
El procedimiento transitorio: ¿Fortalecimiento o debilitamiento del sistema de reestructuración patrimonial?

Ivo Gagliuffi Piercechi
Abogado.

1 Introducción al tema: el nuevo Sistema de Reestructuración Patrimonial.

Como consecuencia de la crítica coyuntura económica por la que atraviesa el país, la misma que afecta irremediabilmente al sector empresarial nacional, los procedimientos concursales han cobrado una enorme trascendencia, toda vez que mediante éstos las empresas insolventes acceden a la posibilidad de mantenerse en el mercado, siempre y cuando dicha alternativa sea viable o, en caso contrario, se disuelven y liquidan, pero de tal forma que su salida del mismo se realice organizadamente, es decir, cumpliendo con sus obligaciones frente a la masa de acreedores correspondiente, respetando un orden de preferencia y hasta donde la realización de sus activos lo permita.

Sin embargo, las alternativas contenidas en el régimen concursal no se limitan únicamente al tratamiento del estado de insolvencia de las empresas, mediante su reestructuración o una eventual disolución

y liquidación, sino que también contemplan procedimientos preventivos a dicho estado, a saber: el Procedimiento Simplificado, el Concurso Preventivo y, recientemente, el Procedimiento Transitorio⁽¹⁾.

El nuevo Sistema de Reestructuración Patrimonial se constituye como el resultado práctico del drástico cambio conceptual suscitado en el legislador en relación con la regulación de las situaciones patrimoniales críticas, debido a diferentes factores, como la adopción por los sucesivos gobiernos de diversas políticas o regímenes económicos, entre otros, los mismos que serán expuestos más adelante, todo ello sustentado en una adecuada técnica legislativa.

En efecto, el antiguo régimen concursal se sostuvo sobre la base de la Ley No.7566, Ley Procesal de Quiebras, de fecha 02 de agosto de 1932, la misma que se mantuvo vigente por seis décadas, aunque sufriendo diversas modificaciones. Esta norma poseía una visión sumamente restringida respecto del rol de la empresa dentro del engranaje económico,

(1) Resulta necesario señalar que el actual sistema concursal ha establecido un régimen aplicable a las personas naturales, realicen o no actividad empresarial, así como a las personas jurídicas que no realizan dicha actividad, incorporándose el procedimiento denominado Concurso de Acreedores. Según Echeandía, si bien el Derecho Concursal nació como parte del Derecho Mercantil y se desarrolla en estrecha relación con el mismo, aquél debe abandonar la esfera meramente mercantil para integrar a las personas, independientemente de su actividad, toda vez que la evolución del Derecho Patrimonial, como disciplina dedicada a regular las situaciones vinculadas con los derechos patrimoniales de las personas, permite generar con mayor facilidad mecanismos aplicables tanto a las relaciones mercantiles, como a las situaciones concursales derivadas de crisis no empresariales. De este modo, el régimen concursal amplía su ámbito de aplicación a las personas naturales o jurídicas que no realizan actividad empresarial, incorporándose a la esfera del Derecho Patrimonial. ECHEANDÍA, Francisco. *La insolvencia no es cosa de juego: cuando en los concursos se apuesta por salvar empresas viables*. En: *Themis-Revista de Derecho*. Segunda Época. No.34. Lima, 1996. pp.217 y ss.

considerándola como una unidad autónoma en el mercado, desconociendo así los diversos intereses que confluyen hacia la misma y, en consecuencia, cuando se producía una situación de insolvencia, privilegiaba la liquidación del patrimonio de la empresa deudora.

Tal percepción encontraba una atmósfera propicia en razón que el proceso se desarrollaba en sede judicial, siendo competente de conocerlo el Juez Civil, y recayendo la responsabilidad de su ejecución en un empleado judicial: el Síndico de Quiebras, quien en la práctica se constituía como el funcionario que manejaba dicho proceso.

La decisión de modificar radicalmente el régimen concursal, debido a su obsolescencia, se manifestó mediante la expedición del Decreto Ley No.26116, Ley de Reestructuración Empresarial, de fecha 30 de diciembre de 1992. El nuevo dispositivo tuvo por objeto “otorgar al sector empresarial herramientas para enfrentar los efectos de la crisis económica de los últimos años, caracterizada por la devaluación del tipo cambiario, la hiperinflación y la falta de preparación para competir en una economía de libre mercado con una acentuada tendencia a la globalización⁽²⁾”.

