

# ¿Hospital de incurables?: la Ley de Reestructuración Patrimonial en el Perú.

Grupo de Investigación de Ius et Veritas

Ada Dávila Aguinaga

Juan Manuel Robles Montoya

Mauro Ugaz Olivares

Mario Zúñiga Palomino

## 1 Introducción.

Los procesos de salida del mercado de las empresas, su posible reestructuración y supervivencia han sido temas que siempre han demandado estudio, regulación e inquietud. Es verdad que la visión del problema de la insolvencia ha cambiado a lo largo de los años, justamente como se podrá apreciar en el presente trabajo, la regulación de dicho fenómeno ha sufrido diversas metamorfosis respecto a los fines, usos, medios y resultados en dicho proceso. Sin embargo, lo común a todos estos cambios ha sido identificar la insolvencia como un problema al cual el Estado no podía estar ajeno, debido a la trascendencia económica y social del tema.

En nuestro país, la intervención estatal en la insolvencia de las empresas tiene como último peldaño, al Decreto Legislativo No.845, Ley de Reestructuración Patrimonial, norma modificada por la Ley No.27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial y sus correspondientes modificatorias –cabe además señalar los diferentes procedimientos que se han implementado al margen de la Ley marco, como por ejemplo, el Procedimiento Transitorio y el Saneamiento Económico Financiero de las Empresas Agrarias y Azucareras -, que en los últimos años han sido objeto de críticas, que apuntan a la necesidad de hacer del sistema de reestructuración patrimonial una herramienta más eficaz y útil para que las empresas puedan afrontar sus situaciones de crisis

de la manera más eficiente posible. En ese sentido, se ha dirigido la mirada al aumento de la demanda en la carga procesal impuesta al Estado, en la celeridad de los procedimientos de reestructuración patrimonial, en los reconocimientos de créditos y en la competencia del Poder Judicial, como algunos de los obstáculos que se presentaron en el Sistema Concursal.

Precisamente, en la actualidad existe un proyecto de Ley del Procedimiento Concursal que recoge las observaciones que se han planteado a la Ley de Reestructuración Patrimonial.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo analizar los principales problemas que afronta nuestro Sistema de Reestructuración Patrimonial y, de otro lado, examinar las alternativas que el Estado ha planteado para superarlos.

## 2 Aclarando el panorama.

Es pertinente antes de entrar a analizar la Ley de Reestructuración Patrimonial, repasar brevemente la historia de las normas que regularon la insolvencia en el Perú antes de su promulgación.

Las situaciones de insolvencia en el Perú estuvieron reguladas inicialmente por el Código de Procedimientos Civiles de 1912. Este tenía como presupuesto objetivo de la insolvencia la cesación de pagos. Distinguía entre el *concurso de acreedores* y la quiebra. El primero era un procedimiento para los no comerciantes y el segundo se dirigía a los

comerciantes que cesaban en el cumplimiento de sus obligaciones. Esto acorde con la tendencia de la época a distinguir entre los actos de comercio y los actos civiles<sup>(1)</sup>.

La Ley No. 7566 – Ley Procesal de Quiebras (en adelante, la LPQ), promulgada el 2 de agosto de 1932 –reproducción de la Ley de Quiebras de Chile de 1931– no conserva esta distinción sino que fija un solo procedimiento de **liquidación de bienes** para cualquier deudor que sea declarado en quiebra, pero con algunos efectos disímiles en atención a si el deudor es comerciante o no<sup>(2)</sup>.

El artículo 1 de la mencionada norma señala 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 el pago de sus deudas, en los casos y en la forma predeterminada por la ley”. De la lectura de este artículo puede desprenderse que no necesariamente se opta por una quiebra–sanción, sin embargo, en la práctica, la quiebra, debido a que solamente estaba dirigida a la liquidación del negocio, apareció como una sanción al deudor que cesaba en el pago de sus obligaciones.

Una vez declarada la quiebra, se suspendía el derecho de los acreedores para ejecutar individualmente al acreedor, salvo los casos de acreedores con garantías reales (a diferencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial, como veremos más adelante).

Asimismo se produce la separación de los bienes del deudor, que pasan a manos del **síndico** quien los administrará para luego venderlos. Es justamente la figura del síndico, quien es blanco de críticas debido

a que se trataba de un funcionario público que no tenía incentivos para llevar a cabo ágilmente el proceso de liquidación de bienes del deudor. En efecto, un proceso largo y costoso significaba mayores ingresos para él<sup>(3)</sup>.

Otra deficiencia importante que tenía el sistema de quiebra era su inaptitud para detectar o prevenir con anticipación situaciones de insolvencia, de tal modo que, una vez declarada la quiebra, la empresa o persona deudora, prácticamente estaba perdida<sup>(4)</sup>.

Por todas las deficiencias mencionadas y, por aquello de que las normas jurídicas deben adecuarse a su contexto económico y social, se hacía necesaria una nueva regulación de la insolvencia en el Perú.

Precisamente, en el contexto de una liberalización de la economía<sup>(5)</sup> y con el sector empresarial sumido en una grave crisis, el gobierno promulga, el 24 de diciembre de 1992, el Decreto Ley No. 26116 - Ley de Reestructuración Empresarial.

Esta norma significó un cambio radical en el modelo de reestructuración patrimonial en el Perú. Se pasó del sistema liquidatorio y judicial antes descrito a uno privado, que tiene por objeto la conservación en el mercado de las empresas viables, siempre dentro de lo que los acreedores consideren más conveniente para sus intereses. Asimismo, se limita la intervención del Poder Judicial, trasladando la responsabilidad de supervisar el procedimiento a una autoridad administrativa como el INDECOPI<sup>(6)</sup>.

Si bien la dación de esta norma fue definitivamente positiva, se presentaban algunos vacíos, sobretudo en lo referente al ámbito subjetivo al que era aplicable. Pese a que la Primera Disposición Complementaria de la norma señala que regirá también para las personas

- (1) El Código de Comercio de 1902, si bien no define los actos de comercio, da a entender que éstos tendrían una naturaleza distinta a los que por contraposición podríamos llamar “actos civiles”. Esta distinción como sería demostrado después, no tiene ninguna relevancia.
- (2) SANCHEZ PALACIOS, Manuel. *Ley Procesal de Quiebras* (Curso Universitario). Lima: San Marcos, 1958. p. 2. Es el caso por ejemplo, de los artículos 3, 13, 27, 41 y otros más de la LPQ.
- (3) Area de estudios Económicos del INDECOPI. *Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: diagnóstico de una década. Documento de Trabajo No. 008-2000*. Lima: INDECOPI, 2000. Publicado en Separata Especial del diario El Peruano, el 27 de agosto de 2000. p. 192107. También disponible en: [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe).
- (4) FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. *Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial*. En: Derecho PUC, No. 47. Lima: PUCP, 1993. p.396.
- (5) Desde 1990 se dictaron por ejemplo, la *Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada*, promulgada mediante Decreto Legislativo No. 757, publicado el 13 de noviembre de 1991; la *Ley de Promoción de la Inversión Extranjera*, promulgada mediante Decreto Legislativo No. 662, publicado el 9 de setiembre de 1991; la *Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado*, promulgada mediante Decreto Legislativo No. 674, publicado el 27 de setiembre de 1991; entre otras normas que determinaron la simplificación del sistema tributario, la flexibilización del mercado laboral y la modernización del sistema financiero.
- (6) *Area de estudios Económicos del INDECOPI. Op.cit; p. 192130*

naturales no consideradas empresas, su aplicación a éstas no quedaba del todo clara<sup>(7)</sup>.

Es recién con la promulgación, en 1996, del Decreto Legislativo No. 845 - Ley de Reestructuración Patrimonial, norma que analizaremos a lo largo del presente trabajo, que se cubren muchos de los vacíos dejados por la Ley de Reestructuración Empresarial.

La Ley de Reestructuración Patrimonial implantó como novedad la creación del Procedimiento Simplificado, el Concurso Preventivo y el régimen aplicable a personas naturales que no realizan actividad empresarial. Los dos primeros serán tratados con detenimiento más adelante, sin embargo, podemos decir que el Concurso Preventivo es un mecanismo de refinanciación o reprogramación de pagos de deudas, diferenciándose del procedimiento de insolvencia al buscar **prevenir** situaciones de insolvencia, en el entendido que resulta más eficiente y menos costoso prevenir la crisis antes que tratarla una vez que ésta ya se ha presentado. De otro lado, el Procedimiento Simplificado no tiene naturaleza preventiva, tratándose más bien de una insolvencia para pequeñas empresas.

Asimismo, en julio de 1999 se promulgó la Ley No. 27146 – Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial. Dicha norma buscaba incentivar un mayor uso de los procedimientos de carácter preventivo, fomentar la descentralización del sistema y otorgar mayores facultades a las autoridades que supervisan los procedimientos concursales.

Cabe añadir además que se ha normado de manera especial la reestructuración en materia de las empresas agrarias azucareras –Decreto Legislativo No. 802, Ley de Saneamiento Económico y Financiero de las empresas agrarias azucareras y su reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 005-96-AG-, que tiene por finalidad establecer medidas dirigidas a la reactivación y saneamiento de las empresas que realizan actividad agrícola o agroindustriales azucareras.

Finalmente, en el contexto de una precaria situación empresarial, se crea, mediante Decreto de Urgencia No. 064-99, publicado el 1 de diciembre de 1999, el

Procedimiento Transitorio, caracterizándose específicamente por su naturaleza extraordinaria y temporal, administrativa y, sobretodo, descentralizada<sup>(8)</sup>.

### **3 Características de la Actual Reestructuración Patrimonial en el Perú.**

En la presente sección del trabajo, pretendemos dar a conocer la naturaleza de las innovaciones que se han dado en nuestro Sistema Concursal, así como mostrar cuáles son los principales rasgos que lo definen. De otro lado, señalaremos algunos aspectos de la descentralización y delegación de facultades otorgadas a una serie de instituciones públicas y privadas por parte de INDECOPI.

#### **3.1 La desjudicialización y la administrativización como característica central del actual procedimiento concursal.**

Previamente a que el proceso de reestructuración empresarial fuera implementado y puesto en práctica a nivel nacional existía, como ya se ha mencionado, la Ley Procesal de Quiebras de 1932, la misma que encargaba la dirección y solución de este tipo de procesos al Poder Judicial, bajo una perspectiva y visión diametralmente opuesta a la que hoy hemos adoptado.

De esa manera, “la reforma legislativa en nuestro país propició también la desjudicialización del procedimiento que en el antiguo esquema era tramitado en su integridad bajo la conducción de un juez civil y con la administración de los bienes por parte del síndico de quiebras. La Ley de 1992 dejó en la esfera judicial únicamente el procedimiento de quiebra propiamente dicho, mientras que la conducción de los procedimientos de reestructuración y disolución y liquidación se trasladó a la Junta de Acreedores, con la participación de entidades privadas para la administración o liquidación de los bienes<sup>(9)</sup>.”

En ese sentido, se ha trasladado la competencia para el conocimiento de los procesos de

(7) Ver al respecto: HARO SEIJAS, José Juan. *Confusión de confusiones: la “Reestructuración Empresarial” de las personas naturales*. En: *Thémis – Revista de Derecho*. No. 31. p. 261-289.

(8) GAGLIUFFI PIERCECHI, Ivo. *El procedimiento transitorio: ¿Fortalecimiento o debilitamiento del sistema de reestructuración patrimonial?*. En: *Ius et Veritas*, No. 20, julio de 2000; pp. 217-218.

(9) MUÑOZ AGUILAR, Estuardo. *Reestructuración Patrimonial*. Rodhas, Lima, 1997; pp. 21-22.

