuación de los diferentes órganos de la deudora e incluso el destino de su patrimonio.

4.5 La verificación tardía de créditos.

No son pocos los cuestionamientos respecto de la posibilidad de evaluar solicitudes de reconocimiento de créditos presentadas con posterioridad a la fecha establecida para participar en la sesión de instalación

(36) Sobre el particular, conforme al artículo 109 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, modificado por el Decreto de Urgencia No.064-99, de no aprobarse la propuesta global de refinanciación presentada por el deudor, se aplicará lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 14 de la citada ley, esto es, la posibilidad de declararse inmediatamente la insolvencia de la concursada siempre que exista tal intención de parte de ésta y de más del 50% de sus acreedores.

de Junta de Acreedores dentro de un procedimiento de Concurso Preventivo⁽³⁷⁾.

Partiendo de la idea de una Junta de Acreedores de eficacia limitada a la aprobación del proyecto presentado por el deudor, la verificación tardía de créditos carecía de sentido o sería, por decirlo de algún modo, un reconocimiento “pírrico”, toda vez que estos nuevos acreedores no tendrían ninguna injerencia en las decisiones propias a esa clase de Juntas.

Bajo la óptica esbozada en el acápite precedente, la verificación sí es relevante en vista que aquellos acreedores incorporados extemporáneamente al concurso podrían participar en las Juntas posteriores, redefiniendo el peso específico de cada acreedor en función a su crédito e incidiendo con esto en las decisiones que pudiesen adoptarse.

4.6 La determinación de los órdenes de preferencia.

Toda resolución administrativa de reconocimiento de créditos debe expresar, entre otras cosas, el orden de preferencia que corresponde al acreedor solicitante⁽³⁸⁾. Así lo señala el artículo 107 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial. No obstante ello, como esta norma no indica cuáles son las características que determinan que un crédito dado se encuentre localizado en una prelación específica es que recurrimos, en forma supletoria, a las disposiciones generales y de reconocimiento de créditos de dicho cuerpo legal.

Pero aquí surge el inconveniente: el inciso 3 el artículo 24 de la ley concursal establece que el tercer orden de preferencia en el pago de los créditos corresponde a los “créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del insolvente, siempre que la garantía o la medida cautelar correspondiente haya sido constituida, trabada o ejecutada con anterioridad a la fecha de declaración de insolvencia”.

De la revisión de este dispositivo se observa una regulación clara respecto de las características que

debe tener el crédito para otorgársele el tercer rango de prelación en los casos de una declaración de insolvencia. Sin embargo, no existe tal especificidad en el caso de un Concurso Preventivo, es más los términos del citado artículo solamente se ponen en el supuesto de la insolvencia.

Sobre el particular, debe tenerse presente que los aplicadores del derecho cuentan con diversos instrumentos para el mejor desarrollo y desempeño de sus actividades, entre los cuales se encuentra el uso del instituto jurídico denominado analogía. En nuestro concepto, ante el supuesto descrito debe utilizarse esta institución, toda vez que tomando un supuesto elaborado para una situación de insolvencia a efectos de determinar los órdenes de preferencia, vamos a aplicarlo a una situación no contemplada, pero semejante a la prevista.

La semejanza que se encuentra en la etapa pre concursal del procedimiento de insolvencia y de Concurso Preventivo es la siguiente: el artículo 8 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial establece que los diversos procedimientos concursales se publicitan mediante la publicación semanal que efectúan las Comisiones en el diario oficial. La finalidad es informar a los acreedores de: (i) la situación jurídica actual de su deudor, (ii) los efectos que tal situación ha traído sobre el patrimonio de éste y (iii) la necesidad de su apersonamiento a fin de formar parte del proceso. Esta publicación, de acuerdo a la norma en cuestión, se efectuará una vez consentida la resolución de declaración de insolvencia o la que admite a trámite el pedido de Concurso Preventivo o procedimiento simplificado.

De lo dicho, se desprende una racionalidad común entre los procedimientos de declaración de insolvencia (en especial los iniciados a pedido de deudor) y de Concurso Preventivo, en la medida que el deudor sujeto a cualquiera de ellos es consciente que una vez consentida la resolución de declaración de insolvencia o de admisión a trámite del preventivo, según sea el caso, se pasa a una etapa en la cual se van

(37) Al respecto, el artículo 107 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial establece quiénes son acreedores hábiles para participar en la sesión de instalación de Junta de Acreedores.

