

El Novísimo Sistema Peruano en el Nuevo Mundo Concursal

Esteban Carbonell O'Brien*

«El presente artículo constituye un detallado e interesante análisis acerca de la configuración del Derecho Concursal peruano a partir de la Nueva Ley General del Sistema Concursal N° 27809. La claridad del texto nos brinda finalmente un panorama integro sobre los principios e instituciones presentes en nuestro sistema concursal.»

La Nueva Ley General del Sistema Concursal N° 27809, fue publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 8 de agosto de 2002 y el sistema cobró la regulación actual con la Ley 28709 de abril de 2006¹ y Decreto Legislativo 1050².

Esta ley ratifica como órgano administrativo competente para la tramitación de todos los procedimientos concursales al INDECOPI, autorizándolo expresamente a efectuar las adecuaciones que fueran necesarias al sistema de descentralización de funciones de la Institución con la finalidad de garantizar un mejor funcionamiento (Disposición Transitoria Segunda).

El objetivo explícito del nuevo sistema concursal está expresamente focalizado en la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa en tanto que la finalidad de los procedimientos es generar un marco de negociación entre acreedor y deudor en orden a un acuerdo de reestructuración o en su defecto la salida ordenada del mercado, reduciendo los costos (textual) (Título Preliminar arts. I y II).

El art. III del mismo Título Preliminar define perfectamente el contenido de la ley cuando dice que la viabilidad de los deudores («su destino», dice la ley) en el mercado es decidida por los acreedores involucrados en los procedimientos concursales.

Esta nota caracterizante se advierte en todo el procedimiento en el que está claramente marcado el protagonismo de los acreedores ubicándose el sistema peruano entre aquellos en los que el rol del deudor y aún de la autoridad oficial concursal (en el caso, administrativa) aparece marcadamente diluido.

También en forma explícita se definen los principios de universalidad, y colectividad en tanto el concurso produce efectos sobre todo el patrimonio y procura la participación y beneficio de todos los acreedores. El principio de *proporcionalidad* resume el resultado económico de los procedimientos y aparece como una forma de expresión que pretende analogía con la *par conditio creditorum* pero reconociendo los órdenes de preferencia establecidos por la ley (Título Preliminar art. VI).

Desde el punto de vista procesal, queda explícito el carácter dispositivo de los procedimientos y la intervención de la autoridad concursal es definida como subsidiaria (Título Preliminar, art. VII). El principio de especialidad esta abarcado en el Título Preliminar art. IX determinándose que la autoridad concursal no puede dejar de resolver por defecto de eficiencia de la normativa debiendo aplicar en tales casos los principios generales del derecho, «especialmente aquellos que inspiran el derecho concursal».

* (Lima, 1970) Abogado con estudios en universidades de Lima y Buenos Aires (1986-92) Master en Derecho con Mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica (1993-94) Master © en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Universidad de Castilla La Mancha (2008-09) Doctor © en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España (2008-09) Diplomado en Gestión Pública por la Universidad Complutense, España (2004) Profesor Visitante en universidades de Argentina, Colombia, Brasil, México, Italia y España (1998-). Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal- Sección Peruana (2006) Miembro Fundador del citado Instituto con sede en Mexico DF. (2005-) y Miembro de instituciones internacionales como UIBA (Francia) FIA (Inglaterra) IBA (Inglaterra) en capítulos de su especialidad. Autor de varios libros entre los que destacan «Bancarrotas» (1999) e «Interpretación a la Ley Concursal» (2003) Catalogado por las prestigiosas publicaciones Latin Lawyer y Latin Counsel como el mejor abogado de su generación en Latinoamérica en práctica concursal, reestructuración de empresas en crisis y bancarrotas corporativas (2007) Ver: www.carbonell-law.org

1 Cobró vigencia inmediata, aplicándose a los procedimientos en trámite bajo el derecho anterior, regulado por el Decreto Legislativo 845 y la Ley 24.146 denominada «De Reestructuración Patrimonial» (Disposición Transitoria Primera).

2 Publicado en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 27 de junio del 2008 y entró en vigencia el 28 de julio del 2008.

El Título I está dedicado a las normas generales y se inicia con un glosario, que define con plausible técnica legislativa los conceptos de sistema, comisión, deudor, acreedor, crédito, actividad empresarial, junta, tribunal, INDECOPI³, Ley y TUPA⁴.

El domicilio del deudor determina la competencia, que está asignada a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI la que reglamentará la competencia territorial de las comisiones a crear en virtud de convenio... (art. 6. 4).

Las comisiones así creadas actúan en función del domicilio del deudor, siendo el de las personas jurídicas el consignado en el estatuto inscripto y el de las personas naturales y sociedades conyugales el determinado en el Código Civil, en tanto que el del último domicilio del causante es el que corresponde a las sucesiones indivisas (art. 7).

Se consagra la unidad del procedimiento concursal no admitiéndose la simultaneidad y asignando al concurso preventivo cuya instancia es exclusiva del deudor respecto del denominado «concurso ordinario» el cual, en cualquiera de sus variantes conservativa de reestructuración o liquidativa procede tanto a instancia del deudor como de algún acreedor (art. 8 y 9).

