

EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL PREVENTIVO EN LA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL Y LOS RECIENTES CRITERIOS DE LA SALA CONCURSAL DEL TRIBUNAL DEL INDECOPI

Ivo S. GAGLIUFFI PIERCECHI * **

Abogado por la Universidad de Lima,
Catedrático de Derecho Concursal en la Universidad de Lima,
Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**

SUMARIO

I. Introducción. - II. Definición, finalidad y principales características del Procedimiento Concursal Preventivo. - III. Estructura y desarrollo del Procedimiento Concursal Preventivo. - IV. Revisión de los principales criterios recientemente emitidos por la Sala Concursal.

I. INTRODUCCIÓN

La noción de un procedimiento de naturaleza concursal mediante el cual se pueda prevenir la crisis del deudor se remonta al Derecho Estatutario italiano, el mismo que no solo contempló el proceso de Quiebra para enfrentar dicha crisis, sino también la figura del Concordato Resolutorio para poner fin al propio proceso de Quiebra, así como el Concordato Preventivo para, precisamente, evitar tal crisis.¹ De este modo, el proceso de quiebra podía finalizar con un acuerdo entre el deudor y los acreedores a través de un Concordato Resolutorio; pero también el deudor podía adelantarse a dicho proceso de quiebra, a través del inicio de un Concordato Preventivo.²

La esencia del Concordato Preventivo de origen estatutario se ha mantenido a lo largo de la historia del Derecho Concursal y la legislación peruana no ha sido la excepción. Así, en la primera etapa del Derecho Concursal peruano, puede apreciarse que el Código de Comercio del 15 de febrero de 1902 contemplaba la figura de la Suspensión de Pagos, la misma que se trataba de un Concordato Preventivo.³ Posteriormente, la Ley 7566, Ley Procesal de Quiebras, de fecha

* Saludo a la Revista *Advocatus* por su Décima Edición y les deseo los mejores éxitos. He sido testigo privilegiado del esfuerzo de sus integrantes desde su inicio y aprecio la excelencia de su trabajo.

** Deseo expresar mi agradecimiento a Variosos Monzon Yca, Abogado por la Universidad de Lima, por su eficiente labor de investigación y comentarios; así como a la Secretaría Técnica de la Sala Concursal del Tribunal del INDECOPI, en especial a su Secretario Técnico, Luis Alberto León, por brindarnos las facilidades necesarias para realizar nuestra investigación.

¹ Según Gómez Lora: "Este acuerdo en la doctrina quiebrada que fue en la legislación estatutaria italiana desde que se le dio la denominación del concordato, en principio, como modo de poner fin a la quiebra, eliminando el estado de foletería (p.ej. concordato resolutorio); posteriormente también se contempló para llevarlo a cabo antes de la quiebra con la finalidad de evitarla (p.ej. concordato preventivo). Prácticamente en todas las ciudades italianas recibió consagración en la legislación el concordato, en sus dos variedades, siendo el Estatuto de Lucca (año 1756 y 1610) el primero en establecer el concordato preventivo...". GÓMEZ LORA, Osvaldo, "Introducción al estudio del Derecho Concursal". En: "Revista del Derecho Concursal y de las Obligaciones". Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 157.

² Sobre el particular, Tonón sostiene lo siguiente: "... regulado el procedimiento de quiebra, las estatutos comenzaron por aceptar que dentro del mismo procedimiento el deudor pudiera poner fin mediante un concordato, o sea, un acuerdo con sus acreedores, que debía contar con la adhesión de determinada mayoría del pasivo y según algunos estatutos, con determinada mayoría de acreedores. El acuerdo podía consistir en especie o en quiebra, pero tenía que ser igualitario. Con el tiempo algunos estatutos llegaron incluso a aceptar el concordato preventivo como medio para impedir la apertura de un procedimiento de quiebra. (...) mientras la quiebra y el concordato resolutorio existieron el paso del tiempo, el concordato preventivo se eclipsó y solo volvió a aparecer en la legislación belga en el año 1897". TONÓN, Antonio, *Derecho Concursal. Instituciones Generales*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992, Tomo I, pp. 3-3.

³ Cabe señalar que el Código de Comercio peruano de 1902 se sustentó en el Código de Comercio español de 1885, el mismo que estableció la denominada Suspensión de Pagos, la cual podía ser solicitada por el deudor al juez con la finalidad de celebrar un

1 de agosto de 1932, consagraba los convenios de liquidación extrajudicial, entre los cuales se comprendía uno de naturaleza preventiva.

Curiosamente, con el inicio de la segunda etapa del Derecho Concursal peruano, caracterizada por la "desjudicialización" del concurso o su desarrollo en sede administrativa, específicamente en el INDECOPI, a raíz de la expedición del Decreto Ley 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, de fecha 30 de diciembre de 1992, el legislador optó por consagrar únicamente el procedimiento de Declaración de Insolvencia, descartándose el Concordato Preventivo.⁴

La existencia de un único procedimiento concursal consistente en la Declaración de Insolvencia fue calificada como "talla única". Sin embargo, el INDECOPI consideró que el Sistema Concursal no estaba siendo accesible a todos los agentes económicos, sobre todo, para los pequeños deudores,⁵ motivo por el cual mediante la promulgación del Decreto Legislativo 845, Ley de Reestructuración Patrimonial, de fecha 21 de septiembre de 1996, se eliminó la "talla única" o, en otras palabras, se crearon "nuevas tallas", implementándose, por tanto, nuevos procedimientos concursales destinados a cubrir distintas necesidades, encontrándose entre ellos el denominado "Concurso Preventivo".⁶

De este modo, el Concurso Preventivo se incorporó en el Sistema Concursal con la finalidad de que los deudores tuviesen la oportunidad no solo de enfrentar una crisis, sino también de prevenirla con la debida anticipación, estableciéndose a tales efectos requisitos mínimos para el respectivo acogimiento, plazos breves para el desarrollo del correspondiente procedimiento concursal y costos reducidos.

No obstante ello, a pesar de las expectativas del INDECOPI en relación con el Concurso Preventivo, lo cierto es que las solicitudes de acogimiento al mismo fueron sumamente escasas (solo 10 procedimientos de Concurso Preventivo desde su implementación, durante los años 1997 y 1998), situación que motivó que dentro de los Documentos de Trabajo No. 004-1998 (publicado el 16 de diciembre de 1998) y No. 002-1999 (publicado el 29 de marzo de 1999) del Área de Estudios Económicos del INDECOPI, se plantearan diversas modificaciones destinadas a incentivar su empleo por parte de los deudores.⁷

convino con sus acreedores para prevenir el incumplimiento futuro de obligaciones o cuando se presentase dentro de los 48 horas siguientes de haber incumplido el pago.

⁴ Dentro de este esquema legal, la Junta de Acreedores solo podía acordar dentro de un procedimiento de Declaración de insolvencia la Reestructuración, la Disolución y Liquidación o la Declaración judicial de Quiebra del deudor.

⁵ Sobre el particular, el propio INDECOPI sostuvo en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 845 lo siguiente: "La Ley de Reestructuración Empresarial fue concebida como una norma destinada a apoyar y facilitar la recuperación económica y la reconversión de las principales empresas del país que en 1992 sufrían los efectos de la crisis económica heredada. Por este motivo, y atendiendo a que en ese momento no resultaba conveniente someter a las pequeñas y micro empresas a un régimen que, siendo mal utilizado, pudiera afectar su normal funcionamiento, los procedimientos diseñados en la norma requerían el cumplimiento de requisitos que en muy pocos casos podían ser atendidos por empresas con un patrimonio pequeño y que, por lo tanto no permitían el acceso de éstas a la protección del sistema concursal".

⁶ Del mismo modo, INDECOPI señaló en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 845 lo siguiente: "Con el fin de lograr que el régimen concursal sea accesible a todos los agentes económicos, se han regulado diferentes procedimientos que permitan a los interesados acogerse al que resulte más adecuado a su realidad. (...) Como último aspecto en cuanto a este tema, se establece el Concurso Preventivo al cual puede acogerse cualquier persona sin necesidad del requisito previo de la declaración de insolvencia".

⁷ En efecto, tanto en el Documento de Trabajo No. 004-1998, así como en el Documento de Trabajo No. 002-1999, el Área de Estudios Económicos del INDECOPI señalaba lo siguiente: "Una de las principales innovaciones introducidas por la Ley de Reestructuración Patrimonial fueron el proceso de concurso preventivo y el procedimiento simplificado. Las principales ventajas de estos procesos respecto del procedimiento de insolvencia son las siguientes: "Fueron previos para prevenir situaciones de insolvencia, lo el cual evita que prevenga la crisis resulto más eficiente y menos costoso que tratarla una vez que ya se presentó". Los requisitos para presentar la solicitud resultaban sumamente sencillos de cumplir, lo que reducía significativamente los costos

Estas modificaciones se concentraban en reducir aún más los requisitos de admisibilidad, establecer mecanismos de supervisión del acuerdo a favor de los acreedores, ampliar el plazo de negociación para la aprobación del acuerdo global de refinanciación, adelantar el inicio del marco de protección legal del patrimonio del deudor, entre otros. De este modo, dichas modificaciones fueron implementadas mediante la Ley 27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, de fecha 24 de junio de 1999, la misma que generó que se dictara un Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, aprobado mediante Decreto Supremo 014-99-ITINCI, de fecha 1 de noviembre de 1999.

