

ACOTACIONES A LA LEY DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL

Tomás Sobrevilla Enciso

Dado que el Decreto-Ley 26116 no constituye una simple modificatoria, sino un cambio radical en materia concursal, cualquier comentario, por breve que sea, debe hacerse a **beneficio de inventario**, con las reservas del caso. De otra parte, debemos hacer presente que, por obvias razones, las acotaciones que siguen son de carácter **genérico** e inciden sobre los aspectos más relevantes de dicha Norma; y que, por Ley, ha de entenderse a la normatividad en su **conjunto**: el Dcto. Ley 26116 y su Reglamento.

ASPECTOS POSITIVOS DE LA LEY

PRIMERO. - Debemos destacar, ante todo, el valor, el coraje del Legislador, de haber llevado a cabo una reforma total, acorde a nuestras **realidades socio-económicas**. Reforma que, salvando las distancias, puede compararse a la operada en el campo del **Proceso Civil**. En efecto. El Legislador, lejos de añosos Proyectos de simple **maquillaje** de instituciones obsoletas, ha centrado su tarea innovadora en tres aspectos cardinales; **primero**; en una concepción de la **insolvencia**, muy distante de la vieja fórmula de **activo deficitario**; **segundo**; ha dado la máxima **prioridad** al primerísimo de sus objetivos: la **recuperación de las Empresas** en dificultades (superables); y, **tercero** ha relegado la **Quiebra** a un **último plano**, como extremo **final e inevitable**. En rigor, como un mero proceso de **Liquidación Judicial**. Ha quedado, pues, así, nuestro **Derecho Concursal** positivo dentro del contexto de las más **Modernas Legislaciones**.

SEGUNDO. - Aun cuando la Ley carece absolutamente de motivación (considerandos); a estarse a sus epígrafes y lo explícito de su texto, el Legislador ha partido, a nuestro entender, como base para la reforma, en primer término, del principio moderno, eminentemente social y **publicista**, de la concepción de la **Empresa** como una **unidad de producción**; y, en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, de la **necesidad social** de su **conservación y/o**

recuperación. Se trata, pues, en rigor, de una **Legislación de Salvamento.**

TERCERO.- En orden a las premisas que anteceden. Se ha elaborado una tratativa legal, respecto de las Empresas en situaciones de **desequilibrio económico o financiero**, transitorios y/o temporales; y, por ello **superables** o susceptibles de **recuperación**, una tratativa legal que favorezca y canalice su **reactivación** (reestructuración).

CUARTO.- Se ha creado dos clases de **Procedimiento**: uno de Corte netamente **Administrativo**, de carácter exclusivo y excluyente (declaratoria de **insolvencia y liquidación extrajudicial**) de competencia de un Ente u Organismo Administrativo; y otro, estrictamente **Judicial**, (el **Procedimiento de Quiebra**). Para los efectos de este tipo de **Procesos**, se ha establecido, como presupuesto o requisito **sine-qua-non**, un procedimiento previo o **Preliminar**: la **Declaratoria de Insolvencia** y el respectivo **Acuerdo de la Junta de Acreedores** (reconocidos) que debe decidir sobre el **Destino de la Empresa** (art. 5 de la Ley).

QUINTO.- **En cuanto a la Esfera Administrativa.**- El haberse trasladado toda la problemática relativa a la reestructuración de las Empresas y, en su caso, la liquidación de las mismas a dicho ámbito (**Indecopi-Comisión-Entes Delegados**) ello ha de traer, y está dando ya, desde un inicio, muy buenos resultados, por cuanto tales Organismos, conformados en su gran parte por profesionales calificados, del más alto nivel, en el campo propio de la actividad y administración empresarial, se hallan en las más óptimas condiciones para conocer y solucionar ese tipo de situaciones.