Confidencialidad primero. Información después

Es nota característica del sistema peruano, la confidencialidad o reserva de los procedimientos concursales durante el período insumido para la constatación de los requisitos de admisibilidad hasta la publicación de la resolución de declaración de concurso, la que se hace saber a los acreedores para que soliciten el reconocimiento de sus créditos (art. 11 y 32). Desconociéndose el domicilio del emplazado, la publicación de edictos debe mantenerse reservada la información y documentación presentada por el acreedor (art. 11. 2).

Transcurrido el período inicial de confidencialidad, los acreedores tienen amplio derecho de observación y consecuentemente es obligación de los deudores brindarla en forma satisfactoria (art. 13), congruente con el principio de universalidad, el procedimiento concursal abarca todos los bienes derechos y obligaciones del deudor salvo los inembargables o excluidos por leyes especiales (art. 14.1) en tanto que, en correspondencia al principio de colectividad, están comprendidos en el concurso todos los créditos con causa o título anterior a la fecha de publicación o difusión de la apertura salvo en el procedimiento de disolución y liquidación, en cuyo

caso también están abarcados los generados con posterioridad (art. 15.1 y 16.3).

Fuero de Atracción. Suspensión del Curso de Intereses

La publicación de la resolución declarativa de concurso produce la suspensión de las obligaciones pendientes de pago, y sus intereses serán los que se determinen en la junta de acreedores, con prohibición de los moratorios y de capitalización (art. 17.1). La suspensión aludida vence al aprobarse el Plan de Reestructuración o el Acuerdo Global de Refinanciación o el Convenio de Liquidación, a los que referiremos ulteriormente (art. 17.2).

La suspensión no alcanza las garantías reales o personales, y los garantes quedan subrogados de pleno derecho en la posición del acreedor original (art. 17.3). También están vedadas a partir de la publicación las medidas cautelares contra el patrimonio del deudor (art. 18.1), salvo que se trate de anotaciones registrales, o que no opere la disposición de bienes del deudor ni afecten su actividad. En todo caso, no puede existir ejecución forzada (art. 18.2).

Periodo Suspecto

El régimen de ineficacia de los actos del deudor se estructura sobre la base del concepto de inoponibilidad de actos tanto gratuitos como onerosos, no vinculados a la actividad normal en tanto perjudiquen su patrimonio, realizados *dentro del año de la presentación*, cuando se trata del propio pedido o de la notificación del emplazamiento en procedimiento la instancia de tercero o de la notificación del inicio de disolución y liquidación (art. 19.1).

Pueden ser declarados inoponibles hasta el momento de la designación del administrador en la junta de acreedores, o de la aprobación del convenio de liquidación (i) los pagos anticipados por obligaciones no vencidas; (ii) las obligaciones vencidas en forma distinta a la pactada o establecida en el contrato; (iii) las operaciones onerosas ajenas a la actividad normal; (iv) las compensaciones; (v) los gravámenes y transferencias tanto onerosas como gratuitas; (vi) las garantías respecto a obligaciones anteriores; las ejecuciones judiciales o extrajudiciales después de la publicación de declaración de concurso; (vii) las fusiones o escisiones que impliquen detrimento patrimonial (art. 19.3); pero el adquirente de buena fe de bienes registrables, no estará alcanzado una vez que fuere inscripto su derecho (art. 19.4).

3 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la propiedad intelectual.

4 Texto Único de Procedimientos Administrativos.

Los Procedimientos Concursales

El sistema está estructurado sobre la base de tres procedimientos distintos. El primero de ellos es llamado «Procedimiento Concursal Ordinario», y está dirigido a una doble forma de culminación: el Acuerdo de Reestructuración (Conservativo) o el Acuerdo de Disolución y Liquidación (Liquidativo) (Título I); el segundo procedimiento es la quiebra (Título II) y el tercero es el «Procedimiento Concursal Preventivo» (Título III), dirigido a la obtención del llamado Acuerdo Global de Refinanciación (preventivo).

La ley del Perú por Decreto Ley 26111/1993 y posteriormente por Decreto Legislativo 845/1966, adjudica la aplicación de la ley concursal al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), que está facultado para concretar convenios con las instituciones representativas de cada ramo de la actividad económica. La Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI y las Comisiones creadas en virtud de tales convenios son las competentes para conocer en los procedimientos de primera instancia y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI en una última instancia administrativa (art. 3).

1.- El Concurso Ordinario

El Procedimiento Concursal Ordinario (con sus dos vías de Reestructuración o Liquidación) tiene una regulación más amplia y constituye el marco subsidiario del Concurso Preventivo, regulado en último término (pero de trámite preferente).

La instancia del Concurso Ordinario en sus dos vías, corresponde al propio deudor y a los acreedores. Cuando se trate del propio pedido de concurso el deudor debe acreditar alternativamente: (i) encontrarse en mora de un tercio del total de sus obligaciones con anterioridad mayor a 30 días calendario, o bien, (ii) pérdidas netas acumuladas, deducidas reservas, por un importe mayor a la tercera parte del **capital social pagado**.

a) Instancia del Deudor:

El deudor debe indicar su opción por la Reestructuración Patrimonial o la Disolución y Liquidación pues su presupuesto material es distinto.