Posteriormente, mediante el Documento de Trabajo No. 008-2000 del Área de Estudios Económicos de INDECOPI (publicado el 27 de agosto de 2000) se plantearon nuevas propuestas a fin de perfeccionar el Sistema Concursal, siendo una de las más representativas la simplificación de los procesos concursales mediante el regreso a una especie de "talla única", eliminándose el Concurso Preventivo, así como el Procedimiento Simplificado, el Procedimiento Transitorio y los procesos especiales para cooperativas agrarias y azucareras y pequeños agricultores.⁵

De este modo, se propuso la creación de un Procedimiento Único mediante el cual se decidiese la aprobación de un acuerdo preventivo de reorganización o un proceso de liquidación, debido a que se consideró que la proliferación de diversos procesos concursales debilitaba el Sistema Concursal, pues dispersaba el tratamiento normativo y dificultaba su entendimiento por parte de los usuarios. Como puede apreciarse, el objeto del Concurso Preventivo quedaba subsumido dentro del Procedimiento Único propuesto, toda vez que en este se contemplaba la posibilidad que un deudor se acoja al mismo cuando prevea que estará imposibilitado de afrontar oportunamente el pago de sus obligaciones.⁶

Ahora bien, cuando se inició el proceso de elaboración de la nueva norma concursal se propuso, en un primer momento, el mantenimiento de un solo proceso concursal, basado en la Declaración de Insolvencia, en el cual la Junta de Acreedores solo podía optar por la reestructuración patrimonial o por la disolución y liquidación del deudor.⁷

para acceder al mismo: "Los procedimientos se previeron con plazos cortos y determinados, lo que repercutió también en una reducción importante de los costos de acceso a ellos." *En consecuencia, a través del concurso preventivo o el procedimiento simplificado se podía obtener una reestructuración de deuda a costos bastante menores que los de un procedimiento de insolvencia.*"

⁵ En el Documento de Trabajo No. 008-2000 se señala lo siguiente: "... se propone la simplificación de los procesos de reestructuración patrimonial a un solo proceso en el que la junta de acreedores decidirá si el destino del deudor es un acuerdo preventivo de reorganización o un proceso de liquidación. Con ello, se otorgará a las agencias de mercado Predictibilidad sobre los posibles procesos de cobro a los que se enfrentarán en caso de crisis del deudor y se facilitará el entendimiento, uso y administración de los procesos que ofrece la Ley. Para ese fin, se propone eliminar el proceso simplificado, el concurso preventivo, el proceso de saneamiento transitorio y los procesos especiales para cooperativas agrarias azucareras y pequeños agricultores".

⁶ Efectivamente, al referirse a la existencia de diversos procesos concursales, el Documento de Trabajo No. 008-2000 retoma lo siguiente: "Pese a que tales procedimientos han sido diseñados con el objeto de que puedan consultarse en tratamientos orientados a facilitar la negociación entre el deudor en crisis y el universo de sus acreedores, la experiencia ha demostrado que el establecimiento de distintos procedimientos para regular situaciones de crisis patrimonial no contribuye al fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial, pues dispersa el tratamiento normativo y dificulta la actuación de los órganos encargados de su tramitación y supervisión".

En efecto, la duplicidad de las normas involucradas en cada uno de los procedimientos es susceptible de dificultar en las agencias del mercado un exitoso entendimiento del sistema de reestructuración patrimonial, pues éstas se encuentran frecuentemente ante una pluralidad de procesos con distintos regímenes de juego a las que tendrán que someterse para obtener el pago de los créditos y la supervisión de la crisis empresarial".

⁷ En relación con esta propuesta, por cierto radical, algunos especialistas constitucionales como Gonzalo De Las Casas advirtieron en su oportunidad lo siguiente: "... el concurso preventivo es fundamental y debería mantenerse y más bien el concurso ordinario debería consistir por el de tratarse según la liquidación. Debería haber dos procedimientos: el de concurso preventivo para aquellos empresas que acusan su crisis a tiempo y se reestructuran preventivamente para evitar la insolvencia, y la liquidación. No debería haber reestructuración patrimonial porque se confunde derechos de los acreedores con derechos de propietarios. Cuando una empresa se declara insolvente es porque no puede pagar sus deudas y lo que hay que hacer es venderla y no administrarla. Hay que hacer frente a la insolvencia según la liquidación". En: Diario Gestión de fecha 24 de abril de 2002.

Sin embargo, en el proyecto final que el INDECOPI remitió al Congreso de la República se consideró conveniente establecer la existencia de dos procedimientos concursales, a saber: el Procedimiento Concursal Ordinario (Declaración de Insolvencia) y el Procedimiento Concursal Preventivo (Concurso Preventivo).

El presente trabajo pretende exponer la naturaleza, objeto y principales características del Procedimiento Concursal Preventivo, revisando su estructura, así como los más recientes y relevantes pronunciamientos de la Sala Concursal del Tribunal del INDECOPI sobre la materia.

II. DEFINICIÓN, FINALIDAD Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL PREVENTIVO

El Procedimiento Concursal Preventivo es el mecanismo concursal mediante el cual el deudor en insolvencia relativa tiene la posibilidad de prevenir una situación de insolvencia absoluta,¹¹ es decir, una crisis financiera,¹² celebrando con sus acreedores estructurales un Acuerdo Global de Refinanciación (AGR) que implica una reprogramación de sus pagos en nuevos términos y condiciones.¹³

De este modo, la finalidad del Procedimiento Concursal Preventivo es clara y consiste en intentar prevenir una situación de crisis de tal magnitud que impida o dificulte al deudor afrontar el pago oportuno de las obligaciones que tiene pactadas con sus acreedores.¹⁴ Esta posibilidad preventiva se consigue a través de la elaboración y suscripción del instrumento concursal denominado AGR, entre el deudor y sus acreedores, el mismo que comprende las deudas concursales con el objeto de reprogramarlas.¹⁵

¹¹ Sobre los conceptos de "insolvencia absoluta" e "insolvencia relativa", Uría, Mercedes y Beltrán precisan lo siguiente: "Pero el empresario puede verse afectado en el ejercicio de su empresa por crisis económicas que no le permitan satisfacer sus obligaciones al vencimiento de las mismas, bien porque no disponga de patrimonio suficiente para cubrir las deudas, bien porque, teniéndolo, carezca éste de la necesaria liquidez para atender los pagos. La primera situación (insolvencia absoluta) es manifiestamente grave, porque supone el desequilibrio entre los valores patrimoniales activos y los pasivos, implica la existencia de un pasivo superior al activo (desequilibrio), y, en definitiva, refleja la impotencia del patrimonio para subsanar íntegramente las deudas contraídas. La otra situación (insolvencia relativa) es menos grave, porque al ser el activo superior al pasivo, la mera iliquidez patrimonial es un supuesto que sólo eventual y parajeronamente impedirá cumplir las obligaciones de pago". URÍA, Rodrigo; MENEZES, Aurelio, y BELTRÁN, Emilio. "Curso de Derecho Mercantil". Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 1999, Tomo II. (Capítulo 92.- Quiebra y Suspensión de Pagos). p. 867.

¹² Sobre el concepto de "crisis financiera", Baird señala que: "... implica que los ingresos de la empresa no son suficientes para devolver lo que ha tomado prestado. (...) La empresa está en buena situación respecto de sus actividades actuales, pero no puede pagar sus deudas. Esa empresa está en crisis financiera. La crisis financiera existe solo si una empresa tiene acreedores. Si los acreedores desaparecieran, el problema desaparecería y la empresa prosperaría". BAIRD, Douglas. *Atenas concursales aceptadas*. Etc. Titánis No. 45, Lima, 2002, p. 12.

¹³ Para Bonfanti y Garro: "La idea inspiradora del concurso preventivo, consistente en evitar la quiebra, requiere reflexión sobre los fines generales del proceso de quiebra y una verificación de los mismos. El proceso de quiebra, como la ejecución colectiva del patrimonio, concluirá, las más de las veces, con la destrucción de ese patrimonio. Normalmente se produce la desintegración del patrimonio del deudor y su dispersión, por la liquidación correspondiente. Se tiende a sustituir la desintegración con la unidad dinámica del patrimonio (empresa incluida), como bien económico del insoluto y de los aspectos institucionales concursales. El proceso concursal de concordato preventivo es el instituto para asegurar (si cabe la expresión), en particular modo, el camino para ese intento". BONFANTI, Mario y GARROSE, José Alberto. *Concurso y Quiebra*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 95.