Reestructuración a la sede de un ente administrativo, específicamente a INDECOPI, que se desempeña como un garante y director de tales procedimientos. Hoy ya no será la autoridad judicial quien decida unilateralmente el rumbo de un patrimonio empresarial en crisis, sino que será la pluralidad de acreedores, en virtud a que son los agentes que mayor interés tienen como conjunto en que la empresa, recobre fuerzas y vuelva a ser una entidad competitiva en el mercado.

En sede judicial, el síndico, que era un tercero ajeno al funcionamiento y manejo de la empresa, era quien determinaba, a través de un proceso de quiebra preestablecido, el pago de los créditos y le daba fin a la existencia de la empresa. Sin embargo, por su ajenez al negocio y la nula inversión de capital en la empresa, aplicaban solamente las normas pertinentes y allí finalizaba su labor.

Sin embargo, consideramos que hoy con el ya mencionado traslado de esta importante competencia a la sede administrativa (que no se maneja de manera alguna como aplicador de normas netamente), su función trasciende a una labor meramente liquidatoria, sino que es un mediador cuya intervención se justifica para evitar el exceso que el conjunto de acreedores pudiera ejercer.

Hoy en día, sin embargo, se le otorga la potestad de decidir el rumbo de ese patrimonio en crisis a los agentes - en nuestra opinión- mejor legitimados por intermedio de un ente administrativo, debido a una serie de factores intrínsecos a su calidad de acreedores, tales como:

a) Interés porque la empresa continúe en marcha.

b) Lograr la satisfacción de un interés colectivo, porque cada decisión será responsabilidad de ese conjunto de acreedores que están reunidos en la persecución de un fin común, que es maximizar el beneficio que el patrimonio empresarial les pudiera otorgar.

“El Sistema de Reestructuración Patrimonial, actualmente vigente en nuestro país (...) surge a raíz de una tendencia mundial de revisión de lo que se

denominó el derecho de la crisis empresarial<sup>(10)</sup>. En efecto, con la Reestructuración lo que se pretende es lograr que los acreedores, mediante el diálogo ordenado encuentren la solución óptima al problema financiero de la empresa, y de ser imposible la reestructuración, posibilitar la salida ordenada del mercado de la empresa mediante la liquidación, pero fiscalizada de manera extrajudicial<sup>(11)</sup>.

De otro lado, la ventaja de contar con un ente administrativo es que permitirá a los acreedores el manejo de la información necesaria para que logren tomar decisiones eficientes.

INDECOPI tendrá básicamente la función de garantizador y ordenador, tal como lo señalara la Exposición de Motivos del Primer Proyecto de Ley de Reestructuración Patrimonial: “(...) el Estado, a través de INDECOPI, pasó de ser protagonista a ser un facilitador de acuerdos y garante de la credibilidad del Sistema, estando llamado sólo a crear aquella atmósfera necesaria para que fueran los propios interesados (deudores y acreedores) los que determinen lo más adecuado en relación a la viabilidad de la empresa deudora. Los procesos se desjudicializaron y pasaron a ser supervisados por una autoridad administrativa como lo es el INDECOPI, lo que repercutió en un desarrollo más ágil y eficiente de los mecanismos de reestructuración introducidos<sup>(12)</sup>”.

El tener a cargo de la Reestructuración a un ente como INDECOPI permitirá garantizar mayor transparencia en el manejo de la información de las empresas, eliminando sesgos en contra de las pequeñas empresas y los pequeños deudores, simplificando los procedimientos administrativos; de otro lado, eliminar obstáculos al proceso de reestructuración financiera, modificando el rol del acreedor estatal, apoyando el proceso de reestructuración empresarial, garantizando la eficiencia del sistema, al reducir el quórum de instalación y las mayorías requeridas para adoptar acuerdos<sup>(13)</sup>.

Desde nuestra posición, respecto de la desjudicialización de los procesos y la posibilidad de una reestructuración patrimonial, podemos establecer que ha

(10) ¿Quebrado yo?: Ley de Reestructuración patrimonial: Una alternativa para superar la temible quiebra. En: Business: Negocios en el Perú, Año 5, N° 50 (noviembre de 1998). p.28-30

(11) Ibid.

(12) Exposición de Motivos del Primer Proyecto de Ley de Reestructuración Patrimonial.p.I.

(13) MUÑOZ AGUILAR, Estuardo. Op.cit; p. 42-43.

sido positiva en cuanto disminuye el tiempo requerido para la reestructuración de un patrimonio empresarial que se encontraba en crisis y, sobretudo, disminuyeron los costos de transacción, que en un proceso judicial eran realmente considerables, aunque debemos advertir que en la actualidad siguen siendo elevados.

Pese a lo anteriormente expuesto, la discusión respecto del Sistema de Reestructuración Judicial o Administrativo aún mantiene vigencia. Por un lado, se afirma que en sede Judicial se evitaría la revisión de las decisiones de la autoridad concursal –hecho que sucede en sede administrativa– ya que las decisiones en sede judicial tendrían carácter de definitivas y no estarían sujetas a la vía contenciosa-administrativa o al amparo, evitando de ese modo la incertidumbre del Sistema Concursal<sup>(14)</sup>.

No podemos obviar mencionar que el traslado de esta competencia a sede administrativa acarrea otro tipo de problemas, que pasamos a enumerar, sin perjuicio de analizar más adelante a mayor profundidad:

a) La proliferación de procesos *ad hoc*, debido a que cada sector económico pretende tener un procedimiento de reestructuración propio.

b) La excesiva carga procesal que se tiene que manejar debido a que son pocas las autoridades que tramitan el proceso.

c) La estructura del procedimiento concursal es compleja, perdiéndose de vista el fin de negociación que de por sí debe ser ágil y rápida.

d) Limitada capacidad de fiscalización por parte del órgano administrativo sobre quien recae la competencia<sup>(15)</sup>.

### 3.2 Descentralización de INDECOPI a través de sus Oficinas de Descentralización (ODI'S).

El Decreto Legislativo No.788, publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de Diciembre de 1994, señala en su artículo I la declaración de reorganización de INDECOPI para efectos de disponer la descentralización de las funciones de dicho instituto y la ampliación de la cobertura de los servicios que éste

presta a todo el país. Tal descentralización se realizará a través de la delegación de funciones, con previa aprobación del Directorio, a organismos, instituciones o entidades públicas, o en cámaras de comercio, colegios profesionales o entidades gremiales de reconocido prestigio, garantizando la total independencia de su actuación.

La finalidad de optar por la descentralización de INDECOPI, atiende a la necesidad de descentralizar la carga de procedimientos concursales que se tenían hasta antes de 1994. De ese modo, INDECOPI está facultada a delegar el ejercicio de sus funciones y permite la autonomía en la resolución de procesos en materia de la competencia delegada. Asimismo, las resoluciones administrativas en estas nuevas oficinas, son impugnables, con el fin de garantizar la pluralidad de instancia como principio de todo proceso, siendo la última instancia, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal.

De otro lado, las funciones que INDECOPI delegue en las instituciones públicas o privadas serán especificadas en los Convenios Interinstitucionales que se celebren con cada una de las entidades. Para la delegación de funciones, se tendrá en cuenta la competencia territorial y la carga procesal que se maneje.

Si bien estas entidades en las cuales recae la delegación, funcionan con cierta autonomía, ello no implica que no deban informar respecto del estado de los procedimientos que estén tramitando.

Además INDECOPI podrá requerir la información que crea conveniente en el momento oportuno.

Es necesario señalar que las Oficinas de Descentralización de INDECOPI vienen cumpliendo una labor trascendente a lo largo del territorio nacional, en ciudades como Lambayeque, Piura, Trujillo, Arequipa, Iquitos, Cuzco y en Lima, a través de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima, el Colegio de Contadores y la Cámara de Comercio de Lima.

Sin embargo, debemos advertir que este sistema implementado por INDECOPI en algunos casos a sido

(14) BULLARD, Alfredo. En: *Cambiando estructuras: Cultura Empresarial y Reestructuración Patrimonial*. Mesa Redonda. En: *Ius et Veritas*. Revista de Derecho. N° 21. Lima, 2000. p 287.

(15) DELAGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. En su Exposición en el Seminario sobre "Las Personas Jurídicas en el Ordenamiento Jurídico Peruano", realizado los días 19-22 Febrero de 2001.

cuestionado, en especial en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de estas Oficinas de Descentralización y al personal que se encuentra trabajando en ellas.

En el primer caso, algunos autores afirman que se trataría en la realidad de una especie de “franquicia” la que estaría brindando INDECOPI a estas oficinas descentralizadas, lo que estaría acentuando de algún modo el carácter lucrativo de dichas oficinas. Consideramos que, si bien es cierto se cumplen ciertas manifestaciones de la figura jurídica de la franquicia en las delegaciones que realiza INDECOPI a favor de sus oficinas descentralizadas, la función pública realizadas por éstas y la autonomía en lo que se refiere a la resolución de los conflictos, desvirtúan que se puedan considerar una franquicia en estricto.

De otro lado, se ha objetado a las oficinas descentralizadas la permanente rotación de sus funcionarios, en especial de los encargados de resolver los procedimientos concursales en sus diversas etapas, debido a que el sistema concursal, siendo relativamente nuevo en nuestro ordenamiento, aún mantiene como necesidad una cuota importante de experiencia para acceder a su conocimiento pleno y adecuado, lo que se dificulta al momento de renovar los funcionarios de las oficinas descentralizadas, en vista que ellos no tiene la misma experiencia que los anteriores, retrasando muchas veces el procedimiento o resolviendo de manera contradictoria casos similares.

En las líneas que siguen, en primer lugar señalaremos cuales son los fines y principios que orientan el derecho concursal y que están recogidos en nuestra legislación, posteriormente señalaremos como se encuentra regulado el derecho concursal en la legislación comparada y finalmente señalaremos las características de los diferentes procedimientos concursales en el Perú.

#### 4 Fines del Sistema Concursal.

En palabras de Douglas Baird<sup>(16)</sup>, un Sistema de Reestructuración Patrimonial resuelve los problemas que surgen cuando las empresas tienen escasos activos

y existen demasiados acreedores. ¿De qué tipo de problemas nos enfrentamos en una reestructuración patrimonial? ¿Nos referimos acaso al problema de salvar empresas con problemas financieros, de mantener los puestos de trabajo de las empresas con dificultades económicas o de proteger a los acreedores frente a la posibilidad de no cobrar sus respectivas acreencias?

¿Qué tipo de problema debe solucionar un Sistema de Reestructuración Patrimonial?

Para dar respuesta a las interrogantes antes planteadas, en la doctrina podemos distinguir dos posiciones al respecto: la primera que señala que la función de un Sistema de Reestructuración Patrimonial debe ser maximizar el valor del negocio del insolvente y a la vez reducir los costos de acceso al capital para las empresas; y la segunda, que establece que los Sistemas de Reestructuración Patrimonial deben estar orientados a distribuir los costos de las crisis empresariales entre las partes afectadas<sup>(17)</sup>.

Respecto a la primera teoría, debemos manifestar que un Sistema de Reestructuración Patrimonial debe maximizar el valor del negocio del insolvente y, una vez que se realice dicha maximización, distribuir dicho valor entre sus acreedores, respetando el orden de preferencia establecido en los contratos privados o en las normas pertinentes de ser el caso. De esta manera, incrementando el valor del negocio se garantiza que los acreedores puedan recuperar sus acreencias.

Sin embargo surge de inmediato una pregunta: ¿cómo podemos incrementar el valor de un negocio que se encuentra en una crisis financiera?

En primer lugar, “un Sistema de Reestructuración Patrimonial deberá resolver el problema de coordinación entre acreedores, facilitando que éstos puedan sesionar y decidir sobre el futuro del insolvente, de esa manera, se preverá las posibles disputas entre los acreedores y la posibilidad de destruir una firma con potencial económico viable<sup>(18)</sup>”. En segundo lugar, el sistema tendrá como función identificar qué empresa es económicamente viable, para establecer cuáles van a ser reestructuradas. De ese modo, se liquidarán aquellos negocios que tengan mayor valor si se liquidan

(16) Conferencia dada el 13 de Junio del año 2000 en el Seminario Internacional organizado por INDECOPI llamado El Rol Promotor del Sistema de Reestructuración Patrimonial.