Si requiere la Reestructuración Patrimonial debe acreditar con informe de asesor legal y de contador público colegiado que sus pérdidas, deducidas reservas, no superan el total de su capital social

pagado y además acompañar un plan de recuperación y proyección preliminar por dos años. Si sus pérdidas superaren el capital social pagado sólo podrá requerir la disolución y liquidación (art. 24.2).

El requisito referido a la entidad de las pérdidas tiene un límite de mínima (pérdidas por montos mayor al tercio del capital social pagado) tendiendo a evitar el abuso de una presentación que paraliza los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es calificada a través de la ecuación legal como superable. En tanto que, cuando esa relación adquiere relieve importante superando las pérdidas al capital social pagado, la única vía permitida es la de la disolución y liquidación.

La fórmula legal aparece ciertamente original, consagrando una ecuación sobre la base de límites presupuestos por la ley, que prohíbe la reestructuración patrimonial del deudor, cuando este no hubiere soportado un deterioro económico determinado como de cierta gravedad (en el caso pérdidas mayores al tercio del capital). En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al capital social pagado), cuya medida se reputa *ex lege* como impeditiva de la recuperación, queda vedado el intento de reestructuración y al deudor sólo le queda la opción o alternativa.

Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario conservativo es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del CSP⁵, pero no superior es al monto total del CSP.

El presupuesto material del concurso ordinario es distinto cuando se trate de la reestructuración patrimonial o la disolución y liquidación y, solamente en la segunda de estas alternativas puede focalizarse alguna nota análoga al de la insolvencia tal cual es concedida en el ámbito doctrinario, focalizada en la insuficiencia del activo para responder al pasivo exigible. En cambio, el presupuesto material de la reestructuración patrimonial, concretado en pérdidas acumuladas en tanto no sean mayores a la tercera parte del capital social pagado, no guarda ningún correlato con el concepto clásico de la insolvencia, tal cual definido como insuficiencia del activo frente al pasivo exigible, constituyendo un parámetro legal discrecional equivalente a la cesación de pagos.

b) Instancia de Acreedores:

El Proceso Concursal Ordinario también procede a instancia de los acreedores, titulares de créditos

impagos en mora no menor a los treinta días, cuyo monto supere el valor de cincuenta Unidades Impositivas Tributarias (UIT)⁶ y que las pérdidas no sean mayores a la tercera parte del CSP(art. 26.1).

El deudor debe ser emplazado, y tiene la opción de: (i) pagar el crédito impago o bien consignar su monto; (ii) ofrecer pagar, en cuyo caso el acreedor tiene diez días para dar conformidad considerándose el silencio como aceptación; (iii) negar la existencia de la deuda; (iv) allanarse a la pretensión (art. 28). En todos estos casos la Comisión dará traslado al acreedor y luego deberá pronunciarse.

En hipótesis de pago íntegro corresponde la denegatoria del concurso y se declara concluido el procedimiento (art. 28.2), pero si el acreedor rechaza el ofrecimiento de pago o la oposición del deudor fuere infundada; o reconoce el monto y se allana, o no se pronuncia sobre ninguna alternativa, la Comisión debe declarar la disolución y liquidación sólo si las pérdidas acumuladas, menos reservas, superan todo el capital social pagado (art. 28).

El deudor puede oponer la compensación a los créditos del acreedor peticionante, conforme al ordenamiento común (art. 29).

La resolución de acogimiento a la presentación del deudor o, en su caso, la del acreedor debe ser publicada en el diario oficial con aviso a los acreedores para requerir el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo que se determine (art. 32).

Los acreedores que fueron oportunamente reconocidos adquieren voz y voto en la junta de acreedores que decidirá *«el destino del deudor»*. No corresponde a quienes tengan reconocimiento tardío. Los créditos condicionales participan con voz y voto y también los inicialmente denegados y reconocidos en vía de impugnación, ya administrativa, ya judicial; en cambio las tardías están excluidas de participación en la junta (art. 34).

Audidores

Constituye una peculiaridad del procedimiento la facultad de los acreedores reconocidos (verificados) de designar auditores, dentro de una terna de profesionales inscriptos en el INDECOPI, para vigilar el cumplimiento del plan de reestructuración e informar mensualmente al INDECOPI y a los acreedores (art. 35).

Los Créditos y los Acreedores «Vinculados»

La declaración del vínculo está impuesta al acreedor y al deudor, en la primera oportunidad en que se presenten a la Comisión (art. 12)

La solicitud de verificación debe contener una declaración jurada respecto de la eventual vinculación con el deudor. Se consideran vinculados: (i) los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, (ii) los accionistas, socios, asociados, cónyuge o concubino, (iii) empleados que hubieren en el pasado o en el presente ejercitado dirección o cargos de confianza, (iv) los sujetos propietarios con vinculación directa o indirecta al acreedor o deudor en el negocio de la contraparte, (v) los trabajadores acreedores de cooperativa de trabajo, (vi) los integrantes de un grupo económico, y en general cualquier circunstancia que implique proximidad relevante de intereses con el deudor. Se trata de un elenco enunciativo lo que permite el tratamiento casuístico evitando el problema de la taxatividad que se advierte en otros ordenamientos (v. gr. Argentina: art. 45).