¹⁴ La Sala Concursal del Tribunal del INDECOPI señala que el Procedimiento Concursal Preventivo: "... es un procedimiento cuyo objetivo es evitar la insolvencia del deudor cuando éste se encuentra en imposibilidad o dificultad para el pago oportuno de sus obligaciones, mediante una refinanciación de sus deudas, convalidada an ex parte para que los acreedores adopten una decisión sobre el Acuerdo Global de Refinanciación propuesta por la deudora". Resolución No. 0259-2003SCO-INDECOPI de fecha 11 de abril de 2003.

¹⁵ Según López Curbelo: "Este tipo de concordato lleva en sí mismo su definición. Por medio de él, el comerciante que previene la imposibilidad de cubrir sus deudas en las fechas de sus respectivos vencimientos, trata de prevenir o evitar la quiebra, llegando

En consecuencia, resulta manifiesta la intención del legislador en el sentido de que el Procedimiento Concursal Preventivo no persigue afrontar una situación de crisis dramática del deudor, sino más bien su objetivo es prevenir una crisis de tal naturaleza, partiendo de la premisa de que este deudor aún tiene la solvencia y liquidez necesarias para prevenirla mediante una negociación exitosa con sus acreedores.¹⁴

Como puede apreciarse, el Procedimiento Concursal Preventivo se diferencia del Procedimiento Concursal Ordinario, en líneas generales, en la oportunidad en la cual el deudor decide evaluar la crisis, debido a que en el primero de ellos el deudor la prevendrá, manteniendo la gestión del negocio y erumbando su propio destino económico; mientras que en el segundo de ellos el deudor deberá afrontarla en toda su magnitud, asumiendo sus acreedores el control del negocio y decidiendo su destino entre una reestructuración o una disolución y liquidación.¹⁵

A continuación exponemos las que, en nuestra opinión, son las principales características del Procedimiento Concursal Preventivo de acuerdo con la LGSC, entendiéndose que las mismas determinan, al mismo tiempo, las principales diferencias respecto del Procedimiento Concursal Ordinario regulado en el mismo cuerpo legal.

1. Exclusividad del deudor para su inicio

El Procedimiento Concursal Preventivo solo puede ser iniciado a solicitud del deudor, quedando excluida la posibilidad de que un acreedor o acreedores lo soliciten, a diferencia del Procedimiento Concursal Ordinario en el cual, tanto el deudor o el acreedor cuentan con la prerrogativa de solicitar su inicio.

Entendemos que esta facultad exclusiva y excluyente del deudor para solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Preventivo reposa en el hecho de que éste tiene acceso privilegiado y oportuno sobre la situación de su negocio o condición económica, pudiendo prevenir una potencial crisis, contando para ello como uno de los principales mecanismos con la proyección de sus flujos de ingresos, contrastándolos con los plazos de vencimiento de las obligaciones pactadas con sus acreedores.¹⁶

2. "Bandas de acceso o de crisis" son conservadoras y conjuntivas

El Procedimiento Concursal Preventivo, al partir de la premisa de que el deudor mediante el inicio del mismo persigue prevenir una crisis que implica la imposibilidad o dificultad en el

antes a su inteligencia con los míseros". LÓPEZ CURBELO, J. *Concepto y naturaleza del concurso en la suspensión de pagos*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 84.

¹⁴ Tal como advierte Del Águila: "El concurso preventivo no implica necesariamente que el patrimonio de aquella persona que desea arropar a este proceso se halle en una situación de insolvencia. Por el contrario, la subsistencia patrimonial o la falta de iliquidez deberían ser el punto de partida en esta clase de procesos al lo que se busca es asegurar una negociación exitosa". DEL ÁGUILA, Pablo. *Más vale prevenir que lamentar. El concurso preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana*. En: *Ínter* No. 20, Lima, 2000, p. 184.

¹⁵ Según la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (autoridad que se pronunció sobre la materia antes que la LEYC enara la Sala Concursal): "El procedimiento de declaración de insolvencia [por Procedimiento Concursal Ordinario] tiene por finalidad que los acreedores asuman el control del patrimonio de la deudora y decidan su reestructuración o liquidación, mientras que el concurso preventivo está orientado a que la deudora pueda proponer a sus acreedores únicamente la aprobación o no de un Acuerdo Global de Reorganización, sin que estos puedan decidir el destino de la insolvente". (Agregado nuestro). Resolución No. 109-2000/TDC-INDECOPI de fecha 16 de febrero de 2000.

¹⁶ La Sala Concursal confirma ello señalando que: "El procedimiento de Concurso Preventivo regulado en la derogada Ley de Reorganización Patrimonial, al igual que el Procedimiento Concursal Preventivo regulado en la Ley General del Sistema Concursal, sus procedimientos que se inician solamente a instancia del deudor. Es decir, estos procedimientos se inician con la presentación de la solicitud por el deudor". Resolución No. 0431-2003/SCO-INDECOPI de fecha 30 de mayo de 2003.

pago de sus obligaciones frente a sus acreedores, puede solicitarse únicamente si la insuficiencia patrimonial o el incumplimiento de obligaciones presentes se encuentran dentro de ratios conservadores.

En efecto, el deudor podrá solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Preventivo siempre que cumpla de manera conjunta con los siguientes requisitos: (i) que más de un tercio (1/3) del total de sus obligaciones no se encuentren vencidas e impagas por más de 30 días calendario; y, (ii) que sus pérdidas acumuladas, deducidas reservas, no superen un tercio (1/3) del capital social pagado.¹⁹

Por el contrario, en el caso del Procedimiento Concursal Ordinario, el deudor puede solicitar su inicio si encuentra en, cuando menos, alguno de los siguientes supuestos: (i) que más de un tercio (1/3) del total de sus obligaciones estén vencidas e impagas por más de 30 días calendario; y, (ii) que sus pérdidas acumuladas, deducidas reservas, sean mayores a un tercio (1/3) del capital social pagado.

De esta manera, el legislador impulsa la "cultura concursal" en los deudores, toda vez que el establecimiento de las "bandas de acceso o de crisis" fomenta la prevención de la crisis por parte de estos, antes que el ingreso del negocio a una situación de crisis extrema o insostenible.²⁰

La creación de las "bandas de acceso o crisis" es una de las innovaciones más resaltantes de la LGSC, toda vez que impide que aquellos deudores que se encuentran en una situación de insolvencia absoluta empleen indebidamente el Procedimiento Concursal Preventivo, destinado a prevenir precisamente dichas crisis, desnaturalizándolo, situación que se presentaba recurrentemente con la anterior legislación que no contaba con dichas delimitaciones, con la finalidad de impedir que los acreedores llevaran al deudor a concurso para reestructurarlo o liquidarlo, lo cual era una estrategia desleal.²¹

¹⁹ LGSC, Artículo 103- Requisitos para acogerse al procedimiento.

102.1 Cualquier deudor podrá solicitar el inicio de un Procedimiento Concursal Preventivo, que se regirá por el presente Título y aplicatoriamente por el Capítulo V del Título II, siempre que no se encuentre en ninguna de las situaciones establecidas en el primer párrafo del Artículo 24.
(...).

²⁰ La Exposición de Motivos del proyecto final de la LGSC precisaba lo siguiente: "... de la evaluación de la normalidad que ha regido nuestro Concurso Preventivo en sus diversas versiones se advierte que, en realidad, el carácter preventivo que debía acompañar a la actuación de los sujetos acogidos al mencionado procedimiento no era tal. Debido que se dejó la "puerta abierta" para ingresar a los procedimientos concursales sin requerir al solicitante que se ubique en una situación declarada de falta de insolvencia se perdió el carácter preventivo de los mismos. De este modo, cualquier persona podía usar el régimen preventivo o simplificado siendo totalmente insolvente. En utilización del Concurso Preventivo por parte de deudores que se encontraban en una situación más grave y distinta a aquella para la cual fue concebido tal procedimiento alternativo incidió de manera notoria en la pérdida de efectividad del mismo, así como en la vereda en su credibilidad por parte de los diversos operadores del mercado. Por ese motivo, la Ley introduce una innovación consistente en fijar la "línea demarcatoria" que separa a aquellos individuos que están aptos para acogerse al Procedimiento Concursal Preventivo, respecto de los que no lo están por hallarse ya en una situación de crisis manifiesta. Así, mediante la creación de bandas de acceso al procedimiento preventivo, se restringe el uso de este tipo de procedimientos a deudores cuya crisis resolutiva tiene una mayor gravedad".