(17) Respecto a estas teorías ver: Area de estudios Económicos del INDECOPI. Op.cit; pp.11 y ss.

(18) BAIRD, Douglas. En: Cambiando estructuras: Cultura Empresarial y Reestructuración Patrimonial. Mesa Redonda. En: Ius et Veritas. Revista de Derecho. N° 21. Lima, 2000. p 287.

sus activos en contraposición al valor que tuvieran si todavía siguieran funcionando. En otras palabras, solamente serán reestructuradas aquellos negocios cuyo valor de funcionamiento sea mayor a su valor ante una eventual liquidación de sus activos.

Si una empresa no genera los ingresos suficientes para cubrir sus costos de producción, los activos de dicha empresa deberán venderse, ya que esta destinada a quebrar y la ley no podrá hacer nada para remediarlo, por lo que su liquidación es la única posibilidad que existe.

En cambio, si la empresa genera ingresos suficientes para cubrir sus costos de producción, cuando se encuentre en una situación de imposibilidad de cubrir sus deudas financieras, existe la posibilidad de mantener el negocio aún en funcionamiento, siempre y cuando exista un proceso de fortalecimiento de su estructura económica, así como un replanteamiento del pago de sus deudas.

De esa manera, los acreedores decidirán si es más conveniente seguir con la actividad de la empresa insolvente –para lo cual buscarán reestructurar la empresa -, o de lo contrario, si para un mejor acceso de sus créditos y una mejor garantía de ellos, es preferible liquidar el negocio.

Una vez que se haya optado por alguno de los caminos señalados se verán los mecanismos para proteger el crédito afectado por la crisis del negocio.

A su vez, un Sistema de Reestructuración Patrimonial debe reducir –en esta primera teoría- los costos de acceso al capital mediante una adecuada protección del crédito. En efecto, los acreedores de una empresa o negocio tendrán más incentivos para prestar de manera más frecuente y barata si saben que el Sistema de Reestructuración Patrimonial va a garantizar un adecuado recupero de sus acreencias, en vista que facilita la coordinación entre sus acreedores y el pago ordenado de los créditos –en caso se decida por la liquidación- o el reforzamiento económico de la empresa –en caso se decida por la reestructuración del negocio -.

Es así como el Sistema de Reestructuración Patrimonial permite que se reduzcan los costos de acceso al capital, abriendo a las empresas las

posibilidades de invertir en proyectos que mejoren la estructura de su negocio y, a su vez, al ser el acceso del capital más barato, permita a las empresas tener una carga financiera menor en el desarrollo de sus actividades.

En este contexto, la función exclusiva del Sistema de Reestructuración Empresarial –para esta primera teoría- será proteger a los acreedores afectados por la crisis del negocio, optando en ocasiones en el mantenimiento de la empresa –manteniendo los puestos de trabajo e incrementando la percepción de tributos para el fisco -, reduciendo, por tanto, los costos de acceso al capital.

En lo que respecta a la segunda teoría, debemos señalar que pone énfasis en un Sistema de Reestructuración Patrimonial que tenga como objetivo distribuir los costos de la crisis empresarial entre las partes afectadas.

En ese sentido, se expresa que se deben de proteger también los intereses de personas y entidades que no mantienen una deuda frente al insolvente<sup>(19)</sup>.

Este el caso de los trabajadores, de los proveedores del insolvente, del Estado –mediante sus instituciones fiscales - y de los consumidores, entre otros.

La justificación de que parte del negocio sea asignado a los trabajadores se encuentra en el hecho de que los acreedores no laborales se encuentran en mejor aptitud de protegerse frente al riesgo de un incumplimiento o no pago de la acreencia, debido a que los trabajadores casi siempre tienen un solo empleador, lo que acentúa el riesgo de un incumplimiento, ya que éste no se encuentra diversificado; y además, porque éste tipo de acreedores, no toman medidas para proteger su crédito ante una eventual insolvencia –es difícil pensar que un trabajador le pida a su empleador garantías ante un futuro incumplimiento -.

Sin embargo, los que postulan como fin del Sistema de Reestructuración Patrimonial maximizar el valor del negocio y reducir los costos de acceso al capital –hablamos de la primera teoría descrita -, consideran que existen reparos en argumentar que la protección de la legislación concursal debe basarse además de los acreedores, en los trabajadores o en los consumidores.

(19) Al respecto debemos mencionar que existe legislación que establece la protección del empleo como objetivo de la Ley, por ejemplo la legislación francesa.

Argumentan, que en principio, si se dice que los intereses de los consumidores requerirán protección ante la inminente salida de una empresa del mercado que tenga un difícil reemplazo, se estaría justificando el sistema de manera errónea, ya que es poco probable que no surjan nuevos agentes que reemplacen al anterior empresario. Además, consideran innecesario y costoso mantener a un negocio en el mercado por el simple hecho de que no exista un eventual reemplazo, ya que el Estado no puede mantener negocios artificiales, en vista que se estaría produciendo una subvención en empresas no viables o que son ineficientes.

De otro lado, se plantea que el Sistema de Reestructuración Patrimonial proteja los puestos de trabajo de los empleados de la empresa insolvente, sin embargo, solamente podremos mantener los puestos de trabajo en las empresas que tengan una oportunidad de viabilidad en el mercado, es decir, en aquellos negocios en los cuales su valor de funcionamiento sea mayor a su valor si se decide liquidar. Si el valor de la liquidación es mayor al valor que tuviera el negocio en caso de continuar funcionando, los acreedores tendrán que irremediamente optar por la liquidación de la empresa y con ello poner fin a los vínculos laborales que la empresa tuviera vigentes al momento de la insolvencia. En ese sentido, sería imposible plantear un sistema que permita a empresas poco viables mantenerse en el mercado en aras de la preservación de los puestos de trabajo, ya que el Estado no puede subvencionar las pérdidas de los negocios poco eficientes, en vista que dicha actuación tendría como efecto negativo la desincentivación de la actividad empresarial –en vista que el Estado acoge a empresas no adecuadas en el mercado y las premia manteniéndoles – lo que a la larga produciría mas bien un costo negativo en los niveles de empleo.

En ese sentido, creemos que la función central de un Sistema de Reestructuración Patrimonial “es proteger el crédito, hacer un sistema que permita a los acreedores un encontrar a través de acuerdos la forma más efectiva y barata de cobrar<sup>(20)</sup>.”

(20) BULLARD, Alfredo. Op.cit; p. 287.

(21) Al respecto ver: TONÓN, Antonio. *Derecho Concursal*. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1992.pp. 13 y ss.; y BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. *Concursos y Quiebras*. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983. p. 30.

## 5 Los principios del Sistema Concursal.

Acorde con los fines del Sistema Concursal encontramos los principios que lo inspiran. En ese sentido definimos principios como los criterios e ideas fundamentales que rigen u orientan el régimen concursal. Al respecto podemos considerar los siguientes principios<sup>(21)</sup>:

a) Principio de universalidad.- El principio de la universalidad del patrimonio determina que todos los bienes de propiedad del insolvente son afectados por el proceso concursal, dado que este se vincula totalmente a la satisfacción de los acreedores; pero que ante una eventual cancelación total de todas las acreencias que tuviese el deudor, el saldo restante del patrimonio debe volver a éste.

b) La regla denominada *par conditio creditorum* o de igualdad de los acreedores.- Este principio no significa que exista equiparación entre los acreedores, por el contrario, a cada acreedor le tocará la posición respectiva que se le haya oportunamente asignado, es decir, la regla respecta las causas legítimas de prelación subsistentes en cada determinado ordenamiento o en el pacto privado de los acreedores, según corresponda. En ese sentido, los procedimientos concursales deben caracterizarse como un proceso colectivo donde se deba garantizar un tratamiento igualitario a los acreedores.

c) Universalidad de acreedores.- Se denomina también principio de colectividad: los acreedores no aparecen en los procedimientos de concursales como individuos sino como una masa, por tanto, se prohíben las ejecuciones individuales del patrimonio del deudor. Esta universalidad no implica que en el procedimiento concursal participen la totalidad de acreedores, sino mas bien, que dicho procedimiento se realiza en interés de todos ellos.

e) El principio de impulso procesal de oficio.- Este principio establece que los órganos del proceso concursal (administrativos) están provistos de las facultades para instaurar el proceso y conducirlos.

f) El principio de la intensificación de la defensa del acreedor frente al deudor.- Este principio dispone



que la disponibilidad de los bienes del deudor, pasan a manos de los órganos públicos que de oficio proveen a la administración, liquidación y distribución de dichos bienes a los acreedores.

## 6 El Derecho concursal en la Legislación comparada.

Algunas legislaciones sobre reestructuración han entendido como su función principal proteger empresas y los niveles de empleo, mientras que otras, en cambio han optado por dar prioridad a la protección del crédito y con ello reducir los costos de acceso al capital. Veamos algunos ejemplos.

### 6.1 Argentina.

Se ampara bajo la Ley No. 24522, Ley de Concursos y Quiebras, promulgada en 1995, en la cual se mantiene el principio de conservación de la empresa consagrada en la derogada Ley 11719. La legislación concursal argentina busca facilitar la conservación de la empresa en crisis y a la vez satisfacer el interés de los acreedores<sup>(22)</sup>. Esta Ley ofrece tres procedimientos alternativos: el acuerdo preventivo extrajudicial, el concurso preventivo y el salvataje o *cramdown* que se tramitan ante la autoridad judicial.

Veamos de manera resumida cada procedimiento.

El concurso preventivo lo solicita el deudor o acreedor y el procedimiento termina en un acuerdo celebrado entre el deudor y la mayoría calificada de acreedores requeridos por la ley, llamados quirografarios. Los deudores ausentes se tendrán que someter a este acuerdo, a excepción a los acreedores privilegiados. De esa manera, el acuerdo celebrado con los acreedores quirografarios es relativo, por lo que el deudor dependerá de los acuerdos que lleguen los acreedores privilegiados, que en su mayoría son extrajudiciales.

En conclusión, este acuerdo no ofrece una salida adecuada por las limitaciones que tiene, porque mayormente la empresa se queda a manos de los acreedores privilegiados que no participan en el acuerdo.

El acuerdo preventivo extrajudicial, se da cuando el deudor se encuentra en cesación de pagos o tiene dificultades económicas y financieras de carácter general. El acuerdo se puede celebrar con todos o parte de sus acreedores y someterlo a homologación judicial. Existe una diferencia con la anterior pues aquí, aquellos acreedores que no suscriban el acuerdo conservan sus acciones individuales y no se encuentran sometidos al mismo. Estos acuerdos pueden celebrarse extrajudicialmente.

El salvataje o *cramdown* es una innovación que ha introducido esta nueva ley, se da cuando la empresa se encuentra atravesando un estado de insolvencia definitiva o cuando fracasado un intento de acuerdo, permite a sus acreedores o terceros interesados en salvar a la empresa, asumir el riesgo del empresario y pagar un precio real por el valor de la empresa. Este sistema se viene aplicando en la legislación norteamericana y algunos países europeos.

Respecto al salvataje existe diferencia con la legislación norteamericana en la cual sus “jueces gozan de amplios poderes para imponer planes de reorganización”. Además pueden imponer concesiones significativas para los acreedores disidentes, tenedores de acciones y otros. Este poder es el que da el nombre al instituto del *cramdown*, pues son las modificaciones forzadas que impone el juez a las partes aún en contra de su voluntad<sup>(23)</sup>. En cambio, en la Ley argentina se debe obtener las mayorías establecidas para cada categoría sin que la voluntad del juez pueda forzar otra solución. Existe en la doctrina argentina cierta objeción con respecto a este procedimiento, pues en vez de atender intereses colectivos se dice que se podría inclinar a satisfacer intereses propios de los acreedores o terceros<sup>(24)</sup>.