Forma de Voto

Reconocimiento de Créditos.

El sistema de verificación de los créditos, está realizado por medio de una declaración jurada sobre su existencia ante la Secretaría Técnica o, en su caso, ante la Comisión a cargo del procedimiento.

Créditos Fiscales

El crédito por título o causa fiscal es presentado por representantes designados por el Ministerio de Economía y Finanzas.

La presentación se realiza ante la Secretaría Técnica y se da traslado al deudor por diez días. Si hubiere coincidencia la Secretaría Técnica emite resolución de reconocimiento en un plazo de diez días de la contestación por el deudor. La falta de contestación no impide la resolución ni interrumpe el plazo (art. 38.1 y 2).

El representante del crédito fiscal debe pronunciarse bajo apercibimiento de responsabilidad administrativa en la junta y si tiene posición adversa a la continuación de la actividad por el deudor o a la aprobación del respectivo **Plan de Reestructuración o del Acuerdo Global de Refinanciación debe fundar su voto salvo adhesión a la posición coincidente con el mismo, bajo pena de nulidad del acuerdo.**

Las resoluciones de la junta son oponibles al acreedor fiscal en las condiciones que se aplican a las mayorías de acreedores en el orden de preferencia exhiban el mayor monto de créditos reconocidos.

Los créditos fiscales no devengan mora, recargos ni multas. No pueden ser capitalizados ni condonados y serán postergado en un porcentaje promedio al

6 La Unidad Impositiva Tributaria ascendente a S/. 3,500.00 al año 2008.

capitalizado o condonado por acreedores incluidos en el orden preferente en el que exista mayor monto de créditos reconocidos (art. 48.3).

El tratamiento que la ley asigna al acreedor al crédito fiscal, resulta ponderable en orden a la contribución que al mismo se exige para la aprobación del Plan de Reestructuración o el Acuerdo Global.

Créditos Laborales

El crédito laboral puede ser presentado por representante ante la junta o en forma individual. Las prestaciones sociales pueden ser representadas individualmente o representados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Acreditado el vínculo laboral, la Comisión debe reconocer la autoliquidación presentada por el trabajador salvo que el deudor acredite pago o inexistencia (art. 39.4), aplicándose el principio de la realidad por sobre el de las formas o apariencias contractuales (art. 40); todo lo cual forma parte del tratamiento preferente del crédito del trabajador.

Créditos Vinculados o Controvertidos

La investigación y la consecuente resolución de reconocimiento o rechazo de los créditos vinculados o de los controvertidos es de competencia exclusiva de la Comisión a cargo del procedimiento (art. 38).

La Verificación sin Trámite

Las liquidaciones en concepto de impuestos o fondos de previsión que fueren presentados por el deudor, constituyen confesión y se verifican sin más trámite (art. 39.1) y, de la misma manera, por su sola presentación, son verificados la sentencia judicial pasada en calidad de cosa juzgada y los laudos arbitrales, en tanto exista liquidación en estado de ejecución de sentencia (art. 39.2).

La Resolución de Reconocimiento

La resolución de reconocimiento es competencia de la Secretaría Técnica o de la Comisión, en su caso, y precisará los datos del acreedor, el monto, conceptos, preferencias y particularmente la vinculación, en caso de existir. Debe ser publicada por la Secretaría Técnica, precisando en forma resumida los datos del acreedor, el monto y conceptos del reconocimiento. La resolución puede ser objeto de oposición por parte de cualquier acreedor (art. 38.4).

Orden de Prelación en el Procedimiento de Disolución y Liquidación

En el procedimiento de disolución y liquidación el orden de preferencia coloca en primer lugar los

beneficios sociales, y aportes al sistema de pensiones o previsión; en segundo lugar los alimentarios hasta una unidad impositiva tributaria; en tercer lugar los créditos con garantías reales, de retención y cautelares siempre que la garantía o la medida se hubiere trabado antes de la publicación del concurso y fueren inscriptas antes de esa fecha; en cuarto lugar a los créditos fiscales y de la seguridad social de salud y el quinto lugar corresponde a los restantes créditos (art. 42).

La Junta de Acreedores, determina el «Destino del Deudor»

Reza literalmente el art. III del Título Preliminar que *«la decisión sobre el destino del deudor corresponde a los acreedores»*, y en tal función tiene protagonismo excluyente la junta de acreedores (art. IV).

“Esta nota caracterizante se advierte en todo el procedimiento en el que está claramente marcado el protagonismo de los acreedores ubicándose el sistema peruano entre aquellos en los que el rol del deudor y aún de la autoridad oficial concursal (en el caso, administrativa) aparece marcadamente diluído”.

Su constitución es convocada por la Comisión por medio de publicaciones del diario oficial. En dicha junta interviene como observador e informante un representante de la Comisión, con voz pero sin voto al que compete verificar los requisitos para la constitución y formación de las mayorías (art. 45). El deudor tiene derecho, más no obligación, de asistir en forma personal o por representación para expresar su opinión respecto al procedimiento.

Dos días antes de la celebración de la junta los acreedores deben acreditar representantes, pudiéndolo hacer por carta poder simple legalizada (art. 47.1).