De este modo, se abandonaron los principios rectores de la antigua legislación, caracterizándose el nuevo régimen concursal, fundamentalmente, por dos aspectos: (i) la priorización del reflotamiento de las empresas viables, antes que privilegiar su salida del mercado; y (ii) la “desjudicialización” del proceso a efectos de trasladar su desarrollo a sede administrativa, reemplazándose la conducción que ejercía el antiguo Síndico de Quiebras por la de la Junta de Acreedores, bajo el raciocinio de que éstos adoptarán una decisión más conveniente sobre el patrimonio del deudor en tanto interesados directos, simplificándose el procedimiento y otorgándole mayor celeridad, siendo la nueva autoridad competente para conocerlo la Comisión de Salida del Mercado del INDECOPI (hoy denominada: “Comisión de Reestructuración Patrimonial”) y, únicamente en caso de que el procedimiento deviniera en la quiebra del deudor, tal etapa sería competencia del Juez Civil.

No obstante las modificaciones operadas, el

régimen concursal reveló una serie de fisuras, las mismas que se justificarían producto de la implementación de una concepción totalmente novedosa. En consecuencia, resultaba necesaria la reformulación del sistema de reestructuración patrimonial a fin de lograr una normatividad aún más acorde con la realidad económica, pero esencialmente destinada a evitar, en la medida de lo posible, la salida del mercado de las empresas, no sólo mediante mecanismos que contrarrestaran la situación de insolvencia, sino también a través de mecanismos que la previnieran.

En tal sentido, mediante el Decreto Legislativo No.845, Ley de Reestructuración Patrimonial, de fecha 21 de septiembre de 1996, se reformó el ordenamiento prescrito por el Decreto Ley No.26116, en razón que éste no respondió a las expectativas, al lograr que únicamente en la cuarta parte de los procedimientos de insolvencia se optase por los mecanismos de reestructuración.

La principal innovación la constituyó la eliminación conceptual del “procedimiento de talla única”, es decir, la existencia del procedimiento de Declaración de Insolvencia como solitaria alternativa concursal para todas las empresas que se encontrasen en dificultades de afrontar el cumplimiento de sus pasivos o con pérdidas patrimoniales, independientemente de las causas que motivaran tal situación económica crítica, o de la dimensión de dichas empresas, exigiéndoseles a todas ellas los mismos requisitos y formalidades. Esta política concursal generó consecuencias prácticas negativas, en razón que las pequeñas y medianas empresas se vieron disuadidas de acogerse al procedimiento o, una vez sometidas al mismo, se encontraron imposibilitadas de cumplir con sus exigencias.

Asimismo, como puede inferirse, tal legislación concursal no contemplaba procedimiento preventivo alguno, es decir que la normatividad no anticipaba el estado crítico de insolvencia, sino que se limitaba únicamente a intentar contrarrestarlo una vez que éste se producía. Esta circunstancia constituía una desventaja no sólo respecto de las pequeñas y medianas

(2) INDECOPI. *Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No.845, Ley de Reestructuración Patrimonial*. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 21 de septiembre de 1996. p.142775.

empresas, sino que afectaba también a las grandes empresas, encontrándose todas ellas impedidas de acudir a alguna solución legal que les permitiese evitar la insolvencia.

Del mismo modo, otra de las graves omisiones en que incurrió el anterior régimen concursal fue la falta de regulación respecto de las personas naturales, ya sea que realicen o no actividad empresarial, así como en relación con las personas jurídicas que no realizan tal actividad.

En tal sentido, la eliminación del “procedimiento de talla única” importó la implementación de nuevos procedimientos concursales adicionales al procedimiento de declaración de insolvencia, constituidos por el Procedimiento Simplificado y el Concurso Preventivo. Asimismo, se incorporó un régimen aplicable a las personas naturales y a las personas jurídicas que no realizan actividad empresarial, estableciéndose el Concurso de Acreedores como una alternativa.

Sin embargo, a pesar del significativo cambio introducido por las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo No.845, la característica esencialmente dinámica del Derecho y sus ramas, entre ellas el Derecho Concursal, así como el impacto provocado por las diversas realidades coyunturales, fundamentalmente, económicas y políticas, permitió determinar que resultaba necesario efectuar una serie de modificaciones en el régimen concursal.

En tal sentido, el Área de Estudios Económicos del INDECOPI elaboró el Documento de Trabajo No.004-98, denominado “Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial”, de fecha 15 de diciembre de 1998, el mismo que contenía la propuesta de modificación legislativa en el ámbito de las normas de Derecho Concursal luego de seis (06) años de haberse implementado el nuevo régimen, siendo publicada mediante Resolución de la Presidencia del Directorio de INDECOPI No.052-1998-INDECOPI/DIR, de fecha 16 de diciembre de 1998, a efectos de

recibir sugerencias y comentarios que pudieran perfeccionar el mismo.