La crisis de la administración de justicia argentina ha generado efectos nocivos sobre el funcionamiento del sistema concursal argentino. Se plantea la necesidad de que exista previamente una actuación en sede no judicial que determine la viabilidad de la empresa en atención a la información financiera de la misma, quedando reservado el proceso judicial exclusivamente para la quiebra como proceso concursal en liquidación<sup>(25)</sup>.

(22) Area de estudios Económicos del INDECOPI. Op.cit; pp.37 y ss.

(23) BENAVIDEZ DIAZ, Cesar Martín. *El derecho concursal en la legislación peruana*. Gráfica Horizonte. Lima, 2000. p. 165.

(24) Area de estudios Económicos del INDECOPI. Op.cit; pp.38 y ss.

(25) BENAVIDEZ DIAZ, Cesar Martín. Op cit; p. 166.

## 6.2 Estados Unidos.

El sistema concursal estadounidense protege la salvación de la empresa, el empleo y, sólo como consecuencia de ello, el crédito.

Se encontraba regulado anteriormente por la Ley Chandler de 1938, la cual fue sustituida por el Código de Quiebras de 1978, vigente en la actualidad. En ese país siempre existió la preocupación por la rehabilitación del deudor y la posible conservación de la empresa a través de un plan de reestructuración. Los procesos principales contenidos en el código de quiebras son el proceso de reestructuración contenido en el capítulo 11 (Chapter 11) y el proceso de liquidación contenido en el capítulo 7 (Chapter 7). Los procesos son supervisados y dirigidos por el juez de quiebras. Quien decide si se acoge a cualquiera de los dos procesos suele ser el propio deudor.

En el Chapter 11 se establece el inicio del procedimiento que puede ser a pedido del deudor, de los acreedores o del representante de los acreedores, no pudiendo el tribunal iniciarlo de oficio<sup>(26)</sup>.

Excepcionalmente la persona o entidad que propone el plan puede dividir los acuerdos y estipulaciones por categorías de acreedores. Lo que facilita al juez la aplicación del procedimiento denominado *cramdown* (explicado anteriormente cuando nos referimos a la legislación argentina).

Douglas Boshkoff<sup>(27)</sup>, nos dice que *cramdown* es una locución inglesa, que se traduce en “aplastamiento”. En este procedimiento el juez de quiebra impone la aprobación del plan a una categoría de acreedores renuentes, a los que puede compensar por distintos medios. Este procedimiento está previsto en la sección 1129 B-1 del Chapter 11, donde es una alternativa para aprobar el plan de recuperación. Dicho procedimiento suele terminar de dos maneras:

- Si se cumple el plan y se consigue la salvación de la empresa.

- Si no se llega a cumplir con el plan, entonces se deberá aplicar el procedimiento de liquidación.

Este procedimiento ha sido duramente criticado ya que, tal como ha sido diseñado, existen una serie de aspectos que generan demasiado litigio entre la partes involucradas, agravando los costos en recursos

y en tiempo que ello implica. La partes, sean estos acreedores o acreedores y deudor, litigan con el objeto de convencer al juez de que su posición es la más sólida, por lo que el sistema genera un ambiente en que las partes tendrán incentivo para litigar demasiados aspectos del proceso en su vehemencia por convencer a la autoridad judicial, lo que significa un gran desperdicio de recursos. Se sostiene que el sistema de reestructuración previsto en el Chapter 11 no ha sido efectivo en la tarea de garantizar decisiones adecuadas, pues se reestructuran empresas que no demostraron viabilidad económica, debido a las siguientes razones:

1) Una fuerte parcialidad de los jueces por mantener empresas con el principal objeto de salvaguardar puestos de trabajo o los intereses de la comunidad.

2) El incentivo natural del deudor de mantener su empresa, lo que se facilita al mantener la administración de la empresa a iniciar un Chapter 11 y proponer una reorganización.

3) Usualmente las empresas salen del Chapter 11 con aún demasiados pasivos impagos, esto principalmente motivado por las limitaciones que enfrentan los bancos y compañías de seguros para capitalizar sus acreencias en empresas en crisis.

4) Se sostiene que los procesos de reorganización empresarial son demasiados costosos y largos. Un proceso de reestructuración bajo el Chapter 11 suele durar en promedio entre 21 y 24 meses.

En conclusión el procedimiento diseñado en el Chapter 11 no funciona adecuadamente. Se dice además, que los grandes ganadores son los jueces de quiebras, así como también los abogados y los grandes perdedores son obviamente los acreedores.

## 6.3 Alemania.

El proceso concursal alemán persigue como objetivo fundamental la satisfacción colectiva de los acreedores, sea a través de la realización del patrimonio del deudor y la distribución del producto resultante o mediante un plan de insolvencia que contenga una reglamentación especialmente dirigida a la conservación de la empresa.

(26) CANDELARIO MACIAS, María Isabel y RODRIGUEZ GRILLO, Luisa. *La empresa en crisis –Derecho Actual-*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1981. pp 86-87.

(27) Ibid.

Se encuentra regulada por tres leyes que están aún vigentes: La Ley de Quiebras denominada *Konkursordnung* de 1879 modificado en mayo de 1988, la Ley del Convenio Extrajudicial denominada *Vergleich – sorrdnung* de 1935 y la ordenanza del 5 de octubre de 1994 (*insolvenzordnung*). Las dos primeras normas mencionadas señalan dos procedimientos:

- La quiebra.- Donde se ve la insolvencia definitiva de cualquier deudor, sea empresario o no.

- Convenio Preventivo.- Evita la quiebra del deudor, a través de un acuerdo entre el deudor y los acreedores, ofreciéndoles diversas propuestas, evitando así liquidar la empresa. Iniciando dicho convenio, el juez designa un administrador provisional que se encargará de velar por los intereses de los acreedores.

En esta última década realizó una reforma a su Derecho de Quiebras, a través de la Ley de Insolvencia del 5 de octubre de 1994. En ella se menciona la posibilidad de reorganizar o conservar la empresa en crisis, siempre que se examine si su patrimonio es recuperable, a través de nuevos planteamientos económicos y financieros. Asimismo define cuando un deudor se encuentra en insolvencia: i) en primer lugar cuando no cumple con sus obligaciones exigidas, es decir, suspensión de sus pagos y ii) segundo, cuando existe un exceso en las deudas por parte del deudor, es decir, cuando el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones que se han contraído.

“La fase preliminar del procedimiento de quiebra esta concluida por el informe que emite el administrador. En la junta de acreedores, el administrador presenta un informe de la situación económica del deudor y, del mismo modo, la posibilidad de un arreglo de tal situación. Los acreedores deciden, sobre el fundamento de este informe, si la empresa insolvente debe ser liquidada o continuar con sus actividades<sup>(28)</sup>.”

Los resultados de la aplicación de la ordenanza del 5 de octubre de 1994 aún no han sido cuantificados, debido a que dicha norma recién entró en vigencia el 1 de enero de 1999. Sin embargo, es de resaltar que en Alemania la empresa que ingresa a reorganización es usualmente vendida en oferta pública al mejor postor. Es de destacar además que, en términos promedio, una

subasta pública de la empresa bajo el sistema Alemán demora apenas dos meses.

#### 6.4 Francia<sup>(29)</sup>.

La legislación francesa en materia de concursos se encuentra contenida en las leyes No. 84-148 Ley sobre Prevención y Convenio Amistoso en caso de dificultades de las empresas, del 1 de marzo de 1984; Ley No. 85-98, Ley de Saneamiento y Liquidación Judicial de empresas, del 25 de enero de 1985 y la Ley No. 94 – 475, Ley sobre Prevención y Tratamiento de dificultades de las empresas del 10 de junio de 1994.

El objetivo fundamental de la legislación es la conservación de las empresas. Sin embargo, la legislación intenta conciliar un triple interés: el de la empresa, el de los trabajadores y el de los acreedores. El sistema concursal francés es judicial. Los procedimientos concursales previstos en la legislación francesa –el acuerdo amigable o *reglement amiable*, el saneamiento o *redressment* y las liquidaciones judiciales - son iniciados y tramitados ante el tribunal de comercio o su presidente, según sea el caso.

En los procedimientos de saneamiento y liquidación judicial, se establece que el Estado, a través del tribunal de comercio, decide cuándo debe iniciarse el proceso.

En el *reglement amiable*, el presidente del tribunal cumple un rol distinto, pues debe encargarse de recabar toda la información que le permita formarse una idea exacta sobre la situación económica y financiera de la empresa que se acoge al procedimiento, a fin de comunicar los resultados de tal evaluación a un conciliador designado por dicho funcionario, quien tendrá el oficio de citar a los acreedores y lograr que el deudor llegue a un acuerdo con sus acreedores.

Si bien la regulación francesa ha pretendido reforzar los medios de prevención y crisis, privilegiando la conservación de la empresa a través de un marco favorable para los planes de saneamiento, en la práctica se ha visto que del 100% de la empresas que han acudido al proceso de saneamiento o liquidación sólo un 7% ha resultado con éxito, mientras que el 93% restante se les ha aplicado la liquidación judicial.

(28) CANDELARIO MACIAS, María Isabel y RODRIGUEZ GRILLO, Luisa. Op.cit; pp 107 –108.

(29) Area de estudios Económicos del INDECOP. Op.cit; pp.31 y ss.

## 6.5 Inglaterra.

La legislación concursal inglesa se encuentra contenida en el *insolvency act of 1986*. Conforme a la tendencia observada en los sistemas concursales de los países del *common law*, la legislación inglesa procura como objetivo principal la rehabilitación del deudor y la posible conservación de la empresa. Si bien el derecho de quiebras inglés busca favorecer al quebrado, debe precisarse que también persigue tutelar los intereses de los acreedores, para lo cual ha establecido mecanismos orientados a garantizar una adecuada supervisión del proceso.

Los procedimientos concursales en el sistema inglés son el *receivership* administrativo, la administración controlada y la liquidación. Cabe precisar que los acuerdos voluntarios entre los acreedores se tramitan ante la autoridad judicial. En el sistema inglés, además, generalmente la empresa en reorganización es vendida al acreedor garantizado de mayor importancia.

La principal crítica que se formula al esquema concursal inglés radica en la prioridad absoluta concedida al derecho de los acreedores de cobrar y ejecutar individualmente sus garantías.

## 7 Los procedimientos concursales en la legislación peruana.

Los procedimientos concursales que vamos a analizar se dividen en el procedimiento de insolvencia, el concurso preventivo, el procedimiento simplificado y el procedimiento transitorio, veamos cada caso.

### 7.1 Procedimiento de insolvencia.

El procedimiento de insolvencia es uno de los procedimientos del Sistema de Reestructuración Patrimonial al que puede recurrir el deudor o sus acreedores si aquél se encuentra en una situación de cesación de pagos, con el fin de decidir, ya sea su reestructuración o su liquidación ordenada.

El proceso de insolvencia es una alternativa que puede ser utilizada por el deudor o por alguno de sus acreedores (laborales, financieros, tributarios o comerciales).

Si es pedido por el acreedor este debe acreditar que se le adeudaba por más de 30 días un crédito mayor

a 50 UIT vigentes a la fecha de la solicitud.

Si el proceso se solicita a pedido del propio deudor, éste debe acreditar que se encuentra en alguno de los siguientes casos:

- Que más de las dos terceras partes del total de sus obligaciones se encuentran impagas por un periodo mayor a 30 días.

- Que tenga pérdidas acumuladas deducidas de las reservas, cuyo importe sea mayor que las dos terceras partes del capital social pagado.

Por la declaración de insolvencia se suspende la exigibilidad de las obligaciones pendientes del deudor a partir de la fecha de publicación del aviso de declaración de insolvencia.