²¹ Con anterioridad a la entrada en vigencia de la LGSC, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOP ya advertía el mal uso que daban los deudores al mecanismo preventivo: "La utilización del procedimiento preventivo se encuentra desnaturalizado por ser usado a la misma no como una alternativa previa de solución para una crisis coyuntural, sino como un medio para evadir la declaración de insolvencia, que es consecuencia del fracaso de un procedimiento transitorio en el cual el deudor se benefició con la liquidación de su patrimonio durante el tiempo que se trató el procedimiento, sin que la consecuencia inmediata fuera el eventual despojo de bienes y/o liquidación del patrimonio del deudor (...). Lo que se estaría permitiendo es que un deudor afilite sus vías previas de los procedimientos preventivos y transitorios para evitar la declaración de insolvencia que es lo que corresponde - como garantía de los propios acreedores - ante los procedimientos preventivos que fracasan en sus negociaciones. Ello puede tener consecuencias sustanciales serias para el crédito como institución, pues alarga la inevitabilidad de obligaciones".

3. Existencia de dos (2) modalidades para iniciar el procedimiento: "Paraguas concursal inmediato" o "Paraguas concursal mediato"

Como se sabe, en el Procedimiento Concursal Ordinario el deudor que se acoge al mismo o que es llevado a concurso por sus acreedores, cuenta con el "paraguas concursal" a partir de la publicación del respectivo Aviso Concursal mediante el cual se hace público el inicio del procedimiento. El "paraguas concursal" implica la generación de dos efectos de protección: (i) los acreedores concursales no pueden exigir al deudor el pago de sus obligaciones; y, (ii) los acreedores concursales no pueden ejecutar ningún bien del deudor o inscribir medidas cautelares que signifiquen un desapoderamiento de sus activos. De esta manera se pretende conservar la masa concursal a efectos que los acreedores no depreden el patrimonio del deudor mediante la ejecución individual de sus obligaciones en perjuicio del colectivo general.

Pues bien, en el caso del Procedimiento Concursal Preventivo el deudor tiene la facultad de elegir entre un "paraguas concursal inmediato" o un "paraguas concursal mediato". Nos explicamos.

En el Procedimiento Concursal Preventivo el deudor debe manifestar si desea un "paraguas concursal inmediato", esto es, la protección patrimonial a partir de la publicación del respectivo Aviso Concursal. Si el deudor no solicita dicha protección patrimonial al momento de iniciar el procedimiento, entonces contará con un "paraguas concursal mediato" que recién se producirá con la presentación del AGR debidamente certificado por el representante de la Autoridad Concursal, el mismo que contendrá las nuevas condiciones de refinanciación de sus obligaciones frente a todos sus acreedores concursales.

Obviamente, la solicitud del paraguas concursal inmediato o mediato tiene diferentes consecuencias. Así, en caso que el deudor solicite un "paraguas concursal inmediato", la consecuencia será que si la correspondiente Junta de Acreedores desaprueba su AGR, entonces esta podrá iniciar un Procedimiento Concursal Ordinario, tal como se verá más adelante. Por el contrario, si el deudor no solicita dicha protección, acogiéndose a un "paraguas concursal mediato", entonces, si bien sus acreedores estarán en la posibilidad de exigir el pago de sus obligaciones en los términos originalmente pactados o ejecutar el patrimonio del deudor, la consecuencia será que si la Junta de Acreedores desaprueba el AGR, no podrá iniciar un Procedimiento Concursal Ordinario, concluyendo el procedimiento.²² Esta discrecionalidad sobre la activación de los efectos del "paraguas concursal" a cargo del deudor, se explica en el hecho de que como se trata de un Procedimiento Concursal Preventivo se puede presumir que el deudor no requiere necesariamente de una protección inmediata de su patrimonio, toda vez que está previniendo una real situación

más allá de los supuestos que la ley considera necesarios". Resolución No. 109-2001/TDC-INDECOPE de fecha 16 de febrero de 2000 (Voto Singular emitido por el Vocal Dr. Alfredo Belland).

²² LGSC, "Artículo 108.- Suspensión de la exigibilidad de obligaciones.

108.1 Cuando el deudor lo solicite al iniciar el procedimiento, la publicación a que se refiere el Artículo 32 suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el concursado hubiera pendientes de pago devengadas hasta dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones. La suspensión antes mencionada durará hasta que se apruebe el Acuerdo Global de Refinanciación en el que se establezcan las condiciones referidas a la exigibilidad de de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable, de ser el caso.

108.2 En caso el deudor no solicite la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones a que se refiere el párrafo anterior, será la presentación del Acuerdo Global de Refinanciación, debidamente certificado por el representante de la Comisión, la que determinará las nuevas condiciones de refinanciación de todas las obligaciones del deudor devengadas hasta la publicación a que se refiere el Artículo 32.

108.3 Para los efectos a que se refieren los párrafos precedentes sin de aplicación las disposiciones contenidas en los Artículos 17, 18, 22 y 67, en la que resulte pertinente.

(...)

de crisis. Sin embargo, en la práctica no tenemos conocimiento de ningún caso en el cual el deudor no haya solicitado el "paraguas concursal inmediato" al acogerse al procedimiento.

4. El deudor mantiene la administración y gestión del negocio

Teniendo en consideración que mediante el Procedimiento Concursal Preventivo un deudor diligente intenta prevenir una situación de crisis que imposibilite o dificulte el pago oportuno a sus acreedores, resulta razonable que no pierda la administración y gestión de su negocio.²²

Efectivamente, si el deudor se encuentra aún en una situación de insolvencia relativa, ello implica que la gestión de sus órganos societarios no pueda calificarse negativamente. Así, el hecho de iniciar un procedimiento concursal destinado a prevenir una situación de crisis que perjudique dramáticamente a sus acreedores, tiene como "recompensa" que el deudor mantenga la administración y gestión de su negocio, pues su situación de insolvencia relativa no justifica la pérdida del mismo.

Sin perjuicio de ello, la legislación concursal no impide que los acreedores designen representantes que supervisen la administración y gestión del negocio del deudor mediante figuras como el Comité de Vigilancia, entre otras, siempre que las mismas no signifiquen decisiones empresariales al interior del negocio del deudor, sino únicamente la supervisión del mismo para evitar que se generen incumplimientos del AGR.²³

En consecuencia, como puede apreciarse, el mantenimiento de la administración y gestión por parte del deudor que solicita el inicio de un Procedimiento Concursal Preventivo, se constituye como un incentivo para que los deudores opten por prevenir sus crisis.

A diferencia de este caso, en el Procedimiento Concursal Ordinario, cuando se opta por la reestructuración patrimonial, el deudor pierde la administración y gestión del negocio a manos de la Junta de Acreedores al momento de instalarse, toda vez que ésta desplaza a la Junta de Accionistas o al máximo órgano societario del deudor²⁴ y, asimismo, puede designar un nuevo régimen de administración (aunque también puede mantener al deudor en la administración, si lo considera conveniente, lo cual ocurre, principalmente, cuando se trata de un negocio que requiere un *know how* muy especializado que el deudor ya posee).²⁵

²² Esta figura es conocida también en la doctrina anglosajona como "debtor in possession".

²³ La Sala Concursal ha declarado lo siguiente: "Las regimenes concursales modernos han estructurado una serie de mecanismos para resolver este problema. Uno de estos es el despostramiento, en virtud del cual el deudor es separado de la administración de la empresa y sustituido por la Junta de Acreedores, al momento de su instalación. Así, esta última se constituye en el principal órgano societario de la empresa, y sobre el cual recaen las consecuencias de las nuevas relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el administrador o liquidador designados por la propia Junta.

El otro mecanismo tiene por objeto reafirmar o reprogramar las obligaciones del deudor con el concurso de sus acreedores, quienes son los llamados a aceptar o no los nuevos términos en la relación contractual propuestos por el propio deudor. Este mecanismo, de naturaleza básicamente preventiva a la crisis empresarial, no supone un despostramiento ni pérdida de gestión (como sí pasa en el régimen anterior) en vista que su fin no es reinar facultades a la Junta de Accionistas o su equivalente, sino permitir un adecuado refinanciamiento de las obligaciones del deudor bajo el esquema concursal". Resolución No. 0300-2003/SCO-ENDECOPI de fecha 25 de abril de 2003.

²⁴ LGSC. "Artículo 63.- Atribuciones de la Junta de Acreedores durante la reestructuración.

63.1 Durante la reestructuración quedará en suspenso la competencia de la Junta de Accionistas o de Asociados o el síndico, cuyas funciones serán asumidas por la Junta. [...]"

²⁵ LGSC. "Artículo 61.- Régimen de administración.

61.1 La Junta acordará el régimen de administración temporal del deudor durante su reestructuración patrimonial. Para este efecto, podrá designar:

5. El principal objetivo es la aprobación del AGR

Si el Procedimiento Concursal Preventivo sólo puede ser iniciado por el deudor que se encuentre dentro de determinadas "bandas de acceso o crisis", manteniendo la administración y gestión del negocio, entonces el principal objetivo de este procedimiento será la aprobación o no del AGR, debido a que los acreedores reunidos en Junta no cuentan con la facultad de desplazar a los órganos societarios del deudor, ni de disponer su disolución y liquidación, sino, principalmente, decidir si aprueban o no el AGR.