De este modo, mediante Resolución de la Presidencia del INDECOPI No.026-1999-INDECOPI/DIR, de fecha 29 de marzo de 1999, se aprobó el texto del Documento de Trabajo No.002-1999, de fecha 17 de marzo del mismo año, elaborado por la mencionada Área y denominado “Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico y Propuesta”, el cual se emitió previo análisis de las sugerencias y comentarios recibidos. Asimismo, se dispuso que se remita dicho documento al MITINCI a efectos de someterlo a la consideración del Congreso de la República para su correspondiente aprobación.

Las principales propuestas contempladas en el citado documento consistieron, en nuestra opinión, en la redefinición de los términos “patrimonio” e “insolvencia”; el fortalecimiento del Concurso Preventivo (flexibilización para acogerse a dicho procedimiento, y sistema de protección de los activos del deudor desde la publicación de la convocatoria a Junta de Acreedores a solicitud del mismo); el fortalecimiento del Procedimiento Simplificado (precisiones acerca del órgano competente para su tramitación); mejoras al procedimiento de reestructuración patrimonial (tasa de interés aplicable al acreedor tributario, facultad de la Junta de Acreedores para prorrogar sucesivamente el procedimiento de acuerdo a sus intereses); y, mejoras al sistema de descentralización de funciones (ampliación de facultades a las Entidades Delegadas y precisión de su competencia territorial)⁽³⁾.

Posteriormente, mediante la Ley No.27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, de fecha 24 de junio de 1999, se materializaron las propuestas y, en consecuencia, se modificaron diversos artículos del Decreto Legislativo No.845, ordenando su Décimo Novena Disposición Final la expedición del Texto Único Ordenado correspondiente.

(3) Una información sumamente importante contenida en dicho documento y que influyó necesariamente en la propuesta de modificación la constituye el hecho que, no obstante la reforma introducida por el Decreto Legislativo No.845, en los procedimientos de declaración de insolvencia continuó la tendencia observada durante la aplicación de la Ley No.26116, Ley de Reestructuración Empresarial, por parte de la Junta de Acreedores de optar por la reestructuración de las empresas deudoras únicamente en la cuarta parte de los casos, prevaleciendo, por lo tanto, la decisión de disolverlas y liquidarlas. Aunque resulte irónico, tal circunstancia fue uno de los motivos principales para su reforma.

En tal sentido, se dictó el Decreto Supremo No.014-99-ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, de fecha 01 de noviembre de 1999 (en adelante, el “TUO”).

Tal como puede apreciarse en el presente punto, la evolución del Derecho Concursal peruano en el último siglo se divide en dos etapas claramente diferenciadas. En efecto, la primera etapa la constituye el período comprendido desde la entrada en vigencia de la Ley Procesal de Quiebras, caracterizada por el privilegio que se le otorgaba a la quiebra como solución a los estados de insolvencia de las empresas y el desarrollo del proceso en sede judicial. Por su parte, la segunda etapa se inicia con la derogación de la mencionada norma por la Ley de Reestructuración Empresarial, la cual introdujo una nueva filosofía concursal, toda vez que su normatividad privilegió la reestructuración patrimonial de las empresas frente a situaciones de insolvencia y trasladó el tratamiento de la problemática a sede administrativa.

A su vez, esta segunda etapa se encuentra en un nuevo proceso de evolución, siendo la tendencia actual el perfeccionamiento de los procedimientos concursales preventivos, tales como el Procedimiento Simplificado y el Concurso Preventivo, mediante los cuales se replantea el rol del Derecho Concursal peruano hacia la búsqueda de mecanismos más eficaces y simples que permitan evitar, más que prevenir, la situación de insolvencia en las empresas.

Dentro de este contexto se ha expedido el Decreto de Urgencia No.064-99, de fecha 01 de diciembre de 1999, mediante el cual se establecen las normas transitorias y excepcionales para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas, a través de una nueva figura jurídica concursal denominada Procedimiento Transitorio⁽⁴⁾.

Revisado brevemente el desarrollo del Derecho Concursal peruano, el objetivo del presente artículo se centra en determinar si el Procedimiento Transitorio se constituye como una figura legal que contribuye al fortalecimiento del régimen concursal o Sistema de

Reestructuración Patrimonial dentro de la nueva tendencia señalada en la segunda etapa o si, por el contrario, resulta un factor de debilitamiento del mismo, de acuerdo con los criterios que se desarrollan más adelante.

2 Acerca del Procedimiento Transitorio.

En este punto, en primer lugar, se recoge la normatividad que ha sido dictada a efectos de regular el Procedimiento Transitorio creado por el Poder Ejecutivo, cuya sucesiva expedición refleja el gran esfuerzo por parte del INDECOPI a efectos de otorgarle, en la medida de lo posible, una regulación acorde con el régimen concursal; y, en segundo lugar, se expone la figura del Procedimiento Transitorio, su estructura procedimental y sus instituciones.