Los acreedores reunidos en junta adquieren la facultad legal de decidir el destino del patrimonio de la empresa deudora.

El INDECOPI a través de la comisión de reestructuración patrimonial o sus entidades delegadas, declaran la insolvencia independientemente de que la empresa se encuentre o no realizando actividad empresarial.

En general, INDECOPI no determina el destino de la empresa, sólo garantiza que las decisiones tomadas en la junta de acreedores se realicen de acuerdo a Ley. Sin embargo, cuando la junta de acreedores no se instala o, en caso de instalada los acreedores no llegan a ningún acuerdo, la comisión de reestructuración patrimonial de INDECOPI podrá disponer la disolución y liquidación del insolvente.

El procedimiento de insolvencia ha recibido duras críticas respecto a su larga duración y excesivo costo, lo que ocasiona que los acreedores tengan que esperar un periodo de tiempo prolongado para que puedan acceder al pago de las obligaciones que han dejado de percibir debido al estado de insolvencia del deudor. Esto se debe principalmente al tiempo que demanda a la autoridad competente la verificación del estado de insolvencia, el reconocimiento de los créditos, los plazos previstos para tomar la decisión del destino de la empresa y los elevados costos que se deben asumir en el procedimiento en cuestión tanto el deudor y los acreedores<sup>(30)</sup>.

En vista de lo antes señalado, se ha propuesto que sería conveniente modificar el proceso de insolvencia, estableciendo menores plazos que

(30) Ibid; p.54.

abaratén el procedimiento descrito. Asimismo, esto debería ir acompañado de una manera más expeditiva del reconocimiento de créditos, de la verificación de la insolvencia y de las demás partes que conforman dicho procedimiento.

## 7.2 El Procedimiento Simplificado.

Este procedimiento lo solicita cualquier persona natural o jurídica considerada empresa siempre que su pasivo no supere las 200 UIT, permitiendo así la reprogramación de sus obligaciones, es decir, poniendo nueva fecha para cumplir sus pagos. Si el deudor se acoge a este procedimiento no es posible optar por la liquidación de la empresa,

Dicho monto, al ser no muy numeroso determina que este procedimiento pueda seguirse ante la Comisión de Reestructuración Patrimonial de INDECOPI o ante cualquier notaría ubicada en la provincia en la que la persona tenga su sede social o ante cualquier entidad que hubiese celebrado un convenio especial de delegación de funciones con la Comisión de INDECOPI. Cabe señalar que dicho procedimiento sólo puede ser solicitado por el deudor.

Como podremos observar el único motivo que origina la creación de este procedimiento es la clasificación del insolvente, ya que por ejemplo, en este procedimiento también se celebrará un convenio de reprogramación de pagos, el cual suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el solicitante tuviera pendientes de pago (con las implicancias que ello trae).

Sin embargo, el proceso simplificado ha sido poco utilizado con respecto al proceso de insolvencia, debido a la falta de difusión del proceso y a los vacíos existentes en la legislación concursal.

## 7.3 Concurso preventivo.

De acuerdo a nuestra legislación concursal la posibilidad de acogimiento al concurso preventivo la confiere la imposibilidad o dificultad de pago oportuno de las obligaciones de cualquier persona natural o jurídica, o sociedad no constituida legalmente.

Bajo ese supuesto, podemos tener varios casos en los cuales la situación financiera de un patrimonio de un deudor se vea obligado a acogerse al concurso preventivo:

1. La imposibilidad inmediata de pago de sus obligaciones.

2. La dificultad futura de honramiento de sus deudas.

3. El patrimonio que arroje pérdidas acumuladas sin tener en cuenta la cesación de pagos

4. El patrimonio que no arroje pérdidas acumuladas y no se halle en cesación de pagos.

De esta manera, con la Ley de Reestructuración Patrimonial se crea el concurso preventivo como un procedimiento alternativo concursal destinado al refinanciamiento de las obligaciones de un deudor ante la imposibilidad inmediata de pago o su dificultad de honramiento en el futuro.

La creación del concurso preventivo se justificó en las siguientes razones :

1. 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 se ha presentado.

2. Mayor facilidad de acceso al trámite del procedimiento exigiendo requisitos más sencillos de cumplir.

3. Los plazos y etapas previstas en el procedimiento son más cortos, lo que también supone una reducción de costos.

4. 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.

El concurso preventivo no implica necesariamente que el patrimonio de aquella persona que desea acogerse a este proceso se halle en situación de insolvencia, por el contrario, la solvencia patrimonial debieran ser el punto de partida de esta clase de procesos si lo que se busca es asegurar una negociación exitosa, a través de un acuerdo global de refinanciamiento de obligaciones celebrado en el interior de una junta de acreedores.

Mediante este procedimiento se permite el refinanciamiento de las obligaciones que no pudieran ser satisfechas oportunamente por el deudor. En el presente caso además no establece un monto límite como el anterior procedimiento, se busca más bien que sea un instrumento que permita la negociación entre acreedores y deudores para que estos últimos puedan enfrentar o prever la imposibilidad de pago de sus obligaciones.

Además, si el deudor lo solicitase al iniciarse el proceso, la publicación de la Junta de Acreedores

suspendería la exigibilidad de todas las obligaciones hasta que se apruebe el acuerdo global de refinanciación; de no solicitarse, sería la presentación del acuerdo global de refinanciamiento el momento desde el cual se suspendería la exigibilidad o ejecución de las obligaciones.

Cabe decir respecto a este procedimiento, que sólo tendrán derecho a participar en la Junta convocada para celebrar dicho acuerdo los acreedores que hasta el décimo quinto día hábil posterior a la fecha en que se publique el inicio del concurso preventivo presenten ante la Comisión los títulos que acrediten la existencia de créditos devengados (vencidos o no).

Debemos señalar además, que cuando se empezó a trabajar la reforma del Decreto Legislativo No. 845 una de las principales preguntas fue 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 solicitudes de acogimiento al procedimiento a concurso preventivo en todo el país contra mil doscientas cincuenta y cinco solicitudes de declaración de insolvencia. Se vio la necesidad de reformar aspectos sustanciales del concurso preventivo, donde permanezca su lógica de prevención de la crisis y de reconvención económica del patrimonio. En esta línea de pensamiento surge la ley No.27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial.

La ley No.27146 abre una posibilidad más de ingresar rápidamente al procedimiento de insolvencia, permitiendo iniciar directamente este procedimiento cuando la mayoría de acreedores decidieran desaprobar el acuerdo global de refinanciamiento propuesto por el deudor en el marco del concurso preventivo.

El procedimiento de concurso preventivo comparándolo con el procedimiento de insolvencia nos permite apreciar los siguientes datos<sup>(31)</sup>:

a. La responsabilidad del interesado de enfrentar abierta y diligentemente una posible crisis

empresarial.

b. Una capacidad negocial superior toda vez que teóricamente no se halla en una situación de incumplimiento

c. La mejor oportunidad de los acreedores de lograr la satisfacción de su derecho de crédito a través del fortalecimiento patrimonial del deudor.

De otro lado, en cuanto a la Junta de Acreedores, la legislación le brinda las atribuciones y responsabilidades mayores, diferentes a la sola aprobación del acuerdo global de refinanciamiento.

De otro lado, nos parece apropiado detenernos en el acuerdo global de refinanciamiento, que es una oferta expuesta por una persona sometida a un procedimiento de concurso preventivo. Dicho acuerdo tiene efectos *erga omnes*, es decir, de ser aprobada, será oponible a todos los acreedores del insolvente, transformando los términos del conjunto de sus relaciones jurídicas. De ese modo, se trata de un nuevo “contrato” como cualquier otro negocio jurídico, que ante el primer incumplimiento en el pago de 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.

Sin embargo, el concurso preventivo a pesar de las reformas no ha tenido tampoco el éxito esperado, en parte porque la aprobación del acuerdo global de refinanciamiento toma demasiado tiempo, debido a la carencia de la información contable y financiera del deudor, que no permitiría tomar las decisiones del refinanciamiento de manera informada y oportuna<sup>(32)</sup>.

Por otro lado, según el 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 obligaciones (a partir de la publicidad de su concurso) o la suspensión diferida (a computarse con la presentación del acuerdo debidamente presentado y certificado). Esta modificación resultaba a todas luces razonable, toda vez que el incentivo de cualquier deudor para ingresar al sistema es justamente la suspensión y la protección de su patrimonio, con la finalidad de dejar la

(31) ECHEANDIA, Francisco. *La insolvencia no es cosa de juego: cuando en los concursos se apuesta por salvar empresas viables*. En Themis – Revista de Derecho. Segunda Época. N° 34 Lima, 1996. pp 217 y ss.

(32) Area de estudios Económicos del INDECOPI. Op.cit; p 54.

refinanciación de sus deudas sometidas a la propuesta que formule a sus acreedores vía el denominado acuerdo global<sup>(33)</sup>.

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 los acreedores que no contaban con los mecanismos legales de control y supervisión del cumplimiento del acuerdo.

Asimismo, 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, por ello dicha etapa viene a ser un verdadero “calvario” para cualquier acreedor, dado que mientras más tiempo ocupe esta fase dentro del procedimiento, mayor es el tiempo de incertidumbre respecto a 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. En ese sentido, muchos piensan, que un proceso de registro y conciliación de créditos puede ser más efectivo que la etapa actual de reconocimiento de créditos.

#### **7.4 El procedimiento transitorio.**

El procedimiento transitorio puede definirse como un procedimiento concursal de carácter extraordinario y temporal, a efectos de facilitar la adopción de programas o convenios de saneamiento y fortalecimiento patrimonial que permitan la recuperación de las empresas deudoras económicamente viables, siendo regulado específicamente por el Decreto de Urgencia No. 064-99 y supletoriamente por la Ley de Reestructuración Patrimonial, en especial por las disposiciones que rigen el procedimiento simplificado, en lo que no se opongan al Decreto de Urgencia antes mencionado.

Entre las principales características del procedimiento en mención tenemos:

1. Carácter administrativo y descentralizado del procedimiento, toda vez que su instancia se tramita ante el fedatario.

2. Carácter extraordinario y temporal del procedimiento. En ese orden de ideas, extraordinario porque se advierte desde el instrumento normativo mediante el cual se le regula - un Decreto de Urgencia - que su expedición se fundamentaría en el “interés nacional” por contrarrestar las crecientes dificultades que tienen las empresas para acceder a nuevos créditos, situación que afecta el flujo normal en la cadena de pagos de la economía, todo ello como consecuencia del impacto que la crisis internacional ha tenido en nuestro mellado mercado, junto con el alto nivel de endeudamiento y la baja capitalización del sector empresarial, según lo expuesto en el primer considerando del mismo cuerpo legal. También se considera como un procedimiento de carácter extraordinario porque pueden sólo acogerse al procedimiento transitorio aquellos deudores (los acreedores no pueden iniciarlo) considerados como empresas por la Ley de Reestructuración Patrimonial, no existiendo restricción alguna referida al volumen de los pasivos o a las pérdidas patrimoniales de éstas, lo cual lo diferencia de los demás procedimientos concursales. De otro lado, se le considera de carácter de temporal, por cuanto su vigencia tiene un plazo, que actualmente ya se encuentra vencido.

Analizando el procedimiento acabado de describir, consideramos que no existía la necesidad real de agregar un procedimiento concursal más a los ya existentes y, menos aún, para manejar situaciones supuestamente transitorias. En todo caso, se debió dictar medidas que reforzaran el procedimiento simplificado o incluir medidas temporales en dicho procedimiento, toda vez que no existen mayores diferencias de fondo y forma entre ambos procedimientos que sean relevantes. De esa manera, se debió aprovechar una figura preexistente en lugar de la creación de otro procedimiento.