(38) La identificación del acreedor, el origen del crédito, los conceptos y montos reconocidos, así como la determinación de la vinculación con el concursado, son los otros elementos a señalar.

a tomar decisiones con incidencia directa en su patrimonio.

En ese sentido, resultaría inconsistente que el deudor, con la anuencia de un acreedor cualquiera, constituya a partir del momento recientemente referido (donde conoce con certeza la inminencia del concurso) garantías a favor de aquél, dado que esto perjudicaría al resto de acreedores, en vista de que se generaría por esta vía ventajas y privilegios para algunos, rompiendo así el principio de igualdad que guía todo procedimiento concursal.

Entonces, consideramos que resulta válida la analogía consistente en establecer que las garantías y medidas cautelares que otorgan el tercer orden de preferencia en el Concurso Preventivo son aquellas que han sido constituidas, trabadas o ejecutadas, según el caso, con anterioridad a la fecha en la que quedó consentida la resolución de admisión a trámite para dicho procedimiento.

4.7 La modificación del Acuerdo Global de Refinanciamiento⁽³⁹⁾.

El Acuerdo Global de Refinanciamiento es una oferta expuesta por una persona sometida a un procedimiento de Concurso Preventivo orientada a su aceptación por una mayoría calificada de acreedores con la finalidad de dar un nuevo tratamiento a sus pasivos. Es una propuesta que tiene efectos *erga omnes*, esto es, de ser aprobada, será oponible a todos los acreedores del concursado, transformando los términos del conjunto de sus relaciones jurídicas.

De esta forma, el Acuerdo Global de Refinanciamiento aprobado por la Junta va a tener la relevancia de sujetar a nuevas condiciones las obligaciones de la empresa o persona acogida al

concurso. Este nuevo contrato, como cualquier negocio jurídico, va a contener las prestaciones correspondientes a las partes involucradas y las acciones y garantías que pudiesen activarse ante su incumplimiento. Pero, ¿es inmutable este contrato?

De una rápida lectura del último párrafo del artículo 111 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial podría decirse que sí. En efecto, la citada norma señala que ante el primer incumplimiento en el pago de las obligaciones, de acuerdo a lo previsto en el Acuerdo Global, quedará sin efecto la integridad del cronograma de pagos, deviniendo en exigibles las obligaciones en él incorporadas⁽⁴⁰⁾.

Pero una lectura más pausada nos permite ir un paso atrás: ante la inviabilidad del Acuerdo Global de Refinanciamiento ya aprobado por la Junta, ¿no es posible reformularlo y orientarlo a la nueva situación patrimonial del deudor? Consideramos que la respuesta deber ser afirmativa.

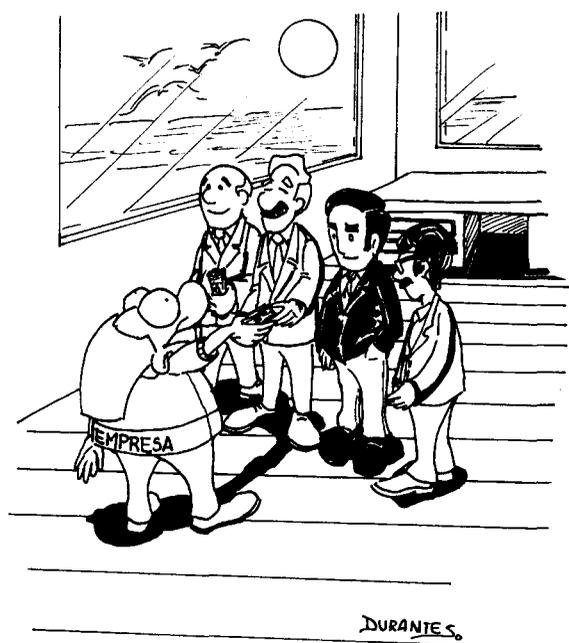
Los sistemas concursales son concebidos como instrumentos idóneos para reducir los costos de transacción, y con esto promover las negociaciones entre acreedores y deudores ante el supuesto de problemas patrimoniales de estos últimos. A tales efectos, se reviste a las disposiciones concursales de varias y variadas herramientas para poder trabajar con ese fin.