El quórum requerido para su constitución es el de acreedores presentes que representen el 66,6% de créditos reconocidos y en segunda convocatoria cualquiera sea el número de acreedores asistentes (art. 50.2).

Elige sus propias autoridades (art. 54.1), y conforme a lo expuesto en el Título Preliminar, art. III, *«decide sobre el destino del deudor»*; aprobando o

rechazando en el caso de Concurso Ordinario de Reestructuración, el respectivo plan o, en su caso, el Convenio de Disolución y Liquidación en el Concurso Preventivo el Acuerdo Global de Refinanciación.

Son atribuciones genéricas de la junta optar entre el inicio de la reestructuración o la disolución y liquidación; requerir al administrador o liquidador en su caso los informes económicos y financieros; decidir el régimen de administración supervisar la ejecución de los acuerdos; para adoptar sus acuerdos y particularmente designar al comité de acreedores en el que puede delegar sus atribuciones salvo la referida «decisión sobre el destino del deudor».

En caso de reestructuración patrimonial la junta puede optar por la capitalización de acreencias y para ello proceder al ajuste del patrimonio del deudor con intervención de los auditores registrados ante el INDECOPI (art. 51.e)

El Comité de Acreedores

Es elegido por la Junta de Acreedores y esta integrado por cuatro miembros cuya presidencia ejerce el presidente de la junta. Los otros tres deben ser elegidos entre titulares de créditos de distinto origen entre sí. Es obligación del presidente del comité informar sobre acuerdos y acciones que adopte a la junta. La función de miembro del comité es indelegable. El quórum de constitución y de resolución es el de tres miembros y en caso de empate decide el presidente (art. 56).

Los acreedores que representen el 10% de créditos reconocidos pueden requerir al presidente del comité la convocatoria de la junta y vencido los diez días pueden recurrir ante la comisión que dirige el procedimiento (art. 57).

Mayorías en los Tres Procedimientos

Para la aprobación del Plan de Reestructuración, del Acuerdo Global de Refinanciación o del Convenio de Liquidación se exige en primera convocatoria el voto favorable de acreedores que representen el 66,6% de los créditos reconocidos y en segunda convocatoria el mismo porcentaje pero sobre el total de créditos asistentes (art. 53. 1). No se requiere mayoría de personas.

Cuando los acreedores vinculados representen más del 66,6% de los créditos reconocidos, constituyen una base de cómputo separada de los no vinculados en la que se requiere la misma mayoría del 66,6% sobre los reconocidos en primera convocatoria, y sobre los asistentes en la segunda (art. 59).

No queda claro si el acuerdo o refinanciación respecto del cual la junta puede ser prorrogada por única vez (art. 107) permite una segunda convocatoria.

Las mayorías requeridas en la segunda convocatoria, referidas sólo a la mitad de los asistentes constituye una de las más bajas de las que se advierten en los procedimientos latinoamericanos y desde este punto de vista el ordenamiento peruano aparece con un estímulo para la obtención de la solución concordataria, ya preventiva, ya ordinaria pero al parecer no suficientemente para constituirse en un instrumento amigable para el deudor, a juzgar por las estadísticas que revelan su poca disposición para refugiarse en el sistema.

El Voto de los Acreedores Determinantes Disidentes

El acreedor cuyo porcentaje sea determinante en la votación y tuviere una posición *contraria* a la continuación de actividad o al Plan de Reestructuración o al Acuerdo Global en su caso, debe fundar su posición en la junta bajo pena de nulidad: su conducta evasiva se sanciona con multa de hasta cien unidades impositivas tributarias (art. 49).

Plazo para decidir el Destino del Deudor

La junta debe adoptar decisión dentro de los cuarenta y cinco días de su instalación (art. 58).

1.2.- La Reestructuración Patrimonial (Cap. V)

La reestructuración patrimonial es la vía conservativa del Procedimiento de Ordenamiento Concursal: es decidida y regulada por la junta de acreedores a lo que corresponde decidir la continuación de las actividades del deudor siendo esta decisión condicionante del ingreso al régimen de reestructuración patrimonial.

Forma de Administración y Sustitución del Órgano de Gobierno

La junta decidirá también manteniendo la administración temporal del deudor durante el periodo de reestructuración o bien estableciendo un sistema de administración mixta con mantenimiento parcial de administración preexistente y una parte obligatoria de personas naturales o jurídicas designadas por la junta; o bien lisa y llanamente sustituyéndolo por un administrador inscripto en el registro *ad hoc* que debe llevar la Comisión.

Los administradores cualquiera fuere el régimen dispuesto por la junta, tienen que remitir información a la Comisión del INDECOPI, a cuyo cargo está la administración del procedimiento, en forma trimestral el último día de marzo, junio, septiembre y diciembre, cuya información debe ser sumamente detallada con antecedentes referidos a el estado de cumplimiento del plan o convenio, valuaciones, gastos, y toda otra que la comisión solicite (arts. 61.8 y 122).