En tal sentido, si bien para cierto sector el procedimiento transitorio posee características rescatables, como un reconocimiento de créditos más expeditivo basándose en la conciliación de los mismos por poner un ejemplo, consideramos que su implementación ha significado un indiscutible debilitamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, como consecuencia de su escasa técnica

(33) DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. Op.cit; p.189

legislativa, los numerosos vacíos legales que registra, los cuestionamientos que su inclusión ha generado en relación con la eficacia de los demás procedimientos concursales, entre otros aspectos trascendentales.

En lo referente a la técnica legislativa, el Decreto de Urgencia demuestra una deficiente técnica legislativa, toda vez que dicha norma incurre en numerosos vacíos legales, los cuales han motivado la expedición de la Directiva 003/TRI y otras normas revisadas, a efectos de cubrirlos, objetivo que no ha sido conseguido totalmente, no obstante las precisiones realizadas en estos dispositivos, circunstancia que genera incertidumbre y, en tal sentido, consecuencias prácticas negativas. También, cabe señalar, la confusa estructura del Decreto de Urgencia en sí, ya que existen temas dispersos en un articulado desordenado, lo cual impide una debida comprensión del procedimiento transitorio.

Por tal razón, la expedición del Decreto de Urgencia provocó una “reacción en cadena” de normas que fueron emitidas sucesivamente sin mayor criterio, dándose un debilitamiento en la confianza que puede generar en la colectividad.

Además se ha incrementado el posible riesgo de acreedores de nuevos créditos, siempre que éstos sean aprobados por el comité transitorio o definitivo de créditos.

A su vez, no existe un tipo penal adecuado en relación con los eventuales actos delictivos que se cometan durante la tramitación del procedimiento transitorio.

Por otro lado, para acceder al Procedimiento Transitorio pueden acceder todas las empresas, independientemente del total de sus pasivos o de su situación patrimonial. Ello conlleva a que cualquier empresa (según la definición que da la Ley de Reestructuración Patrimonial) sin importar el número de sus pasivos pueda acceder a un régimen de protección de su patrimonio y de ese modo poder evadir sus obligaciones ante sus acreedores.

Como otra diferencia respecto a los demás procedimientos, la suspensión de la exigibilidad será aplicable a partir de la primera publicación del aviso de convocatoria a Junta de Acreedores y al momento de presentar la solicitud la empresa deudora podrá renunciar a esta protección.

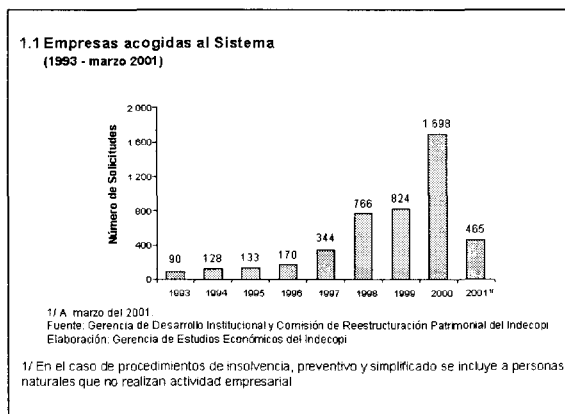
## 8 El funcionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial en el Perú.

En el presente acápite vamos a mostrarles las cifras que maneja INDECOPI con el objetivo de analizar el funcionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial.

### 8.1 Demanda de los servicios

En primer lugar debemos señalar que los servicios de reestructuración vienen siendo demandados de manera creciente a partir de la vigencia del Sistema de Reestructuración Patrimonial, siendo el servicio más solicitado el proceso de insolvencia.

Sin embargo, esta tendencia de aumento de las solicitudes a los servicios ofrecidos por las oficinas de reestructuración patrimonial no se ven reflejados de manera igualitaria en los distintos procedimientos que se dan en INDECOPI. El incremento sólo se refleja en los procesos de insolvencia y en el transitorio. Todo lo contrario sucede con los procedimientos preventivo y simplificado, en los cuales la tendencia de solicitud refleja una curva decreciente como se podrá apreciar en los cuadros anteriores.



**1.1 Empresas acogidas al Sistema (Enero 2000 - marzo 2001)**

Meses	Insolvencia	Simplificado	Preventivo	Transitorio	Total
2000	997	3	34	664	1698
Enero	66	1	3	23	93
Febrero	80	0	3	31	114
Marzo	58	1	5	48	112
Abril	67	0	2	44	113
Mayo	96	0	4	74	174
Junio	62	0	3	88	153
Julio	74	1	4	65	144
Agosto	79	0	1	70	150
Septiembre	91	0	2	50	143
Octubre	129	0	0	48	177
Noviembre	104	0	4	53	161
Diciembre	91	0	3	70	164
2001	288	0	8	169	465
Enero	107	0	3	66	176
Febrero	92	0	1	31	124
Marzo	89	0	4	72	165



Claramente se puede ver en los gráficos que existe una clara preferencia por el procedimiento transitorio en desmedro de los procedimientos preventivos y simplificados. Sin embargo, cabe precisar que el procedimiento de insolvencia se mantiene como aquél que posee una mayor demanda por parte de los acreedores y deudores.

La mayor aceptación del procedimiento transitorio se debe a que resulta mucho más favorable al deudor en perjuicio del acreedor.

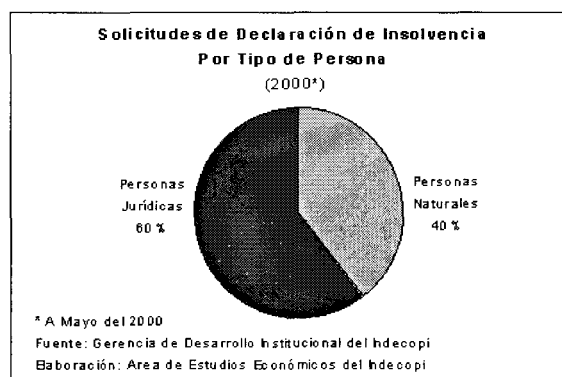
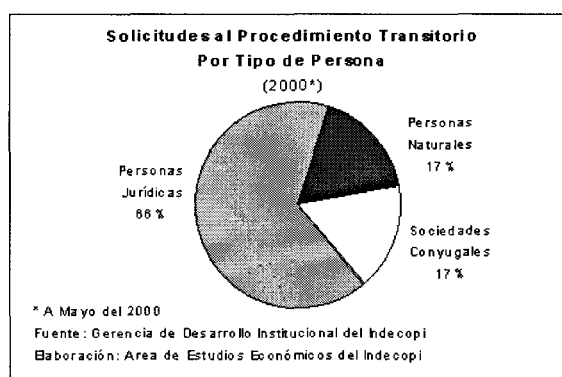
En efecto, como ya se ha señalado, debemos recordar que en este proceso es el propio deudor quien define si inicia o no el procedimiento de saneamiento transitorio. Además, permite la admisión del trámite de la solicitud del proceso sin tener mayores requisitos de información sobre la dirección del negocio y acerca de la viabilidad del mismo. De otro lado, el deudor puede disponer de un plazo de seis meses para la presentación del plan de reprogramación de deudas, los que podrán ser prorrogables hasta seis meses adicionales.

De esa forma, el procedimiento en mención permite a los deudores, que se encuentran en una situación financiera difícil, obtener un año adicional de permanencia en el mercado cesando en el pago de sus deudas, por lo que en la realidad se estaría añadiendo un año más de “vida” a un deudor de manera artificiosa.

Teniendo en cuenta los objetivos que debe tener un Sistema de Reestructuración Patrimonial, consideramos que este procedimiento transitorio no cumple con los objetivos de maximizar el valor del negocio, en vista de que permite que negocios no viables puedan quedarse por seis meses, o un año –si se prorroga seis meses adicionales el plazo para el plan de reprogramación de deudas en el mercado –, ocasionando que el deudor no pague sus obligaciones perjudicando a sus acreedores, los que pondrán más de un reparo a la hora de decidir si van a refinanciar u otorgar créditos a una empresa que ha decidido no pagar sus créditos debido a su crisis, acogiéndose a este procedimiento. En consecuencia, el acceso al capital del deudor se va a ver restringido, lo que casi hará imposible su refinanciamiento<sup>(34)</sup>.

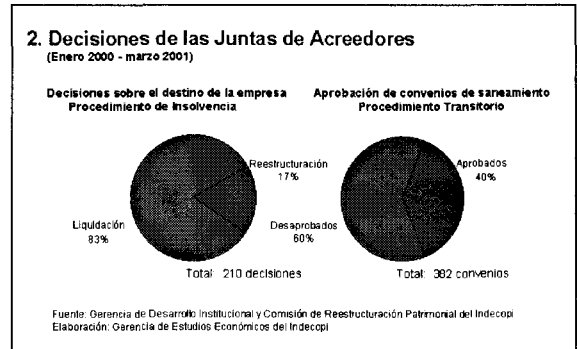
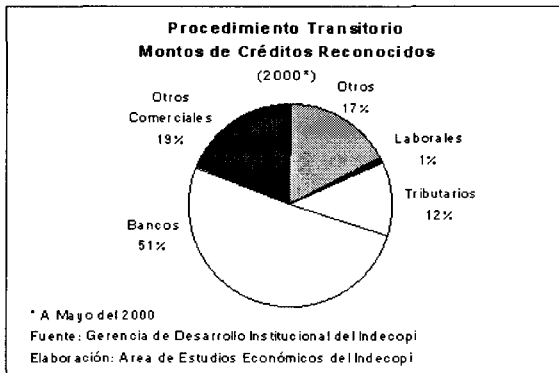
## 8.2 Usuarios del Sistema de Reestructuración Patrimonial.

Como se podrá apreciar los cuadros que siguen, los casos de insolvencias que son iniciados corresponden en su mayor parte personas jurídicas, quienes han solicitado más de la mitad de las solicitudes de declaración de insolvencia. Del mismo modo, se podrá apreciar el mismo caso en el procedimiento transitorio donde la mayoría de los casos corresponde a las personas jurídicas.



Es interesante observar que son los acreedores laborales son los que en mayor medida solicitan un reconocimiento de los créditos. Sin embargo, esto no significa que dicho crédito sea el más significativo en lo que respecta al monto de la deuda. A quien le corresponde la acreencia reconocida más importante, en lo que se refiere al monto, son las entidades bancarias.

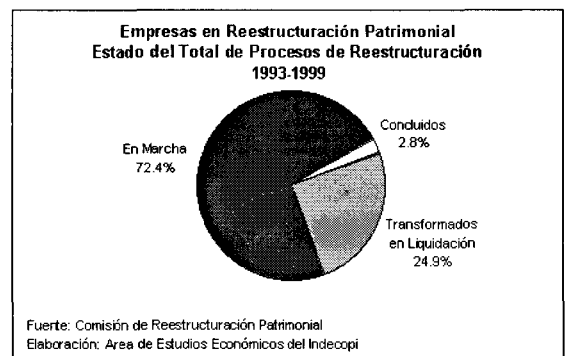
(34) Área de estudios Económicos del INDECOPI. Op.cit: pp. 56 y ss.



**Distribución de Solicitudes de Reconocimiento de Crédito por Tipo de Acreedor**

Tipo de acreedor	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
1. Labora	21%	16%	69%	62%	46%	57%	58%
2. Previsional	2%	8%	3%	4%	7%	5%	6%
3. Tributario	7%	12%	3%	5%	6%	19%	8%
4. Bancos	13%	17%	7%	4%	8%	8%	10%
5. Proveedores	57%	47%	18%	25%	33%	11%	18%

Fuente: Comisión de Reestructuración Patrimonial  
Elaboración: Área de Estudio Económico de INDECOPI



Este dato nos permite establecer que es la acreencia laboral la que más carga procesal se refleja en los procedimientos seguidos ante INDECOPI.