SEXTO.- **En lo referente a la Esfera Jurisdiccional.**- Constituye un acierto haberse limitado la intervención judicial exclusivamente al **Proceso de Quiebra** y, aun cuando el Legislador ha tomado como base el esquema Procesal de la **Ley Derogada**, se han efectuado a ese nivel reformas sustanciales que han materializado, principalmente, en la **abreviación y simplificación** del Procedimiento, entre las que podemos destacar como las más relevantes: **A).**- El **presupuesto**, como acotáramos, del **procedimiento preliminar** (declaración de insolvencia, acuerdo de Junta, etc.); **B).**- La abolición de la **Sindicatura de Quiebras**, encargándose sus funciones, para **cada caso**, a una Institución o Entidad **calificada**; **C).**- La exclusión del proceso de Quiebra de los **procedimientos**; en primer término: de **reconocimiento y prelación** (graduación) de **créditos**; en segundo lugar: de los **convenios extra-judiciales y judiciales**; y, tercero: el de **Calificación de la Quiebra**; **D).**- Haber derogado todo el farrago de las **Leyes modificatorias de la Ley 7566**, entre ellas la 21584 que, en la

práctica, con sus múltiples y engorrosos trámites (judiciales y administrativos), lejos de beneficiar a la **Masa Laboral**, era perjudicial a los **Trabajadores**, sobre todo al generar casi siempre conflictos; **E**).- Finalmente, internos entre ellos; **e**).- Por último, el haber situado, aunque sólo de modo implícito, al Procedimiento de **Quiebra**, como **modalidad**, ciertamente *sui-géneris*, del **Proceso de Ejecución del Derecho Común**, acorde con las pautas del **Nuevo Código Procesal Civil**, al cual con frecuencia se remite.

ASPECTOS NEGATIVOS DE LA LEY

PRIMERO.- Defectos de Sistemática. - Entre los más saltantes podemos destacar: **A**).- Un fraccionamiento indebido como innecesario, de una materia que, por su naturaleza y objeto, debe constituir una **Estructura Unitaria**, ahora **Desdoblada**, entre una **Ley** y un **Reglamento**; **B**).- En relación a lo anterior. La fragmentación de una institución integral, como lo es la **Quiebra**. En efecto; mientras la **Ley** (art. 20) regula los efectos **inmediatos**, y algunos efectos **retroactivos** de la declaratoria (art. 21), el **Reglamento**, por su parte, se ocupa de lo relativo al **Procedimiento**, así como también de determinados **efectos retroactivos**; **C**).- Un **Reglamento**, aunque de modo ampliado, resulta sólo repetitivo o reiterativo de lo ya dispuesto por la **Ley** respecto de la reestructuración y liquidación extra-judicial de las **Empresas**; **D**).- En lo concerniente al procedimiento de **Administración y Liquidación**, sobre todo en el capítulo de la **Quiebra**, hay cierto desorden y confusión en lo correspondiente a la mecánica; **E**).- Finalmente, pese al anuncio anticipado de la **Ley** (primera y quinta Disposición Transitoria), hasta la fecha no se han expedido las **Disposiciones Complementarias** que debieron resultar lo tocante a la **Quiebra** de las **Personas Naturales** y otras, referidas por la **Ley**, subsistiendo así el vacío legal originario.

SEGUNDO.- Cuestiones de Orden Sustantivo. - Entre los aspectos más saltantes podemos señalar: **A**).- Que la **Ley** al fijar en más de 50 UIT el monto de créditos impagos como requisito para la declaratoria de insolvencia, sólo termina favoreciendo a las **Empresas** de un capital considerable, dejando así de lado a las menores y pequeñas que, en realidad conforman la **mayoría** de la actividad **Empresarial**; **B**).- Tratándose de una **Legislación de Salvamento**, se hacía necesaria la presencia del Estado como elemento principal que interviniera y/o participara en forma efectiva en la recuperación de las **Empresas** (beneficios tributarios, moratorias, financiamiento, etc.); sin embargo, el Estado es el gran ausente de esta normatividad; **C**).- A estarse al texto de la **Ley**, se entrega al deudor -**Empresa**- totalmente a manos de sus acreedores, sin el contrapeso del

control -equilibrio- del Órgano Judicial o del Administrativo correspondiente (Indecopi-Comisión), de tal suerte que es la **Junta de Acreedores** la que tiene la plena potestad de decidir el **Destino** de la Empresa (art. 5 de la Ley). Es más: puede imponerle convenios **leoninos** extra-judiciales, bajo amenaza de declaratoria de quiebra en caso de negativa. Incluso, ya dentro del proceso judicial (quiebra), **La Junta** tiene la facultad de fijar las **pautas para la Administración y Liquidación de la Quiebra**.