Mientras la administración puede seguir a cargo del deudor o sus representantes, según lo decidiera la junta, en cambio, la sustitución del órgano de deliberación y gobierno es total y opera *ope legis*. La junta de acreedores esta facultada incluso para aprobar los balances, y cualquier tipo de modificación estatutaria, inclusive para decidir aumento de capital por capitalización de créditos (art. 63 y 68.1), lo que significa el desplazamiento de la voluntad social de los socios a los acreedores. Como derecho residual los accionistas-socios mantienen el derecho de suscripción preferente en caso de capitalización de créditos so pena de nulidad en caso de violación (arts. 63 y 68.1)

El Receso del Socio

Frente a la realización por parte de la junta de acreedores de modificaciones estatutarias constituidas en la Ley de Sociedades como causales para el ejercicio de receso, los accionistas pueden ejercerlo dentro de los diez días ulteriores a la respectiva publicación por medio de carta notarial. El reembolso del valor de las acciones está subordinado al pago total de los créditos en la forma que resultare aprobado en el plan de reestructuración, salvo acuerdo de la junta en contrario en cuyo caso se aplicará el sistema de votación aludido *supra* art. 59. El valor de las acciones precedentes se determina conforme a la Ley General de Sociedades, art. 200 (art. 64.2).

El Plan de Reestructuración

La preparación del plan corresponde a la administración designada por la junta de acreedores. Remarca la nota de una fórmula de avanzada en la participación de los acreedores en la reestructuración en caso de que hubiere habido sustitución parcial o total en la administración, asignada a los propios acreedores.

“Constituye una peculiaridad del procedimiento la facultad de los acreedores reconocidos (verificados) de designar auditores, dentro de una terna de profesionales inscriptos en el INDECOPI, para vigilar el cumplimiento del plan de reestructuración e informar mensualmente al INDECOPI y a los acreedores (art. 35)”.

El objeto del plan de reestructuración es la extinción de las obligaciones del deudor y superar la crisis patrimonial (art. 66.1), por lo que debe contener el cronograma de pagos de la totalidad de las obligaciones, modo, monto, lugar, fecha y el régimen respecto de los créditos contingentes, y de los impugnados, bajo sanción de nulidad (art. 66.3).

El plazo para la aprobación del plan de reestructuración no debe exceder de los 60 días de la resolución de la junta de continuación de las actividades del deudor.

Créditos Laborales

Bajo sanción de nulidad el plan debe destinar prioritariamente a los acreedores laborales un 30% de los créditos que correspondan a remuneraciones y beneficios sociales del sistema de pensiones o previsionales (art. 66.4).

Mayoría para Decidir la Reestructuración Patrimonial

La mayoría requeridas para la aprobación del plan son las especificadas *supra* en el art. 53 para la adopción de acuerdos: en primera convocatoria el 66.6% de los créditos reconocidos y en segunda convocatoria, la misma proporción pero de los créditos asistentes (art. 66.5).

El plan aprobado vincula al deudor y a la totalidad de los acreedores, incluyendo a los disidentes, ausentes o tardíos y también al acreedor fiscal en la forma enunciada *supra* (art. 67.1 y 2); en cambio no se libera a los terceros garantes del deudor salvo que el acreedor beneficiario hubiere votado en favor del plan (art. 67.3), ni alcanza a las garantías constituidas por el deudor sobre sus propios bienes en beneficios de terceros, si hubieran estado contraídos antes de la fecha de publicación de la declaración del procedimiento (art. 67.5).

Capitalización y Condonación de Créditos

Independientemente del plan la junta puede decidir la capitalización y condonación de los créditos, respetando el derecho de suscripción preferente de los socios (art. 68.1), cuya aprobación requiere la formulación de dos bases de cómputo, como referimos *supra* art. 53.1

El acuerdo de capitalización debe prever creación de acciones iguales entre todos los acreedores. Quedan vinculados los disidentes, los ausentes en los mismos términos de los menos afectados entre los que hubieren votado a favor (art. 68.5).

Cuando la administración, o acreedores que representen el 30% del crédito reconocido consideren imposible la reestructuración patrimonial

se convocará la junta y decidirá con las mismas mayorías que fueron necesarias para la aprobación del plan (art. 70.2).

Controversias Sobre el Plan

Las controversias que se suscitaren sobre la ejecución o interpretación del plan de reestructuración serán decididas en el fuero judicial por vía sumarísima, salvo que la junta hubiere determinado el arbitral (art. 73)

La Vía Derivada a la Liquidación

El incumplimiento del Plan de Reestructuración habilita a los acreedores para requerir a la Comisión la declaración de disolución y liquidación, no pudiendo esta actuar de oficio (art. 67.4).

1.3.- Disolución y Liquidación (Cap. IV)

La vía alternativa al Acuerdo de Reestructuración, en el mismo marco legal del «Procedimiento Concursal Ordinario» es el convenio de disolución y liquidación.

Este procedimiento, como el de Reestructuración, tiene inicio a solicitud del deudor o de los acreedores. Su presupuesto material insoslayable es que las pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, superen el Capital Social pagado.