### 8.3 Destino de los deudores.

La tendencia a la reestructuración de las empresas siempre es menor a la decisión de liquidarlas. El promedio histórico de las decisiones de las Juntas de Acreedores ha sido siempre mayoritario a favor de la liquidación de las empresas.

En este aspecto cabe precisar, como bien se aprecia en las estadísticas, que no todas las empresas que se encuentran dentro de un proceso de reestructuración terminan su proceso, por el contrario, en promedio del 100% de los casos en los cuales se acordó la reestructuración del proceso, en el 24,9% de los casos la decisión fue posteriormente modificada por la liquidación de los activos. Asimismo, del total de las reestructuraciones acordadas solamente el 2,8% concluyen con el cumplimiento total de sus pagos de acuerdo al cronograma de pagos aprobado por el plan de reestructuración.

Cabe señalar que los planes de reestructuración se realizan en promedio de 8 años, teniendo en cuenta

que para las empresas pequeñas es de 7 años y para las grandes es alrededor de 10 años.

Es preocupante que en el proceso de insolvencia solamente el 2,8% de las reestructuraciones concluyan, como también que las reestructuraciones acordadas duren en promedio 8 años. Lo que al parecer estaría sucediendo es un alto margen de error de las decisiones dadas por los acreedores de los deudores.

Asimismo, la mayoría de las empresas que llegan al procedimiento de insolvencia llegan en una situación de financiera más que deficiente, por lo que no tiene otra salida que la liquidación.

Por otro lado, un proceso destinado a durar 8 años irremediamente va a generar elevados costos no sólo para los acreedores sino también para el deudor y el Estado. Adicionalmente, se va a limitar la función del sistema de proteger el crédito y la reducción del acceso al capital para las empresas.

¿De qué manera se pueden abreviar los costos del sistema?

Se afirma que la mejor manera de abaratar los costos de la administración es privatizando el manejo del procedimiento –es decir, el reconocimiento de los créditos, las instalaciones de

las juntas, etcétera<sup>(35)</sup>-, limitando de ese modo la participación del Estado.

De otro modo, si se mantienen los procesos de reestructuración largos y engorrosos, sumando esto a que la cuarta parte de las decisiones de reestructuración son revertidas a la liquidación, nos daremos cuenta que el procedimiento de insolvencia se desnaturalizaría y sería poco efectivo mantenerlo en nuestro ordenamiento.

Un marco legal adecuado para hacer efectivo el procedimiento de insolvencia y hacerlo acorde con las funciones que debe cumplir, debería garantizar la información mínima y relevante sobre el negocio para llegar a soluciones correctas, promover la privatización del proceso limitando la intervención del estado y desarrollar mecanismos de mercado para conectar la reestructuración patrimonial con los mercados de capitales, haciendo de la reorganización de las empresas algo viable en base al acceso de las inversiones.

En el caso del procedimiento transitorio las cifras son más preocupantes: 82% de los casos han sido suspendidos y sólo el 11% han aprobado el convenio de saneamiento. La razón, como ya se ha adelantado, corresponde a que los requisitos para acceder a este procedimiento son tan flexibles que se llega a la reunión con los acreedores con información inexacta y poco confiable. De esa manera, habiendo una carencia de información acerca del estado financiero del deudor, es poco probable que los inversionistas o los acreedores puedan tomar una decisión oportuna y adecuada referida a la viabilidad o no del negocio. Por el contrario, el deudor mediante

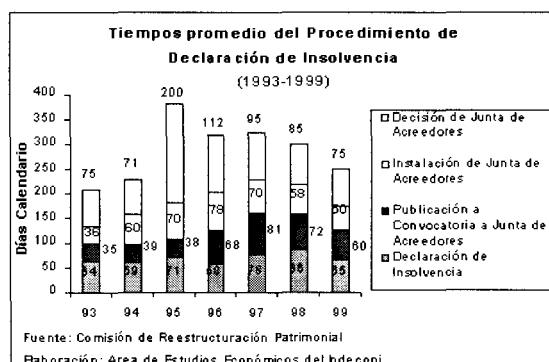
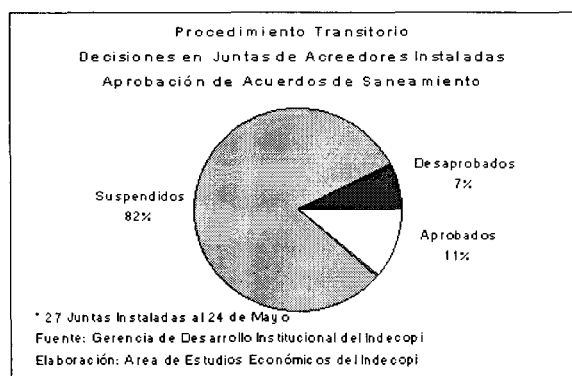
este procedimiento puede cesar de pagar sus obligaciones y obtener protección efectiva de sus activos, desprotegiéndose el crédito tanto de manera individual –ante la imposibilidad de los acreedores de cobrarlas – y de manera colectiva –ante la imposibilidad de que el conjunto de acreedores decida sobre la viabilidad o no del negocio debido a la escueta información dada por el deudor.

#### 8.4 Tiempo empleado en el Sistema de Reestructuración Patrimonial.

La celeridad de los procesos de reestructuración patrimonial es de vital importancia en el desarrollo de un sistema eficaz y acorde con las funciones que debe tener dicho sistema: protección del crédito y reducción de los costos en el acceso al capital.

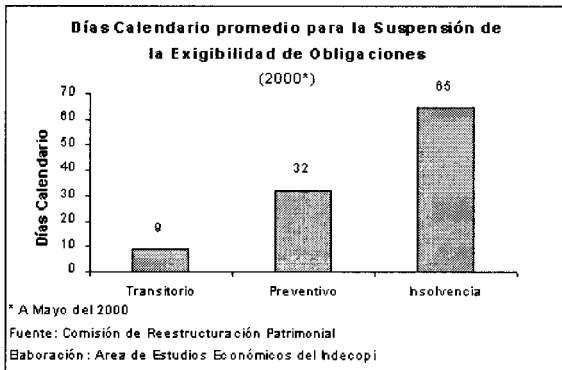
A pesar de lo antes señalado, los plazos vigentes aún siguen siendo muy extensos. En el año 99 la declaración de insolvencia demoraba 65 días, la publicación de la convocatoria de la Junta de Acreedores toma 60 días calendarios, la instalación de la junta 50 días y la decisión de la junta respecto al destino de la empresa 75 días. Es decir, duraba un promedio de 250 días calendario para decidir sobre la viabilidad o no del negocio, lo que sumado a la duración del promedio de la reestructuración que es aproximadamente 8 años, tenemos un procedimiento realmente costoso, que desincentiva la inversión privada, no promueve la protección al crédito y con ello encarece el acceso a los préstamos.

Sin embargo, como contrapartida debemos señalar que el procedimiento transitorio es el más efectivo en lo referido a la protección efectiva del



(35) Ibid.; pp. 123 y ss.

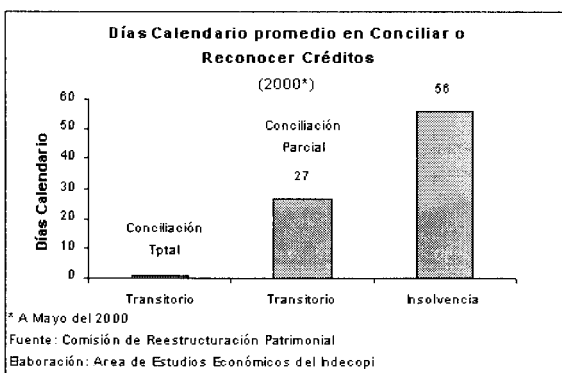
patrimonio, es decir, a la inexigibilidad de las obligaciones, debido a que tarda menos, en comparación con los otros procedimientos, en acogerse al procedimiento y en suspender la exigibilidad de las obligaciones.



De otro lado, la etapa de mayor carga procesal en los procesos ha venido siendo la etapa del reconocimiento de los créditos, etapa fundamental, ya que en ella se determina la composición de la Junta de Acreedores, quienes a la postre van a decidir por el destino del deudor insolvente.

Una vez más el procedimiento transitorio se ha mostrado más efectivo en materia de reconocimiento de créditos, como se aprecia en el correspondiente cuadro. En efecto, el reconocimiento y conciliación de créditos a través de un fedatario ha demostrado ser un sistema expeditivo para reducir el tiempo de los plazos en esta parte del proceso y, de esa manera, reducir los costos del procedimiento.

Sin embargo, existe el riesgo de que la conciliación del crédito nos lleve a una situación de colusión entre el deudor y un acreedor o grupos de



acreedores, donde se trate de beneficiar sólo a algunos de los acreedores en desmedro de otros.

Caso similar sucede, como se aprecia en las estadísticas, en el caso de llevar a cabo la convocatoria de la junta de acreedores.

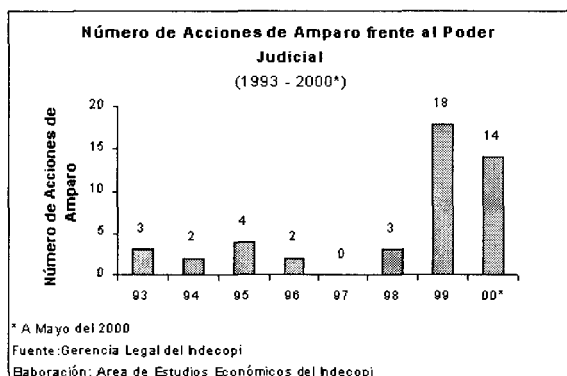
### 8.5 El Poder Judicial y el Sistema de Reestructuración Patrimonial.

Una de las características más importantes de un Sistema de Reestructuración Patrimonial debe ser su predictibilidad, es decir, que sus decisiones sean predecibles, atendiendo que las personas del mercado puedan prever cuáles van a ser los criterios que tendrá la autoridad para interpretar la ley. De ese modo se sabrá cuando una empresa va a ser declarada en insolvencia, cuando se van a reconocer los créditos, etcétera. Dando lugar a un sistema que va a dar seguridad a sus participantes y, con eso, un mejor medio para el reflotamiento de las empresas y el acceso a los capitales, de ser el caso.

Al respecto, creemos que el surgimiento indiscriminado de las acciones de amparo que se interponen frente a los procesos de reestructuración han debilitado la predictibilidad del sistema.

En los últimos años ha ido en aumento las acciones de amparo, a pesar de que existe una ley especial expedida a solicitud de INDECOPI donde se delimitaba con mayor claridad las competencias del Poder Judicial para pronunciarse sobre los procedimientos de reestructuración patrimonial.

En efecto, la interposición de las acciones de amparo resta agilidad a los procesos, en vista que lo estancan, desnaturalizando el proceso, ya que se desprotege el crédito al existir incertidumbre respecto al destino de la insolvente. De otro lado, los procedimientos se extienden más de lo debido,



incrementando los costos, lo que repercute en desmedro de los créditos de los acreedores.

Asimismo, creemos que dichas acciones de amparo no toman en cuenta el requisito de la vía previa, en vista que no existe ningún peligro inminente que vaya afectar un derecho constitucionalmente consagrado, más aún cuando al ser una instancia administrativa, las decisiones vertidas por INDECOPI podrán ser impugnadas en sede judicial.