Cabe señalar que la aprobación o desaprobación del AGR, si bien es el principal objetivo dentro de un Procedimiento Concursal Ordinario, no se constituye como el único, toda vez que la Junta de Acreedores puede reunirse posteriormente para modificar su contenido, interpretación que ha importado un relevante cambio de criterio por parte de la Sala Concursal, tal como se verá más adelante.

Ahora bien, el AGR se constituye como un negocio jurídico mediante el cual la Junta de Acreedores define los mecanismos de reprogramación de las acreencias concursales o estructurales. Estableciéndose nuevos términos y condiciones de pago. El AGR es oponible a todos los acreedores concursales del deudor, aunque hubiesen votado en contra del mismo o no hayan asistido a la respectiva sesión de la Junta de Acreedores.²⁷

El AGR debe contener obligatoriamente lo siguiente: (i) Cronograma de pagos de todos los créditos concursales (reconocidos o no); (ii) Tasas de interés aplicables; (iii) Garantías que ofrecerá el deudor, de ser el caso. Si no contiene esta información, entonces el AGR será nulo.²⁸

La determinación de la forma de pago o la modificación de tales condiciones de pago contenidas en el AGR es una facultad exclusiva de la Junta de Acreedores, no correspondiendo a la Autoridad Concursal pronunciarse sobre la misma. Así, como los acreedores tienen el derecho legal de aprobar o no el AGR, entonces se debe entender que son estos quienes adoptan sus decisiones de la manera más eficiente en relación con sus propios intereses,²⁹ motivo por el cual

a) La continuación del mismo régimen de administración.

b) La administración del deudor por un Administrador Inscrito ante la Comisión de conformidad con lo establecido en el Artículo 126; o,

c) Un sistema de administración mixta que mantenga en todo o en parte la administración del deudor e involucre obligatoriamente la participación de personas naturales y/o jurídicas designadas por la Junta.
[...].

²⁷ La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha señalado lo siguiente: "... los acuerdos que pudieran haber adoptado el deudor y acreedor sobre la exigibilidad de sus créditos o la forma de cancelación de los mismos, quedan sujetos, una vez iniciado el concurso, a los términos del Acuerdo Global de Refinanciación que apruebe la correspondiente Junta. En consecuencia, la oponibilidad del mencionado Acuerdo a los créditos que sean objeto del procedimiento es irrevocable". Resolución No. 0165-2009/TDC-INDECOPI de fecha 03 de mayo de 2009.

²⁸ Según López Curbuck: "El convenio preventivo porque siempre una finalidad preservativa o preventiva de la quiebra, en cambio representa la definición de un arreglo sustitutivo de la declaración de quiebra. Por otro parte, también tiene siempre una finalidad salvadora. Aquella está subordinada al éxito de esta última. El fin salvador del convenio depende básicamente de que los acreedores acepten una reestructuración o revisión del pasivo del deudor". LÓPEZ CURBUCK, J. Op. Cit. pp. 98-99.

²⁹ En efecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha señalado que: "... la determinación de la forma de pago de la deuda durante el proceso concursal o la modificación de tales condiciones, según fuere el caso, no es competencia de la autoridad administrativa, dado que de acuerdo a Ley, esta constituye una atribución exclusiva de la Junta de acreedores. (...) la legislación concursal vigente ha optado por transferir a los acreedores la responsabilidad de adoptar las decisiones que consideren más eficientes para la recuperación de sus créditos, dado que esto son los mayores afectados con la situación de incumplimiento del deudor y, por tanto, quienes tienen mayores intereses comprometidos en tal situación. En el caso del Concurso Preventivo, la reprogramación en el pago de las obligaciones se efectúa bajo el amparo del Acuerdo Global de Refinanciación aprobado por la Junta de acreedores..." Resolución No. 0421-2009/TDC-INDECOPI de fecha 02 de julio de 2009.

la jurisprudencia de los órganos funcionales del INDECOPI ha determinado que la aprobación del AGR equivale a un acuerdo transaccional del deudor con sus acreedores que resulta equiparable a una sentencia ejecutoriada.²⁸

6. Privilegio a los mecanismos preventivos

La última característica que posee el Procedimiento Concursal Preventivo es su privilegio frente al inicio de un Procedimiento Concursal Ordinario. Así, el legislador ha dispuesto que en caso que se presenten ante la Autoridad Concursal en la misma fecha, dos (2) solicitudes de distinta naturaleza, es decir, un Procedimiento Concursal Ordinario a solicitud de un acreedor o acreedores y un Procedimiento Concursal Preventivo a solicitud de deudor, prevalecerá este último, decretándose la suspensión del primero, el cual se reactivará solo si la solicitud de acogimiento al Procedimiento Concursal Preventivo es declarada inadmisibles o improcedente o si el AGR es desaprobado. En caso contrario, es decir, si se acoge la solicitud de inicio del Procedimiento Concursal Preventivo y el AGR es aprobado dentro del mismo, el Procedimiento Concursal Ordinario concluirá sin declaración sobre el fondo.²⁹

La opción del legislador por privilegiar la tramitación del Procedimiento Concursal Preventivo, suspendiendo la del Procedimiento Concursal Ordinario, cuando se presenten simultáneamente, reposa en los menores costos de transacción que implican los procedimientos de naturaleza preventiva y el derecho de los acreedores reunidos en Junta para desaprobado el AGR y, de este modo, poder reactivar el Procedimiento Concursal Ordinario de inmediato.³⁰

III. ESTRUCTURA Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL PREVENTIVO

Al igual que en el Procedimiento Concursal Ordinario, puede afirmarse que el Procedimiento Concursal Preventivo cuenta con dos (2) etapas procedimentales claramente diferenciadas: (i) la Etapa Pre Concursal; y, (ii) la Etapa Concursal.³¹

²⁸ La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha señalado que: "En buena cuenta y a efectos del acogimiento de la finalidad de la norma concursal, el acuerdo transaccional es equiparable a una sentencia ejecutoriada, en tanto ambas pueden conllevar la declaración firme de una obligación. En consecuencia, a tal acuerdo debe dársele similar tratamiento que a una sentencia, y no uno superior o privilegiado...". Resolución No. 0169-2000/TDC-INDECOPI de fecha 03 de mayo de 2000.

²⁹ LGSC "Artículo 9.- Tramitación de pluralidad de procedimientos frente a un mismo deudor.

(...)

9.2 Si dichas solicitudes hubieran sido presentadas en la misma fecha, prevalecerá el procedimiento concursal de naturaleza preventiva, decretándose la suspensión del procedimiento de naturaleza ordinaria.

9.3 Si en el procedimiento en el que se impulsa el trámite no se aprueba el acuerdo global de refinanciación, o no se declara el acogimiento al concurso, se reactivará la suspensión decretada y se continuará con el trámite del procedimiento subsistente. En caso contrario, los procedimientos suspendidos concluirán sin declaración sobre el fondo.

(...)

³⁰ La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha señalado lo siguiente: "De el marco de las normas aplicables a los procedimientos concursales, en anterior oportunidad, esta Sala ha entendido la necesidad de privilegiar los procedimientos preventivos frente a aquellos de insolvencia, pues una solicitud de la crisis en la etapa preventiva resulta siquier menos costosa que extender la búsqueda de dicha solicitud al procedimiento de insolvencia y porque en tal circunstancia la que finalmente se privilegia es la declaración de los propios acreedores quienes tienen toda la autoridad suficiente para desaprobar el Acuerdo Global de Refinanciación que se les proponga en un concurso preventivo y optar por continuar con la declaración de insolvencia en un grado mayor de intervención en la administración o liquidación del patrimonio del deudor". Resolución No. 109-2001/TDC-INDECOPI de fecha 16 de febrero de 2001.

³¹ Este criterio de diferenciar el Procedimiento Concursal Preventivo en Etapa Pre Concursal y Etapa Concursal se encuentra recogido en: Resolución No. 0601-2000/TDC-INDECOPI de fecha 30 de noviembre de 2001; y, Resolución No. 184-2003/SCC-INDECOPI de fecha 14 de marzo de 2003.

La Etapa Pre Concursal se inicia con la solicitud de acogimiento presentada por el deudor ante la Autoridad Concursal, continúa con la evaluación y pronunciamiento que se emite y culmina con la publicación del respectivo Aviso Concursal. Por su parte, la Etapa Concursal se inicia con la publicación del mencionado Aviso Concursal, continúa con la convocatoria a la Junta de Acreedores, la verificación de los créditos presentados y la aprobación o desaprobación del AGR, así como la posibilidad de realizar modificaciones en el AGR en caso de haber sido aprobado.²⁴

Como consecuencia de que en el Procedimiento Concursal Preventivo el principal objetivo es la aprobación o desaprobación del AGR, se reconoce que la estructura procedimental del mismo es más célere que la del Procedimiento Concursal Ordinario, instalando en menor plazo a la Junta de Acreedores²⁵ y, en tal sentido, el rol de la Autoridad Concursal se concentra, en especial en pronunciarse sobre el inicio del concurso, verificar los créditos y resolver las impugnaciones que se planteen contra el acuerdo de la Junta de Acreedores durante el desarrollo del procedimiento.²⁶

1. Etapa Pre Concursal: Desde la presentación de la solicitud de acogimiento hasta la publicación del Aviso Concursal

Como se ha señalado, el Procedimiento Concursal Preventivo puede ser iniciado únicamente a solicitud del deudor, presentando a tal efecto la correspondiente documentación ante la Autoridad Concursal que acredite encontrarse dentro de los ratios revisados en el punto II.2 del presente trabajo (bandas de acceso o de crisis).