- a) Cuando se trate de solicitud del deudor este debe cumplir con alguna de las dos condiciones establecidas en el art. 24.1 para el acceso al Procedimiento Concursal Ordinario: (i) que más de un tercio de sus obligaciones estén en mora de pago por un periodo mayor a treinta días calendarios o, alternativamente, (ii) que tenga pérdidas acumuladas, previa deducción de las reservas, por un monto mayor al capital social pagado (art. 24.2 a) y b)).
- b) Cuando el Procedimiento Concursal Ordinario fuere actuado a instancia de acreedor, cumplidos los requisitos formales de admisibilidad exigidos por la ley y una vez emplazado el deudor, cuando el acreedor rechace el ofrecimiento de pago que pudiera formular el mismo, o la oposición del deudor resultare infundada o improcedente, o reconociere los créditos emplazados y se allanare, o cuando no se pronunciare sobre alguna alternativa para que presentare documentación contable exigida por el art. 27.1, corresponderá el decreto de disolución y liquidación, (siempre a condición de que las pérdidas acumuladas deducidas las reservas superen el capital social pagado).
- c) También, la junta de acreedores en su reunión de instalación puede emitir decisión sobre el destino del deudor, determinando la disolución

y liquidación de la persona jurídica (art. 50.4. b)) en cuyo caso, no podrá desarrollar la actividad del giro a partir de la suscripción del convenio de liquidación, salvo que decidiera la continuación de actividad en hipótesis que opte por la liquidación en marcha la que está exclusivamente dirigida a obtener un mayor valor de realización dentro de un plazo máximo de seis meses (art. 74.1 y 2).

- c.1) Cuando se hubiera aprobado un acuerdo de reestructuración la junta puede variar el destino del deudor en reestructuración a la disolución y liquidación en cuyo caso las funciones del representante legal y los órganos de administración son asumidos por el liquidador (art. 74.8).

La junta tratará la respectiva propuesta de convenio de liquidación. Si la junta no se instalase, o no tomare decisión sobre el destino del deudor, o no aprobara un plan de reestructuración, o no suscribiera un convenio de liquidación, o no designara reemplazo de un liquidador renunciante en los plazos de ley, será la Comisión la que dispondrá la disolución y liquidación del deudor (art. 96) y nombrará como liquidador a una entidad o persona registrada ante la Comisión en el registro que esta debe llevar (art. 74.3).

Durante el procedimiento de disolución y liquidación opera el fuero de atracción de todos los créditos, incluidos los que tengan causa o título posterior a la publicación. La Comisión tiene a su cargo la emisión de resolución de reconocimiento de créditos posteriores hasta la declaración de quiebra si esta aconteciere.

“Si la junta no se instalase, o no tomare decisión sobre el destino del deudor, o no aprobara un plan de reestructuración, o no suscribiera un convenio de liquidación, o no designara reemplazo de un liquidador renunciante en los plazos de ley, será la Comisión la que dispondrá la disolución y liquidación del deudor (art. 96)”.

El convenio de liquidación puede ser propuesto por el liquidador o por el deudor y su aprobación requiere las mismas mayorías establecidas *supra* respecto del plan de reestructuración (art. 77).

Debe contener bajo pena de nulidad todos los datos de identificación del deudor, del presidente de la junta, gastos estimados por el liquidador, honorarios de este, y los mecanismos a cargo del liquidador respecto de la información periódica, modalidades de realización de bienes, y régimen de intereses.

Debe ser publicado dentro de los 5 días requiriendo a quienes posean bienes y documentos del deudor su entrega inmediata al liquidador, debiendo inscribirse en el registro personal y los registros públicos en los que estén incriptos los bienes del deudor y cualquier otro registro de bienes o garantías sobre bienes del deudor, y en su caso en el Registro Mercantil y en el de Personas Jurídicas correspondientes (art. 77)

Las controversias relativas al convenio de liquidación deben resolverse en la misma forma que las referidas al plan de reestructuración esto es ante el fuero judicial o arbitral (arts. 79 y 73).

Los acreedores pueden intervenir en la toma de inventario que debe realizar el liquidador. La aprobación del convenio de liquidación por la junta es vinculante aún para los acreedores disidentes o ausentes pero no para el titular de garantías reales sobre bienes del deudor por obligaciones de terceros (art. 81).

En el procedimiento de liquidación, corresponden al liquidador todas las funciones dirigidas a la realización de los bienes. Las obligaciones de pago del deudor son exigibles aún cuando no estén vencidas con descuento de los intereses por el periodo que falta para el vencimiento (art. 82).

También están admitidos en el procedimiento de disolución y liquidación los acuerdos de condonación, que hubieren sido aprobados por las mayorías establecidas por la ley ya referida: que superen el 66,6% de los acreedores reconocidos y en segunda convocatoria de los que estuvieren presentes. Son también oponibles a los disidentes o ausentes o no reconocidos oportunamente en los mismos términos que los acreedores que votaron a favor y resulten menos afectados (art. 82 f)).

Si al realizarse la totalidad del patrimonio quedan acreedores pendientes de pago, el liquidador debe solicitar la declaración de quiebra del deudor dentro de los 30 días e informar a la Comisión, y al comité de acreedores o al Presidente de la junta (art. 88.7).

Si sobrevinieren incrementos patrimoniales y siempre que resulte viable la junta puede decidir la

transición de la liquidación a la reestructuración debiendo recordarse que en todo caso debe existir el presupuesto inexorable de inexistencia de pérdidas acumuladas superiores al total del capital social (art. 91.2).