### 8.6 Costos del Sistema de Reestructuración Patrimonial.

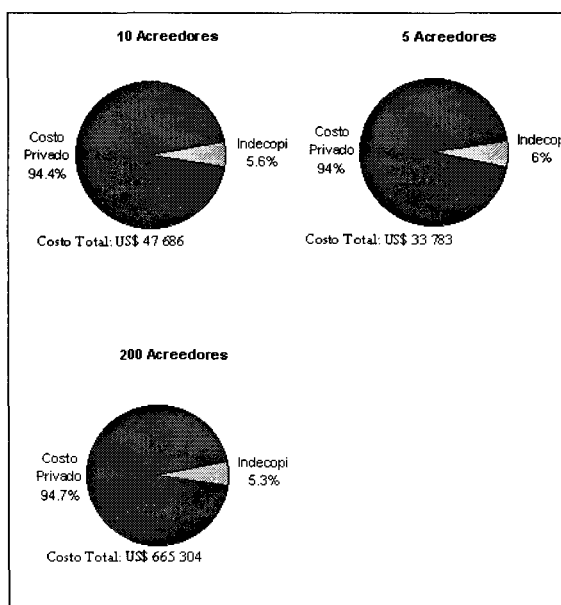
Las cifras ofrecidas por INDECOPI en este acápite son realmente sorprendentes teniendo en cuenta que en ella no se ha contabilizado el costo de las impugnaciones administrativas y judiciales (ver siguientes cuadros). Definitivamente los costos de administrar los procesos de reestructuración o liquidación, tal como se encuentran diseñados en el sistema son demasiados altos. Siendo lo más perjudicial del sistema que los costos los asume de manera mayoritaria el privado, ya que la procedencia de los mismos, mas que de los trámites provenientes de INDECOPI, provienen principalmente de los costos privados, como contratar asesoría legal, servicios contables, etcétera.

De esta manera, teniendo un sistema que impone costos elevados a los particulares que participan del proceso, no se podrá dar una adecuada protección del crédito, debido a que los costos del proceso irán irremediabilmente en perjuicio de los créditos del acreedor.

Como alternativa para obtener una reducción de los costos del proceso se ha planteado la necesidad de limitar la participación de INDECOPI en la protección de los activos del deudor, en el reconocimiento de créditos y en la participación de la primera junta de acreedores en la que se decide el destino de la empresa. Del mismo modo, se ha propuesto que el reconocimiento de los créditos se lleve a cabo de forma más ágil promoviendo el mecanismo de conciliación de créditos, tal y como se ha llevado a cabo en el procedimiento transitorio<sup>(36)</sup>.

Asimismo, se da como siguiente alternativa la posibilidad de que el deudor en su estatuto renuncie a su derecho a acogerse al proceso de reestructuración patrimonial, optando por una serie de mecanismos que se detallarán legislativamente, consistente en la cancelación automática de sus obligaciones, el canje de las deudas por acciones, la subasta pública de la empresa o la protección selectiva del patrimonio, en la que el banco acreedor decidirá el destino del negocio<sup>(37)</sup>.

Como se aprecia en los cuadros adjuntos, un proceso de reestructuración destinado a durar un año con la participación de cinco acreedores puede costar una suma ascendente a US\$ 33 783 y, si en él, participan doscientos acreedores puede costar un



(36) Ibid.

(37) Ibid; pp.126 y ss.

promedio de US\$ 665 304, donde el mayor costo lo asume el privado como ya hemos adelantado en párrafos anteriores.

## **9 El Proyecto de la Ley del Procedimiento Concursal.**

En la presente parte del trabajo vamos a reseñar las principales innovaciones del proyecto de la Ley del Procedimiento Concursal, que en el transcurso del presente año será promulgada en reemplazo de la Ley de Reestructuración Patrimonial..

En primer lugar, el proyecto de la Ley del Procedimiento Concursal, de ser aprobado, simplificaría notoriamente el Sistema Concursal Peruano. De ese modo, se estaría dejando de lado el procedimiento preventivo, simplificado y el transitorio (aunque este último ya no se encuentra vigente por tratarse de un procedimiento coyuntural a una situación de crisis).

En ese sentido, la propuesta inicial del proyecto destinada a unificar el sistema concursal en un solo procedimiento, permitirá una mejor manejo de éste por parte no solo de la administración sino también de los usuarios.

El inicio del procedimiento lo podrá solicitar cualquier deudor que se encuentre en situación de incumplimiento en el pago de sus obligaciones, deterioro patrimonial o que prevea que se hallará imposibilitado de afrontar oportunamente el pago de sus obligaciones (artículo 25).

Precisamente, la intención del legislador al unificar el sistema concursal es otorgarle un mayor grado de predictibilidad y conocimiento del procedimiento al cual se acogerán los deudores que presenten problemas financieros.

De esta manera, los fines que debe tener un Sistema Concursal, como la protección del crédito y, por ende, un acceso a los capitales mas barato y expeditivo por parte de los negocios se fortalecerían, en la medida en que los inversionistas tendrían el conocimiento y respaldo de un proceso claro, predecible y eficaz que proteja sus intereses.

En segundo lugar, como consecuencia de la derogación de los diferentes procesos concursales, se ha unificado los requisitos para acceder a la reestructuración patrimonial, tanto de manera formal – lo que permite que la entidad encargada de ver

dicho procedimiento pueda consolidar el trámite referente al acceso de los negocios al Sistema Concursal – como en lo referente a la información necesaria para acogerse a una reestructuración patrimonial, en caso los acreedores no decidan por una liquidación del negocio.

En vista de lo anteriormente mencionado, el proyecto que venimos comentando, señala que la información presentada a la autoridad concursal tendrá carácter de declaración jurada (artículo 11) y que los acreedores tienen derecho a una información suficiente que resulte relevante para “la toma de decisiones durante el desarrollo del Procedimiento Concursal”(artículo 14). Del mismo modo, se señala en el artículo 49 del proyecto el derecho de los acreedores a la información necesaria para el desarrollo normal de la junta de acreedores.

De esta forma, la uniformización de la información y de los requisitos para acceder al Procedimiento Concursal, permiten a los acreedores tener las herramientas necesarias para tomar la más adecuada decisión respecto a la viabilidad o no del negocio. Se evita, en efecto, que las empresas puedan cesar del pago de sus obligaciones sin darle oportunidad a sus acreedores de decidir sobre el futuro de la empresa, en vista a la poca información que poseían sobre el funcionamiento y estructura del negocio insolvente –tal y como sucedía en el procedimiento transitorio-.

En lo referente a la celeridad del proceso, como ya hemos advertido en su oportunidad, debemos mencionar que es necesario que los procedimientos concursales sean cortos para garantizar una adecuada protección del crédito –ya que con el transcurso del tiempo los activos del deudor pueden disminuir en su valor – y, de ese modo, lograr el pago oportuno de los créditos afectados por la crisis económica del deudor.

No obstante lo anterior, consideramos que parece poco recomendable la eliminación del concurso preventivo, ya que si bien ha sido poco utilizado, sí ha resultado exitoso en la mayoría de los casos en los cuales las empresas han accedido a él. En todo caso, se podría mantener una variante preventiva del procedimiento único que permita el acceso al concurso de deudores que no se encuentren en una situación de cesación de pagos y que, por ende, no requieran de la protección que le brinda la

inexigibilidad de sus obligaciones desde el momento en que decidan acogerse dicho procedimiento.

Por otro lado, en el artículo 38 del proyecto bajo comentario, establece que el reconocimiento de los créditos se llevarán a cabo por intermedio de la Secretaría Técnica quien tendrá a su cargo la investigación de los créditos sólo en los casos de acreedores vinculados al deudor y en los cuales surjan alguna controversia o duda sobre la existencia de los créditos.

Se considera que este mecanismo logrará una disminución notoria en los tiempos empleados en los procedimientos concursales, ya que la obligación de investigar la legitimidad de los créditos era una labor compleja y de larga duración debido a la cantidad de créditos que tenían los deudores.

De esa manera, la utilización del mecanismo de conciliación y constatación de créditos propuesto por el proyecto es una medida que garantizará que el procedimiento no dure demasiado, evitando menoscabar los intereses del acreedor.

Sin embargo, creemos que si bien este mecanismo permitirá reducir el tiempo de duración del procedimiento concursal, existe el riesgo de que exista una colusión entre el deudor y alguno de sus acreedores, lo que traería como consecuencia que sólo algunos de los acreedores se beneficiaran, ya que el destino de la empresa va a ser decidido de acuerdo a sus intereses si logran tener en sus manos el porcentaje de acreencias más importante.

En este sentido, deberían darse mecanismo para evitar la colusión entre deudor y acreedor, o de lo contrario, volver a contar con un sistema que reconocimiento de créditos donde la autoridad administrativa sea la que investigue y los conceda.

Asimismo cabe resaltar que el artículo 3 del proyecto señale que las autoridades concursales de INDECOPI y de las Comisiones Delegadas serán las únicas autoridades competentes para conocer el procedimiento concursal. De esta forma, se trata de evitar la intervención desmedida del Poder Judicial –a través de la acción de amparo –.

También cabe resaltar que el proyecto ha modificado la participación del representante de la Comisión en las reuniones de la junta de acreedores, limitándolas solamente a las juntas donde se decida el destino del deudor, el plan de reestructuración o convenio de liquidación y sus respectivas

modificatorias, dicha participación por cierto será de manera obligatoria (artículo 44 y 45).

De esta manera se estaría limitando la intervención del Estado en las juntas de acreedores y con esto se estaría atenuando los costos de administración de los procedimientos concursales.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que la intervención del Estado –en la persona del representante de la comisión – muchas veces a servido para aclarar dudas en el procedimiento y para a dar fe de los acuerdos que se toman en la Junta de Acreedores, evitando de ese modo posibles impugnaciones.

Por otra parte, los artículos 12 y 13 del proyecto, establecen que la reserva de la información en el procedimiento la deben mantener tanto los acreedores como los funcionarios públicos. En ese supuesto, consideramos que la reserva de la información también debe darse en la figura del deudor, caso contrario podría darse la situación de que el deudor en connivencia con algún acreedor provoque la ejecución de su patrimonio en perjuicio de los demás acreedores.

Asimismo, deberá establecer expresamente que la obligación de brindar mayores facilidades para que los acreedores puedan acceder, de manera oportuna, a la información que requieren para la toma de decisión del destino de la empresa, no sólo sea por parte del deudor, entidades administradoras y liquidadoras, sino también que sea una obligación de las respectivas comisiones. De esa manera, se incentivaría una atención oportuna por parte de éstas a los pedidos de información y lectura de expedientes por parte de los usuarios del sistema concursal (artículo 14).

Finalmente, el artículo 36 del proyecto sanciona a los acreedores tardíos con la imposibilidad de no poder incorporarse a la Junta de Acreedores en ningún momento.

Se señala en la exposición de motivos que se quiere incentivar la presentación oportuna de los acreedores y se trataría de brindar una seguridad jurídica a la toma de decisiones de la Junta de Acreedores.

Consideramos que es suficiente “sancionar” a los acreedores tardíos con la imposibilidad de participar en la Junta de instalación, en la cual se debería aprobar el Plan de Reestructuración o Convenio de

Liquidación. De lo contrario creemos que no se estaría respetando el principio del *par conditio creditorum*.

### **10 Reflexión Final.**

A lo largo de este trabajo se ha querido mostrar la evolución y deficiencias del procedimiento de Reestructuración Patrimonial en el Perú. Asimismo, se han señalado las alternativas que creemos necesarias ante los problemas que se han venido suscitando en nuestro sistema concursal.

Creemos que el nuevo proyecto de ley en discusión en la actualidad va a recoger muchas de las sugerencias que se han planteado para el mejor

funcionamiento del Sistema Concursal Peruano. Sin embargo, esto no será suficiente si no se cambia la mentalidad de las personas involucradas: tanto deudores, acreedores y el propio Estado deben tener en cuenta que un Sistema Concursal tiene como principal objetivo la protección del crédito y que éste sólo puede verse protegido con procedimientos efectivos, de poca duración y que no generen incertidumbre en cuanto a su resultado. De más esta decir que el choque de intereses egoístas generará desgaste, inutilidad e insatisfacción en cualquier proceso o diseño legislativo, por lo que, no está en manos de las leyes la reestructuración o liquidación ordenada de los negocios sino está en las manos de quien las usa. AV