En el caso del Plan de Reestructuración -figura parecida al Acuerdo Global de Refinanciamiento en cuanto su objetivo es incorporar en un solo documento los mecanismos de reestructuración del pasivo de la empresa- su posibilidad de revisión y modificación está dada en nuestra legislación concursal. En tal sentido, ante su inoperancia, sea por razones estructurales del

(39) No es un tema oculto, al contrario, en una primera etapa se da en todos los casos de Concursos Preventivos. Para ejemplificar esto, basta señalar que entre la fecha de presentación de la solicitud de acogimiento al Concurso Preventivo (oportunidad en que se incorpora el Acuerdo Global de Refinanciamiento) hasta la fecha de reunión de Junta de Acreedores (donde se someta a consideración de este cuerpo colegiado el citado documento), se devengan un sinnúmero de obligaciones entre la primera de las fechas nombradas hasta la fecha de publicidad de acogimiento al concurso, que el concursado no tomó en cuenta porque, evidentemente, aún no conocía su existencia. Como quiera que estas obligaciones no contempladas son de naturaleza concursal y, en consecuencia, deben ser incorporadas al Acuerdo Global de Refinanciamiento por mandato legal, el concursado está en la obligación de modificar los términos del acuerdo formulado inicialmente. Obsérvese cómo la propia normativa concursal nos lleva a este tema.

(40) Sobre este último punto nos preguntamos, ¿cuáles son las obligaciones que devienen exigibles?, ¿aquellas incorporadas en el Acuerdo Global de Refinanciamiento bajo los nuevos términos contractuales, o las obligaciones originales, previas al nacimiento del concurso, las que dieron lugar a su conformación? Esto trae a colación el tema de si la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciación constituye una novación objetiva de las obligaciones primitivas, siendo que cambian factores sustanciales de todas las prestaciones del deudor, o si este hecho, como lo señala la propia norma concursal, no constituye novación alguna. Asunto bastante espinoso, cuyo análisis vamos a dejarlo para otra oportunidad, expresando que una u otra postura no alteran lo mencionado en el presente acápite.

negocio o meramente coyunturales, la Junta de Acreedores puede corregir los defectos detectados y hacer, de esa manera, que el Plan sea plenamente ejecutable. Nuevamente, el espíritu de reducción de costos de transacción se encuentra presente, permitiendo que, dentro de la negociación concursal, y recogiendo las experiencias ganadas, puedan cambiarse acuerdos anteriormente adoptados por otros más reales de cumplir, en tanto se perciba aún viabilidad económica en la empresa.



Para llevar a cabo estas acciones, es necesario una nueva propuesta de Plan por parte de la administración de la empresa (correctiva del anterior) y la aceptación calificada de los acreedores participantes.

Para trasladar este razonamiento al ámbito del Concurso Preventivo, consideramos fundamental que confluyan los siguientes cuatro factores: (i) la propuesta de modificación parcial o total del Acuerdo Global de Refinanciamiento debe ser formulada por el deudor concursado⁽⁴¹⁾, (ii) este último no puede

encontrarse en una situación de incumplimiento respecto del Acuerdo antes adoptado, (iii) dicha propuesta debe ser formulada y analizada en el seno de una Junta de Acreedores debidamente convocada con ese fin y (iv) para su modificación deben respetarse las mayorías y formalidades exigidas para la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento⁽⁴²⁾.

De confluir los cuatro factores mencionados, consideramos que la Junta de Acreedores de cualquier persona sometida al régimen del Concurso Preventivo estaría perfectamente legitimada para modificar, en todo o en parte, el Acuerdo Global de Refinanciamiento anteriormente aprobado.

La única duda surge -y nos parece honesto compartirla- cuando encontramos que, en el caso concreto, ya ocurrió el primer incumplimiento al Acuerdo por parte del concursado. Según el artículo 111 antes referido las obligaciones devienen exigibles, estando en condiciones los acreedores de iniciar las acciones legales respectivas para el cobro de sus acreencias.

Sin embargo, conociendo que ante el incumplimiento de cualquier acuerdo o contrato, la parte afectada puede solicitar el cumplimiento de lo pactado o la resolución del contrato, con la indemnización de daños y perjuicios correspondiente, en uno u otro caso⁽⁴³⁾, ¿no cabría la posibilidad que en una Junta de Acreedores se analicen los alcances del incumplimiento del concursado y pueda someterse a consideración la reformulación del Acuerdo Global de Refinanciamiento?