1.3.1. Disolución y Liquidación a Instancias de la Comisión

Se dijo *supra* que si la junta de acreedores no se aprueba un plan de reestructuración o no se suscribe el convenio de liquidación, es la Comisión la que debe disponer la disolución y liquidación citando a una única junta para decidir la designación del liquidador y la aprobación o rechazo del convenio de liquidación. Esta junta tiene un quórum limitado a los acreedores reconocidos que hubieren asistido y la decisión requiere al voto favorable de acreedores que representen más del 50% de créditos asistentes (art. 97.2).

La junta no puede revertir la decisión de disolución y liquidación declarada por la Comisión.

Si la junta no se instala o no aprueba el acuerdo, la Comisión puede designar de oficio al liquidador y si no hay liquidador que asuma la responsabilidad se da por concluido el proceso. En el proceso de disolución y liquidación iniciado por la Comisión, se aplica el procedimiento anteriormente referido a la disolución y liquidación a instancia del deudor o de los acreedores.

2.- El Concurso Preventivo

El Procedimiento Concursal Preventivo constituye el instrumento conservativo típico a manos del deudor en crisis. Su instancia corresponde exclusivamente al deudor. La ley lo regula sobre la base de condiciones de admisión propias pero con estructura procedimental supletoriamente integrada por la regulación específica establecida para la vía de la reestructuración patrimonial en el Título II Cap. V.

Es condición de admisibilidad al concurso preventivo que el pasivo vencido e impago por más de 30 días calendario no supere el tercio del pasivo total ni que sus pérdidas acumuladas sean mayores a un tercio de su capital social pagado (art. 103.1). Es decir, que aquellos presupuestos materiales que constituyen la condición de admisibilidad para el Procedimiento Concursal Ordinario, son precisamente los que no deben existir, para la admisibilidad del Procedimiento Concursal Preventivo.

El concurso preventivo está dirigido a la propuesta por el deudor de un Acuerdo Global de Refinanciación cuando se encuentra en situación económica que no sea de grave apremio, pero no existan incentivos o estímulos en la ley tales como, podría ser, la determinación de mayorías menos

exigentes porque rige la exigencia de la misma mayoría requerida para la adopción del plan de reestructuración y del convenio de liquidación: en primera convocatoria el voto favorable de acreedores que representen créditos superiores al 66,6% de los reconocidos y en segunda convocatoria la misma proporción pero respecto de los créditos asistentes a la junta.

El procedimiento tiene características de mayor abreviación que el de reestructuración, lo que se revela en algunas notas como, por ejemplo, la improcedencia del reconocimiento de créditos tardíos (art. 105.1), lo que aparece como un escolzo beneficio, sin relevancia dirimente.

La admisión de la solicitud debe acompañarse de los mismos recaudos que la apertura del procedimiento de reestructuración (art. 104) y también es el mismo el procedimiento de reconocimiento de créditos (art. 105.2).

La Comisión, a pedido del deudor, puede disponer la suspensión de exigibilidad de los obligacionistas existentes.

El Acuerdo Global debe integrarse con el cronograma de pagos, interés aplicable a la deuda y garantías debe comprender a todos los créditos reconocidos y aún aquellos que no hubieren sido verificados pero devengados hasta la fecha de publicidad del procedimiento (art. 106.2).

El rechazo del Acuerdo Global por la junta pone fin al concurso preventivo salvo cuando el deudor hubiera solicitado la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones desde la publicación del procedimiento, en cuya hipótesis, si la junta que lo desaprobó hubiere dispuesto el inicio del concurso ordinario, la Comisión debe dictar resolución poniendo en movimiento dicha vía (art. 106.5 y 101.1).

Si el deudor incumple el pago de las obligaciones resultantes del Acuerdo Global de Refinanciación

aprobado, procede su resolución automática en cuyo caso cualquier acreedor puede solicitar el pago de su crédito por la vía y en las condiciones originarias, pues el Acuerdo Global no tiene efectos novatorios (art. 110).

El Procedimiento Concursal Preventivo no puede ser reiterado en el plazo de 12 meses desde su conclusión (art. 112), en orden a evitar abusos del uso del instituto.

3.- La Quiebra

El procedimiento de quiebra es eminentemente judicial y residual. No interviene aquí el INDECOP. Procede la declaración de quiebra cuando en los procedimientos de disolución y liquidación se extingue el patrimonio del deudor quedando acreedores impagos (art.99.1 y su envío al art. 88. 7) La petición corresponde al liquidador, y el juez, dentro de los 30 días de la solicitud verifica la extinción del patrimonio sobre la base del balance final de liquidación y declara la quiebra a incobrabilidad de las deudas (art. 99.2).

La quiebra significa la conclusión del concurso y el juez ordena el archivo y la inscripción de extinción del patrimonio emitiendo certificados de incobrabilidad para los acreedores impagos e inscribiéndose en el Registro Público. La incobrabilidad del crédito de una sucursal en quiebra no impide al acreedor procurar el pago frente al principal (art. 99.6).

Los efectos de la quiebra se traducen en inhabilitaciones e inhibiciones al deudor. La rehabilitación opera a los cinco años de la declaración, con lo cual cesa el estado de quiebra aún cuando los créditos se mantuvieren impagos siempre que el deudor acredite no haber sido condenado por delitos específicos o que no tiene procedimiento penal abierto por ellos (art. 101) 