TERCERO.- Cuestiones de Orden Procesal.- Es a este nivel que la Ley acusa las mayores deficiencias. Falta, en ambas esferas, la **Administrativa** y la **Judicial**, definición, precisión y claridad en la estructuración procedimental adecuada, para cada uno de esos niveles. En efecto:

A) En lo Concerniente al Procedimiento Administrativo.- Cabe destacar: **1).**- Respecto de la **competencia**. Se confiere a Entes meramente **Administrativos** (Indecopi-Comisión) facultades de carácter eminentemente **jurisdiccional**, de incumbencia del Poder Judicial, tales como la declaratoria de insolvencia, la calificación de los créditos (prelación y/o graduación), la impugnación (nulidad) de los convenios, etc.; **2).**- En lo referente al **Procedimiento en sí mismo**. A estarse a los arts. 3 de la Ley y 4 y 5 del Reglamento, no existe, o no se da, en el trámite para la declaratoria de insolvencia y citación a Junta de Acreedores, un verdadero esquema procesal, preciso, secuencial, ordenado y bien definido del **procedimiento** a seguirse: petitorio-demanda; citación-emplazamiento; audiencia de partes; prueba-defensa; resolución final, etc.; sino todo lo contrario; como sucede, por ejem.: con el procedimiento para el reconocimiento y prelación de los créditos (arts. 4, 2º Parl. de la Ley y 8 del Reglamento); tampoco existe una **secuencia procesal ordenada** respecto de la realización (instalación) de la **Primera Junta de Acreedores** (arts. 4 de la Ley y 7 y 9 del Reglamento); otro tanto ocurre en lo tocante a la **suspensión de medidas cautelares** y de determinados **procesos de ejecución** contra la Empresa (arts. 10 de la Ley y 18 del Reglamento).

B.- En lo relativo al Procedimiento de Quiebra.- Podemos señalar entre las deficiencias más saltantes: **1.-** En el caso de petición de Quiebra por el **Ministerio Público** (art. 35-4 del Regto.), la total ausencia-vacío- de un procedimiento **preliminar** (declaratoria de insolvencia, reconocimiento y prelación de créditos, etc.), **presupuesto** o requisito **sine-qua-non** para la **declaratoria de Quiebra**; **2.-** Imprecisiones en el **procedimiento inicial** de la declaratoria (auto) de quiebra, en los supuestos en los que, eventualmente, deba realizarse una **audiencia** previa a la declaratoria (art. 36 del Reglamento). Es obvio que la **audiencia** debía ser de **partes (ambas)**. De otro lado, ¿cuál ha de

ser la naturaleza de esa **audiencia?**; de **Conciliación?**; de **Pruebas?** (en armonía con el Nuevo Cód. Proc.Civil?) La Ley no la precisa; 3.- **Implicancias** (confusión) en lo referente a la **apelación del auto de quiebra**, cuando el art. 39 del Reglamento prescribe, de una parte que la apelación será en **ambos efectos** mientras que, por otro lado, dispone que dicho recurso se tramite como **incidente** (apelación en un solo efecto?); 4.- Finalmente; para no extendernos más, se incurre en lamentable **confusión procesal** en la regulación de las **Acciones Reivindicatoria** (terceros **Propietarios**) y **Resolutoria** (terceros **vendedores**). Acciones absolutamente diferentes, tanto por su naturaleza cuanto por sus mecanismos procesales. Acciones que, por otra parte, han sido fusionadas, incomprensiblemente, por el Reglamento, **bajo un mismo procedimiento** (arts. 45 y 46 del Regto.)