Teóricamente pensamos que sí, toda vez que lo que busca cualquier Junta de Acreedores dentro de un régimen de reestructuración es maximizar los recursos escasos del patrimonio concursado con la finalidad de obtener una ganancia tangible, esto es, la más eficiente recuperación de sus créditos. Entonces, ante una circunstancia de incumplimiento del Acuerdo, y estando en la Junta de Acreedores la potestad de reunirse nuevamente como dejamos sentado en un

(41) La propuesta podría ser formulada también por cualquier acreedor o tercero interesado en el proceso, pero, a efectos de su validez, el deudor tendría que hacerla suya y presentarla a la Junta de Acreedores.

(42) Previstas en el primer párrafo del artículo 109 el Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial.

(43) Sobre el particular, existen diversas disposiciones en el Libro de Fuentes de las Obligaciones de nuestro Código Civil.

análisis anterior⁽⁴⁴⁾, cabría la posibilidad que este órgano colegiado decida, bajo las formalidades de la ley concursal, introducir las modificaciones necesarias al citado Acuerdo.

Nótese que cuando el artículo 111 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial incide en el tema del incumplimiento del Acuerdo, únicamente señala como consecuencia que “quedará sin efecto la integridad del cronograma de pagos del deudor”, lo que evidentemente torna exigibles sus obligaciones, pero no apunta ni a una resolución ni a una nulidad del citado pacto⁽⁴⁵⁾. En virtud de ello, podría la Junta tomar mecanismos no resolutivos con el objeto de lograr la “utilidad” anotada en el párrafo precedente.

Sin perjuicio del análisis anterior, desde un ángulo eminentemente práctico, debemos tomar en consideración la capacidad de reacción de los acreedores -sobretudo de los más afectados económicamente con el primer incumplimiento- traducida en las acciones individuales de cobro respectivas. Siendo éstas más rápidas y eficaces sobre el patrimonio concursado (el cual ya no goza de ninguna protección) van a restar proporcionalmente las probabilidades de éxito o de salida a la crisis a través de una negociación concursal con miras a la reformulación del Acuerdo, y con esto, la motivación de los acreedores para volver a reunirse en una Junta especial va a decrecer.

5 Quinto paso: reflexión final.

La Economía y el Derecho son disciplinas que cada día se complementan más, toman prestadas instituciones y experiencias de una para incorporarlas en los radios de acción de la otra.

El tema de la crisis de la empresa y su incidencia dentro de mercados competitivos no se ha mantenido

ajeno a esta concepción. Así, su marco regulatorio fue cambiando paulatinamente, y no ha sido mera coincidencia que dicho cambio haya operado en paralelo con la transformación de nuestro sistema económico y su adaptación a los contextos internacionales.

De un primer tratamiento punitivo, estatista y económicamente ineficiente a los problemas de crisis financiera plasmado en la Ley Procesal de Quiebras, se pasó a una concepción de decisiones y acciones privadas con la Ley de Reestructuración Empresarial. De esta manera, serían los propios agentes económicos quienes otorguen las oportunidades del caso a los patrimonios viables, a través de la utilización de políticas de saneamiento y fortalecimiento empresarial o, en su defecto, opten por una salida del mercado equitativa y ordenada.

Los principios referidos son reformulados y, en varios casos, mejorados con la Ley de Reestructuración Patrimonial, introduciéndose en ese momento el carácter preventivo de las normas concursales, como el mejor mecanismo para evitar las crisis financieras o, simplemente, el estado de insolvencia. La búsqueda del fortalecimiento de los patrimonios, como condición fundamental para lograr la conservación de las empresas y la tutela del derecho de crédito de los acreedores, nos parece, se realzan con estas disposiciones.

Los procedimientos preventivos, sin embargo, aún no se utilizan en la escala deseada, de pronto por desconocimiento, falta de difusión, oscuridad en algunas de sus normas, o en su aplicación práctica, pocas experiencias exitosas o de pronto son todos estos factores y más. Nuestra intención ha sido centrarnos en el Concurso Preventivo para apreciar, con el máximo de objetividad, sus defectos y virtudes en el marco de la norma concursal, pero principalmente para trasladar algunas reflexiones y/o sugerencias que permitan diseñar mejores cimientos para esta institución. ^{AB}

(44) Respecto a este tema, ver el acápite 3.4 del presente artículo.

(45) Asunto que, a manera de ejemplo, sí se regula expresamente en el artículo 113 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial cuando sanciona con nulidad los acuerdos adoptados de comprobarse que el concursado omitió declarar la existencia de ciertos créditos.