Asimismo, debe recordarse que el deudor podrá solicitar a la Autoridad Concursal un "paraguas concursal inmediato" o un "paraguas concursal mediano" con las consecuencias procedimentales que ello implica, de acuerdo con los criterios revisados en el punto II.3 del presente trabajo.

Cabe señalar que a diferencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo 845), la LGSC no exige como requisito de admisibilidad la presentación por parte del deudor de un proyecto de AGR.

Ahora bien, en caso que el deudor cumpla con los requisitos de admisibilidad previstos en la LGSC, entonces la Autoridad Concursal tramita su solicitud y dispone la publicación del

²⁴ La Sala Concursal ha precisado que: "Cada una de dichas etapas admite la intervención de determinados sujetos quienes se encuentran legitimados para ello en función de sus intereses y la naturaleza de cada etapa procesal. En la primera etapa, la intervención está reservada solo a los directamente involucrados con el pedido (el propio deudor solicitante) y la autoridad concursal. Esto quiere decir que la relación jurídica procesal se establece entre los dos sujetos. En la segunda, la intervención se entiende a aquellos acreedores que ejercen su derecho a participar en el procedimiento solicitando el reconocimiento de sus créditos para integrar la Junta de Acreedores". Resolución No. 0450-2003/SCC-INDECOPI de fecha 06 de junio de 2003. El mismo criterio es: Resolución No. 0031-2003/SCC-INDECOPI de fecha 21 de enero de 2003.

²⁵ La Sala Concursal sostiene que: "La Ley, consistente que este procedimiento debe iniciarse únicamente a través de la publicación de la crisis patrimonial de un deudor ha dictado mecanismos más más ágiles y celeres con relación al procedimiento ordinario. Así, no solamente ha establecido bandas de acceso para restringir su uso por cualquier deudor, sino también mecanismos que incentivan una rápida realización de la Junta de Acreedores a fin de que esta se pronuncie sobre la propuesta de reorganización de pasivos formulada por el deudor concursado. De lo anterior se desprende que la intención de la norma ha sido la de disminuir la estructura del sistema concursal, privilegiando la transición célere de los procedimientos. Ello con el fin de garantizar una adecuada protección de los intereses del deudor y de la masa de acreedores". Resolución No. 0303-2003/SCC-INDECOPI de fecha 25 de abril de 2003.

²⁶ La Sala Concursal señala lo siguiente: "Por tanto, conforme al marco legal vigente que rige el concurso preventivo, el rol de la autoridad concursal consiste, principalmente, en realizar las actuaciones necesarias para disponer el inicio del concurso, desarrollar la labor de verificación de créditos a fin de establecer la conformación de la junta de acreedores y resolver todas aquellas impugnaciones que puedan plantearse contra los acuerdos que se adopten durante el desarrollo del proceso". Resolución No. 0421-2000/TC-INDECOPI de fecha 02 de julio de 2001.

respectivo Aviso Concursal, convocando a sus acreedores para que soliciten el reconocimiento de sus créditos dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a dicha publicación.

Al igual que en el Procedimiento Concursal Ordinario, no procede el reconocimiento de créditos tardíos, es decir, de aquellos créditos cuyo reconocimiento se solicite con posterioridad al vencimiento del plazo legal.

2. Etapas Concursales: Desde la publicación del Aviso Concursal hasta la aprobación y cumplimiento del AGR, o su desaprobación y posible inicio residual del Procedimiento Concursal Ordinario

Una vez publicado el Aviso Concursal e identificados los acreedores que solicitaron el reconocimiento de sus créditos, entonces la Autoridad Concursal procede a convocar a la Junta de Acreedores, a fin de que esta se instale y se pronuncie sobre la aprobación o desaprobación del AGR, en primera o segunda convocatoria.³⁷

La Junta de Acreedores debe decidir, necesariamente, dos temas de agenda en su sesión de instalación: (i) Elección de autoridades de la propia Junta (Presidente y Vicepresidente); y, (ii) Aprobación o desaprobación del AGR propuesto por el deudor.

Como puede apreciarse, a diferencia del Procedimiento Concursal Ordinario, en el Procedimiento Concursal Preventivo la Junta de Acreedores debe pronunciarse sobre la aprobación o desaprobación en la misma sesión de instalación, salvo prórroga excepcional de la decisión por un plazo máximo de quince (15) días hábiles adicionales.

Ahora bien, en relación con el AGR pueden presentarse dos (2) escenarios. El primer escenario se presentaría si la Junta de Acreedores aprueba el AGR, lo cual se obtiene con mayorías calificadas y, en tal sentido, el procedimiento no concluye, sino que continuará hasta que el deudor cumpla con el pago de todas las obligaciones de acuerdo con el cronograma y los términos y condiciones previstos en dicho documento, motivo por el cual la Junta podrá reunirse en posteriores oportunidades para tratar aspectos concernientes a dichos pagos.³⁸

El incumplimiento por parte del deudor respecto de alguna de las obligaciones previstas en el AGR, implicará la resolución automática del mismo, pudiendo cualquier acreedor solicitar el pago de los créditos mantenidos frente al deudor, en la vía que estime pertinente y en las condiciones originalmente pactadas. En otras palabras, el deudor pierde los beneficios del AGR

³⁷ En el Procedimiento Concursal Preventivo puede presentarse una situación de inexistencia de concurso, al igual que en el Procedimiento Concursal Ordinario, es decir, que no presente y sea reconocido como tal más de un (1) acreedor. Sobre este supuesto, la Sala Concursal señaló que: "Si bien la pluralidad de acreedores no constituye un requisito previo para que un deudor solicite acogerse al procedimiento de concurso preventivo, la presencia de estos se hace necesario para la constitución del procedimiento. Ello obedece al origen mismo de los procedimientos concursales, cuya propia denominación responde a la concurrencia, en un solo procedimiento, de una pluralidad de acreedores del deudor, que buscan lograr de la forma más ordenada el cobro de sus acreencias.

Además, debe mencionarse que el pronunciamiento que emite la autoridad concursal al respecto es declarativo y no constitutivo de la situación de inexistencia de concurso, de tal forma que una vez verificado el supuesto de inexistencia de concurso, el procedimiento de Concurso Preventivo concluye sin que sea necesario para ello que exista un pronunciamiento declarando tal situación". Resolución No. 0355-2003/SCO-INDECOPI de fecha 20 de mayo de 2003. El mismo criterio en Resolución No. 0563-2003/SCO-INDECOPI de fecha 1° de julio de 2003.

³⁸ LGSC. "Artículo 106.- Efectos de la aprobación del Acuerdo Global de Reorganización.

(...)

106.7 De aprobarse el Acuerdo Global de Reorganización, y siempre que este no hubiese quedado resuelto, la Junta tendrá la facultad de volver a reunirse exclusivamente para tratar aspectos concernientes a la reprogramación del pago de las obligaciones, respetando las formalidades de la Ley".

en cuanto a la reprogramación de los créditos concursales en los términos y condiciones del AGR, debiendo cumplir con el pago de los mismos, pero en sus términos y condiciones originales.³⁷

El segundo escenario se presentaría si la Junta de Acreedores desaprueba el AGR y, en consecuencia, concluye el Procedimiento Concursal Preventivo. Empero, recordemos las consecuencias de haber solicitado el "paraguas concursal inmediato" o el "paraguas concursal mediato", de acuerdo con lo señalado en el punto II.3 del presente trabajo.

En efecto, si el deudor solicitó el "paraguas concursal mediato", entonces con la desaprobación del AGR concluye definitivamente el Procedimiento Concursal Preventivo.³⁸ El deudor está sometido a un "período de inhibición" que consiste en que no podrá solicitar nuevamente el inicio de un Procedimiento Concursal Preventivo dentro de los doce (12) meses siguientes a la conclusión del anterior.³⁹

Sin embargo, si el deudor solicitó el "paraguas concursal inmediato", entonces la Junta de Acreedores que desaprueba el AGR tiene la facultad adicional de decidir si se inicia el Procedimiento Concursal Ordinario del deudor.⁴⁰ A tales efectos, se requiere el voto aprobatorio de acreedores que representen más del 50% de los créditos reconocidos,⁴¹ en primera convocatoria, o de acreedores que representen más del 50% de los créditos reconocidos asistentes en segunda convocatoria.⁴² En este supuesto, la Comisión declara el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario mediante resolución de carácter impugnabile. Los acreedores que estuvieron inmersos

³⁷ LGSC. "Artículo 118.- Incumplimiento del Acuerdo Global de Refinanciación.- Cuando el deudor incumpla con el pago de alguna de sus obligaciones en los términos establecidos en el Acuerdo Global de Refinanciación, este quedará automáticamente resuelto. En este caso, cualquier acreedor podrá solicitar el pago de los créditos que mantuviera frente al deudor, en las vías que estime pertinentes y en las condiciones originalmente pactadas".