CONCLUSIONES - SUGERENCIAS

I.- CONCLUSIONES

PRIMERO.- Las deficiencias (aspectos negativos) de la Ley son, principalmente, de carácter formal más que de orden sustantivo o de fondo. Atinentes a la sistemática, algunos vacíos e incongruencias y, sobre todo, de **naturaleza Procedimental**; deficiencias, en todo caso, superables a nuestro parecer, en la forma sugerida más adelante.

SEGUNDO.- La **bondad** de las Leyes debe medirse por sus **resultados**, a lo que, obviamente, debe añadirse la **calidad** de los llamados a aplicarlas. Una Ley que tiene por presupuesto una realidad dada, y responde a las **exigencias de esa realidad**, y un **Organismo Técnico** altamente **calificado** (Indecopi-Comisión, Cámaras de Comercio, etc.), obviamente, tiene que dar óptimos resultados, como ya viene ocurriendo desde un inicio.

TERCERO.- Al haberse optado por una **Legislación de Salvamento**, se ha cortado, prácticamente de raíz, la extinción o, más propiamente, la destrucción de las Empresas en dificultades o en situaciones de desequilibrio, como venía sucediendo desde décadas atrás con la Legislación Derogada.

CUARTO.- En relación con el punto precedente. Al haberse partido de la moderna concepción de "Empresa" como **Unidad de Producción**, dándose así la máxima prioridad a su recuperación, relegando a la **Quiebra**, como situación extrema, **final e inevitable**, se ha logrado un objetivo altamente **positivo**.

QUINTO.- Acorde a los criterios anotados. La creación de una **Instancia Administrativa** (procedimiento) **excluyente** de la esfera Jurisdiccional Común, ha de dar, y ya está dando, desde un comienzo (aun mucho antes de la expedición del Reglamento) positivos beneficios, por cuanto; toda la nulidad (art. 22 del Reglamento) se ha encomendado en su integridad a **Organismos Técnicos calificados**; factores y circunstancias que justifican la exclusión de la **Justicia Ordinaria**, la que por obvias razones no se halla en situación ni condiciones de conocer realidades propias y consustanciales a la actividad Empresarial. Es más; los **Tribunales Administrativos** (Indecopi-Comisión) han asumido **ab-initio** un rol activo, proyectándose como elementos **catalizadores, de tipo Arbitral**, a efectos de **conciliar** los intereses de **ambas partes**.

SEPTIMO.- En relación a la **Quiebra**.- Aun cuando es prematuro adelantar opinión al respecto, en base a la nueva estructura del **Proceso Concursal**, y a los resultados iniciales en la **aplicación** de la Nueva Ley, podemos, desde ya, prever sus futuras consecuencias; la relegación de la **Quiebra a un último lugar** y, cuantitativamente, a su **más mínima expresión**. En todo caso, ha de tratarse de un **procedimiento excepcional**; como extremo inevitable o fatal, de vigencia únicamente ante la imposibilidad, o fracaso, de la recuperación de las Empresas y, en su caso, la liquidación extra-judicial. La conclusión favorable a la nueva Ley es, pues, obvia.

II. SUGERENCIAS

No basta que una Ley, pese a sus deficiencias, dé óptimos resultados. Precisa, por interesar al **Sistema Jurídico** de una Nación, establecer en todo **Ordenamiento Legal**, un equilibrio armónico entre lo **material, sustantivo** o de **fondo** (realidades socio-económicas) y la correcta **Normatividad Jurídica Formal** o **procedimental** que regule tales situaciones. De lo contrario podría caerse, a la postre, en el riesgo de la **informalidad** legal. En orden a lo expuesto, a nuestro modesto criterio, la Novísima Ley 26116 requiere de un reajuste o reestructuración **integral** para lo cual nos permitimos sugerir, en líneas generales, lo siguiente:

PRIMERO.- En relación a la **Sistemática**.- **A).**- La eliminación de la fragmentación normativa: **Ley y Reglamento**, estructurando un **Ordenamiento Integral** y único; **B).**- Que tal Ordenamiento unitario comprenda: en una **PRIMERA PARTE**; en la **Esfera Administrativa**; lo concerniente: **1.-** A la **Reestructuración Empresarial**; y, **2.-** A La **Liquidación Extrajudicial**; y, en

una **SEGUNDA PARTE**: todo lo referente al **Procedimiento Judicial de Quiebra**.