³⁸ LGSC. "Artículo 106.- Efectos de la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciación.

f.-j.

106.4 La desaprobación del Acuerdo Global de Refinanciación determina la conclusión del Procedimiento Concursal Preventivo, con excepción del supuesto previsto en el Artículo 109.f).

f.-j.

³⁹ LGSC. "Artículo 112.- Período de inhibición.- El mismo deudor solamente podrá acogerse al Procedimiento Concursal Preventivo una vez cada doce (12) meses contados desde la conclusión del procedimiento anterior".

⁴⁰ LGSC. "Artículo 109.- Desaprobación del Acuerdo Global de Refinanciación.

109.1 De no aprobarse el Acuerdo Global de Refinanciación, en el caso en que el deudor solicite la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones desde la publicación establecida en el Artículo 32, la Comisión emitirá resolución disponiendo el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de dicho deudor, siempre que más del 50% de sus acreedores, en la Junta donde se desaprueba el Acuerdo Global de Refinanciación, acordaran el ingreso a dicho procedimiento. La resolución emitida por la Comisión es impugnabile.

f.-j.

⁴¹ Una innovación interesante de la LGSC es que ya no se requiere también el voto aprobatorio del propio deudor, lo cual era absurdo, pues este siempre intentando burlarse con su solo voto la decisión mayoritaria de los acreedores por iniciar el procedimiento de Declaración de Insolvencia (hay denominarlo Procedimiento Concursal Ordinario).

⁴² En relación con este porcentaje de aprobación, conviene destacar que en la LGSC se hace referencia a "más del 50% de sus acreedores", lo cual resulta confuso, pues podría interpretarse que se requeriría el voto de más del 50% de los acreedores del deudor, por cabezas, es decir, sin tener en consideración su participación porcentual en la Junta conforme a los créditos reconocidos que ostentan en la misma. Nuestra interpretación se sustenta en una revisión sistemática de la LGSC, en la cual la aprobación de acuerdos de Junta siempre se realiza sobre la base de los créditos reconocidos y no de los acreedores por cabezas. En el mismo sentido se pronuncian Beaman y Palma: "... la ley se equivoca cuando cita a "... más del 50% de sus acreedores ..." porque evidentemente lo que ha querido citar es a más del 50% de los créditos reconocidos. No se trata del número de personas naturales o jurídicas acreedoras, sino más bien del importe de los créditos reconocidos, conforme a todo el esquema legal previsto en esta ley". BEAUMONT, Ricardo y PALMA, José. *Comentarios a la nueva Ley General del Sistema Concursal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 130.

en el Procedimiento Concursal Preventivo no requerirán apersonarse nuevamente a este nuevo Procedimiento Concursal Ordinario, salvo que deseen la ampliación de sus créditos.⁴⁷

Como puede apreciarse, esta figura se constituye como un ingreso residual al Procedimiento Concursal Ordinario, vía la frustración de un Procedimiento Concursal Preventivo.

Por último, cabe destacar un eventual problema que se presentaría en la práctica en relación con este ingreso residual. En efecto, como se ha señalado, el inicio del Procedimiento Concursal Preventivo dependerá de que el deudor se encuentre dentro de una determinada "banda de acceso o de crisis" conservadora. Pues bien, si la Junta de Acreedores que desaprueba el AGR decide iniciar el Procedimiento Concursal Ordinario, entonces podría producirse una desnaturalización de las "bandas de acceso o de crisis", debido a que podría iniciarse el Procedimiento Concursal Ordinario de un deudor que no se encuentra dentro de las "bandas de acceso o de crisis" previstas para este procedimiento, las cuales son mayores que las del Procedimiento Concursal Preventivo, tal como se ha revisado en el punto II.2 del presente trabajo.

Quizás la solución podría encontrarse en la figura del inicio del Procedimiento Concursal Preventivo a solicitud de acreedores, en la cual se debe acreditar que el deudor mantiene impagos créditos vencidos por más de treinta (30) días hábiles y que en conjunto superan las cincuenta (50) UIT. De este modo, los acreedores que desaprobaron el AGR en el Procedimiento Concursal Preventivo y que, a su vez, votaron a favor del inicio del Procedimiento Concursal Ordinario podrían sustentar el inicio de este en virtud a este supuesto de créditos impagos.

IV. REVISIÓN DE LOS PRINCIPALES CRITERIOS RECIENTEMENTE EMITIDOS POR LA SALA CONCURSAL

Sin perjuicio de la importancia de los criterios de la Sala Concursal anotados en los puntos anteriores, consideramos que, recientemente, dicho órgano funcional ha emitido diversos pronunciamientos que merecen ser revisados independientemente en el presente punto en virtud a su trascendencia.

1. Criterio sobre la conclusión del Procedimiento Concursal Preventivo iniciado con la legislación anterior: ¿Puede la Junta de Acreedores reunirse después de aprobado el AGR?

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, órgano funcional que estaba encargado de resolver en segunda y última instancia administrativa las controversias en materia concursal hasta antes de la creación de la Sala Concursal por parte de la LGSC, consideraba que en el Concurso Preventivo (hoy Procedimiento Concursal Preventivo) existía una *única* Junta de Acreedores y que, una vez celebrada esta, aprobando o desaprobando el AGR, el procedimiento concluía.

En tal sentido, se entendía que, incluso en el caso en el cual la Junta de Acreedores aprobase el AGR, no existía la posibilidad de que esta pudiese ser convocada y reunirse en nuevas sesiones con posterioridad a la respectiva sesión en que se aprobó el citado instrumento concursal, debido a que la Ley de Reestructuración Patrimonial no preveía expresamente tal posibilidad.

⁴⁷ Según Rojas: "Esta norma resulta contraproducente pues lo que ha querido el legislador es evitar el doble gasto para los acreedores. Sin embargo, como la fecha de corte se corre a una nueva, los acreedores del concurso preventivo siempre tendrán que solicitar la ampliación de sus créditos reconocidos, con lo que se generan gastos. En todo caso, lo que debió señalarse es que la actualización de los créditos anteriores es realizada de oficio por la autoridad concursal y solo se considera nuevo crédito el que no fue evaluado con anterioridad". ROJAS, Juan Francisco, *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*, ARA Editores, Lima, 2002, p. 225.

Así, la Sala de Defensa de la Competencia estableció en reiteradas oportunidades el siguiente criterio:

"Como se desprende del marco normativo en referencia [Ley de Reestructuración Patrimonial], el Concurso Preventivo concluye con la celebración de la única junta que es necesaria en este procedimiento para que los acreedores manifiesten su aprobación o desaprobación a la propuesta de acuerdo global de refinanciación.

*Atendiendo al marco normativo reseñado, no existe sustento legal alguno que permita la realización de una segunda junta en el procedimiento de Concurso Preventivo, por lo que también será innecesaria la calificación de créditos después de la realización de la única junta, toda vez que dicho reconocimiento carecerá de efectos, al no existir una junta posterior"*⁴⁶ (Agregado nuestro).

La Sala Concursal ratificó en reiteradas oportunidades el mismo criterio de la Sala de Defensa de la Competencia expuesto líneas arriba.⁴⁷ Sin embargo, el criterio fue modificado a raíz de la Resolución No. 0838-2003/SCO-INDECOPI de fecha 23 de septiembre de 2003, mediante la cual se estableció que la anterior interpretación elevaba innecesariamente los costos de transacción al obligar al deudor y acreedores a que se inicie un nuevo Procedimiento Concursal Preventivo para poder variar los términos del AGR ya aprobado y, en tal sentido, la inexistencia de una norma que facultara expresamente a la Junta de Acreedores a reunirse con posterioridad a la aprobación del AGR, no debía ser considerada como una prohibición para ello. De este modo, el Procedimiento Concursal Preventivo se mantiene vigente mientras no se cumpla con la totalidad de términos y condiciones previstos en el AGR.

Así, la Sala Concursal ha establecido el siguiente criterio:

"Una interpretación que entienda que la Ley de Reestructuración Patrimonial impedía a los acreedores reunirse en junta a fin de modificar los términos del acuerdo global de refinanciamiento, atendiendo a que el procedimiento concluía con la aprobación del referido acuerdo, elevaría innecesariamente los costos de transacción de la negociación entre el deudor y sus acreedores, pues, a fin de modificar el acuerdo de refinanciamiento, tendría que presentarse una nueva solicitud de acogimiento, nuevas solicitudes de reconocimiento de créditos, formarse una nueva Junta de Acreedores, considerando incluso una nueva mesa de acreedores con la que debe negociarse, entre otras actividades. Ello incrementarían considerablemente los costos en tiempo y dinero para adoptar una decisión y que no justifica una ineficiente asignación de recursos como la antes descrita.