SEGUNDO.- Reforzamiento o ampliación de la atribuciones y facultades de la Indecopi (Comisión, Tribunal, Entes Delegados, etc.); **A**.- En orden a los mismos principios y criterios establecidos, para el Organismo Jurisdiccional, por el **Nuevo Código Procesal Civil** (dirección del proceso administrativo; exhortación a la conciliación, proponiendo fórmulas a ese efecto, etc.); **B**.- De **intervención**, de esa entidad, como elemento de **control y equilibrio** en los convenios de **liquidación extra-judicial** a fin de evitar abusos, imposiciones o acuerdos lesivos al deudor (Empresa), bajo **amenaza de quiebra**.

TERCERO.- Establecer, expresamente, el **deber** (obligación) del Estado de participar, o contribuir, a la **recuperación** de las Empresas en crisis o **desequilibrio financiero temporal** y en condiciones o capacidad de **reactivación**.

CUARTO.- En cuanto al **Aspecto Procedimental**.- **A**.- A nivel de **Esfera Administrativa** (petitorio-demanda; audiencia de partes; prueba-defensa; resolución, etc.) respecto: **1**.- De la **declaratoria de insolvencia**; **2**.- Del **reconocimiento y prelación de créditos**; **3**.- De la **instalación de la Junta de Acreedores** (primera Junta) y los subsiguientes **Acuerdos de la Junta** (art. 5 de la Ley). **B**.- A nivel de **Procedimiento Judicial de Quiebra**.- Igualmente; una adecuada y bien definida **reestructuración procedimental**; principalmente en relación: **1**.- De la **petición o demanda** (titularidad y/o legitimidad para accionar), **2**.- De la **declaratoria** (auto) de quiebra, y los respectivos **medios impugnatorios** (recursos); **3**.- En lo referente a la **administración y liquidación** de la Quiebra. Un **reordenamiento** de los respectivos procedimientos, otorgando al Juez, a pedido de parte, el control de determinados **actos o situaciones procesales**, tales como la venta o remate de ciertos bienes, rendición de cuentas por el Ente Administrador-Liquidador, tacha y/o aprobación de las mismas, etc.; **4**.- Regular, debida y adecuadamente, las acciones: **Reivindicatoria** (terceros propietarios) y **Resolutoria** (terceros vendedores).

QUINTO.- En lo tocante a la **Responsabilidad Penal en el Proceso Concursal**.- Dado el hecho de que muchas veces, como es público y notorio, detrás de las **falencias** empresariales, se esconden verdaderos ilícitos punibles (estafas, defraudaciones, etc.) Precisa establecer: **A**.- a nivel de **Procedimiento Administrativo**: el **deber** de La **Comisión** o del **Tribunal**, de Indecopi de denunciar, o poner en conocimiento del **Ministerio Público**, en los casos en que se presenten **indicios** de causa de la suspensión o cesación de pagos; **B**.- En el **Procedimiento de Quiebra**; disponer como **imperativo o deber** (obligación)

de **Juez**, de oficio, o, en su caso, a pedido de parte, de denunciar tales hechos o, por lo menos, ponerlos en conocimiento del **Fiscal Provincial**.

SEXTO.- Finalmente. En relación a las **Pequeñas Empresas y las Personas Naturales** que ejercen el comercio, darles la opción de acogerse a los **beneficios de la Ley**; y, en su caso, regular la circunstancias excepcionales, en que procedería su declaración de **Quiebra**.