En este contexto, la falta de norma expresa que reconociera a los acreedores la posibilidad de reunirse a fin de modificar el acuerdo global de refinanciamiento no podía ser entendida

⁴⁶ Resolución No. 0125-2000/TDC-INDECOPI de fecha 23 de febrero de 2000. El mismo criterio en: Resolución No. 0648-2000/TDC-INDECOPI de fecha 28 de septiembre de 2001; Resolución No. 0446-2002/TDC-INDECOPI de fecha 17 de junio de 2002.

⁴⁷ Ver: Resolución No. 0050-2002/SCO-INDECOPI y 0055-2002/SCO de fecha 15 de noviembre de 2002; Resolución No. 0066-2002/SCO-INDECOPI de fecha 23 de noviembre de 2002; Resolución No. 0115-2002/SCO-INDECOPI de fecha 10 de diciembre de 2002; Resolución No. 0259-2003/SCO-INDECOPI de fecha 11 de abril de 2003; Resolución No. 0350-2003/SCO-INDECOPI, 0351-2003/SCO-INDECOPI y 0352-2003/SCO-INDECOPI de fecha 15 de mayo de 2003; Resolución No. 0760-2003/SCO-INDECOPI de fecha 20 de mayo de 2003.

Cabe señalar que la interpretación de que el Concurso Preventivo concluye con la aprobación del AGR, sería implícita de orden procesal, como puede apreciarse en el siguiente criterio de la propia Sala Concursal: "Al haber concluido el procedimiento de Concurso Preventivo por la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciación, la Comisión no debió conceder el recurso de apelación interpuesto por el señor Setomayor contra la Resolución No. 2686-2002/CRP-DEM-CÁMARA, toda vez que el pronunciamiento de la Sala sobre dicha impugnación no tendría efectos concursales. En consecuencia, corresponde declarar la nulidad del referido Concurso". Resolución No. 0113-2002/SCO-INDECOPI de fecha 30 de diciembre de 2002.

par el mismo como una prohibición de celebrar juntas posteriores y, en ese sentido, que el procedimiento preventivo concluye.

Por el contrario, ante el referido vacío normativo, era válido entender que los acreedores podían reunirse mientras no concluyera la ejecución del acuerdo global de refinanciación celebrada, pues en tanto ella no ocurriera, el procedimiento no habría cumplido con su finalidad de prevenir una situación de insolvencia que ponga en riesgo la capacidad de pago del deudor y, a su vez, la situación financiera de los acreedores y de la economía en general que se perjudican por la rotura de la cadena de pagos.*

Lógicamente, esta interpretación se reserva únicamente a aquellos casos de procedimiento preventivos iniciados bajo la vigencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial, pues la LGSC establece expresamente en el numeral 5 de su artículo 106 la facultad de la Junta de Acreedores para reunirse luego de aprobado el AGR para tratar exclusivamente aspectos concernientes a la reprogramación del pago de obligaciones.⁴⁸

Asimismo, el hecho de que la Sala Concursal haya determinado que la Junta de Acreedores de procedimientos preventivos iniciados bajo la vigencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial puede reunirse en sesiones posteriores, no abre la posibilidad para que los acreedores titulares de créditos cuyo reconocimiento haya sido solicitado tardíamente puedan participar en dichas sesiones.⁴⁹

2. Criterio sobre la nulidad del Procedimiento Concursal Preventivo por presentación de declaración falsa: dolo o culpa inexcusable

El artículo 113 de la Ley de Reestructuración Patrimonial establecía que si la Comisión constataba que el deudor no había declarado alguno de sus créditos concursales, entonces ello determinaba la conclusión del proceso y la nulidad del AGR, si hubiese sido aprobado por la Junta de Acreedores.

Actualmente, esta disposición ha sido recogida en diferentes términos por el artículo 111 de la LGSC, el cual dispone que si la Comisión constata la falsedad de las declaraciones efectuadas por el deudor en el curso del Procedimiento Concursal Preventivo, entonces dicho órgano funcional debe declarar la nulidad del procedimiento, así como del AGR, en caso de haber sido aprobado por la Junta de Acreedores.

Como puede apreciarse, la nueva norma no se limita a sancionar aquellas declaraciones relacionadas con la existencia de créditos del deudor, sino cualquier declaración falsa, siendo el efecto de su constatación no la conclusión del procedimiento, sino la nulidad del mismo, así como del respectivo GR aprobado.

Ahora bien, la duda que se presentaba estaba relacionada con aquellos supuestos en los cuales el deudor hubiese dejado de declarar un crédito por omisión involuntaria, considerándose que el castigo de la nulidad del procedimiento y del AGR, de ser el caso, sería excesivo o desproporcionado con una simple omisión no intencional.

⁴⁸ Ver Nota al Pie No. 38.

⁴⁹ La Sala Concursal ha precisado lo siguiente: "Ahora bien, esta misma interpretación no abre la posibilidad para el reconocimiento de créditos presentados a reconocimiento en forma tardía, pues la Ley de Reestructuración Patrimonial, al igual que la vigente Ley General del Sistema Concursal, no admiten tal posibilidad. Ello con el fin de lograr que la Junta de Acreedores esté conformada a lo largo de todo el procedimiento inicialmente por los acreedores que se presentaron a concurso oportunamente, dotándose con ello de seguridad a los acuerdos adoptados por la Junta y reduciéndose los costos de transacción en la negociación, debido a que desde el inicio los acreedores van a tener conocimiento de la conformación de la Junta y, por tanto, se quitan ya a recibir la decisión de aprobar el Acuerdo Global de Refinanciación y de, eventualmente, modificarlo". Resolución No. 08/0-2003/SCT-INDECOPI de fecha 22 de septiembre de 2003.

En ese orden de ideas, la Sala Concursal ha establecido que debe distinguirse entre la declaración falsa y la declaración errónea, ya que en el primer supuesto existe intencionalidad de engañar a la Comisión, mientras que en el segundo supuesto el deudor comete un error no intencional, motivo por el cual se concluye que la nulidad del procedimiento y del AGR será declarada solo si el deudor incurrió en dolo o culpa inexcusable al omitir la información o al brindarla.

Así, la Sala Concursal ha establecido el siguiente criterio:

"... debe distinguirse entre la declaración falsa y la simple declaración errónea, que es la que se da como resultado de un concepto equivocada que en la mente del agente difiere de la realidad. Mientras que en este último supuesto, la información se da por error, sin un acto consciente, en el primer caso existe intencionalidad, pues la información se da con el fin de engañar. Así, en la declaración falsa el agente tiene conciencia de la falta de adecuación entre lo que se expresa y la realidad, mientras que en la declaración errónea la falta de adecuación es involuntaria.

La existencia de intencionalidad en las declaraciones falaces nos lleva a concluir que el supuesto sancionado por el artículo 111 de la Ley General del Sistema Concursal no es producto de error sino de una conducta proveniente del dolo o de la culpa inexcusable. La acción u omisión que sanciona el artículo 111 en cuestión tiene que ser deliberada o intencional, ya que la consecuencia que se deriva es particularmente severa.

Así, el procedimiento no será inválido por el solo hecho de presentar información incompleta en la solicitud referida a los pasivos ante la autoridad concursal. La simple omisión no determina la invalidez per se del procedimiento, dado que siempre existe la posibilidad de que se presente una discrepancia en los pasivos. Sería desproporcionado interpretar que ante la aparición de una inconsistencia con la declaración inicial del deudor, el procedimiento siempre será nulo. La realidad económica de una empresa contiene factores que no siempre se encuentran bajo total control del deudor, por ejemplo, posibles demandas judiciales, denuncias administrativas, acotaciones tributarias, entre otras, de allí que resultaría injustificado pretender sancionar cualquier discrepancia con la automática invalidez del procedimiento".²⁸

Si bien el criterio de la Sala Concursal puede considerarse apropiado, lo cierto es que en la práctica la carga de la prueba para determinar si el deudor actuó o no con dolo o culpa inexcusable será bastante ardua, situación que podría terminar exculpando a deudores que utilicen indebidamente el Sistema Concursal.

²⁸ Resolución No. 0434-2003/SUCO-INDECOPI de fecha 30 de mayo de 2003. El mismo criterio en: Resolución No. 0183-2003/SUCO-INDECOPI de fecha 14 de marzo de 2003; Resolución No. 0644-2003/SUCO-INDECOPI de fecha 21 de julio de 2003; Resolución No. 807-2000/SUCO-INDECOPI de fecha 16 de septiembre de 2003.