2.1 Regulación del Procedimiento

Transitorio: El INDECOPI y sus dilemas.

Tal como se ha señalado anteriormente, mediante el Decreto de Urgencia No.064-99, de fecha 01 de diciembre de 1999 (en adelante, el “DU”), el Poder Ejecutivo dictó una serie de normas transitorias y excepcionales para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas, a través de una nueva figura jurídica concursal denominada Procedimiento Transitorio, la cual se analizará posteriormente.

Ahora bien, el artículo 18 del DU establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI podrá reglamentar las instancias para la resolución de los incidentes que se promuevan en relación con el Procedimiento Transitorio. Asimismo, el artículo 19 del mismo cuerpo legal prescribe que el Procedimiento Transitorio podrá reglamentarse por Directivas aprobadas por el INDECOPI.

Sin embargo, no fue el INDECOPI la primera entidad administrativa que dictó normas relacionadas con la aplicación del Procedimiento Transitorio, sino la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) a través

(4) Cabe señalar que la Primera Disposición Final de esta norma modificó diversos artículos del TUO, específicamente el cuarto párrafo del artículo 47, el segundo párrafo del artículo 49, el tercer y cuarto párrafo del artículo 50 y el último párrafo del artículo 109. Asimismo, su Segunda Disposición Final agregó un último párrafo al artículo 49 del mismo cuerpo legal.

de la Resolución SBS No.1071-99, de fecha 03 de diciembre de 1999, mediante la cual se aprueba el Reglamento para Capitalización de Acreencias por parte de Empresas del Sistema Financiero.

Esta norma establece las medidas que deben tomar las empresas bancarias o financieras que opten por capitalizar, parcial o totalmente, sus acreencias, no sólo en el caso de empresas deudoras sometidas a un Procedimiento Transitorio, sino también cuando éstas se encuentren comprendidas dentro de un proceso de reestructuración (decisión de la Junta de Acreedores en un procedimiento de Declaración de Insolvencia), un Procedimiento Simplificado o un Concurso Preventivo, adquiriendo la categoría de “empresas supervisadas” por la SBS, status que les otorga una serie de prerrogativas, así como diversas obligaciones y restricciones. Asimismo, instaura la definición de “operación reestructurada” como aquel crédito o financiamiento directo, cualquiera sea su modalidad, que se sujete a la reprogramación de pagos aprobada en el plan, convenio o acuerdo dentro de los mencionados procedimientos concursales, respectivamente.

Con fecha 23 de diciembre de 1999, al vencimiento del plazo previsto por el quinto párrafo del artículo 4 del DU, el INDECOPI emitió un dispositivo relacionado con el Procedimiento Transitorio, siendo éste la Resolución de la Presidencia del Directorio del INDECOPI No.104-1999-INDECOPI/DIR, mediante la cual se nombraron a los miembros y Secretarios Técnicos de las ocho (08) Comisiones Ad Hoc que atenderían exclusivamente los incidentes vinculados al Procedimiento Transitorio⁽⁵⁾.

Recién al día siguiente, es decir, el 24 de diciembre de 1999, el INDECOPI asumió la responsabilidad (y el reto) de regular adecuadamente el Procedimiento Transitorio. En efecto, esta entidad expidió dos dispositivos que regulaban aspectos jurídicos de fondo en relación con dicho procedimiento, siendo éstos la Resolución de la Presidencia del Directorio del INDECOPI No.122-

1999-INDECOPI/DIR, la cual aprobó la Directiva No.002-1999-INDECOPI/DIR (en adelante, la “Directiva 002/DIR”), y la Directiva del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI No.003-1999/TRI-INDECOPI (en adelante, la Directiva 003/TRI”).

La Directiva 002/DIR establece los requisitos para ser nombrado Fedatario y regula el Registro de los mismos, el cual es administrado por la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI; asimismo, esta norma establece también los requisitos para ser miembro de las Comisiones Ad Hoc y regula la organización y funcionamiento de estas entidades. Finalmente, prescribe normas comunes acerca de las causales de incompatibilidad, así como las prohibiciones, responsabilidades y vigencia del nombramiento tanto de los Fedatarios como de los miembros y Secretarios Técnicos que integran las Comisiones Ad Hoc.

Por su parte, la Directiva 003/TRI se constituye hasta el momento como la única norma expedida por el INDECOPI mediante la cual se establecen disposiciones reglamentarias para la tramitación del Procedimiento Transitorio en sí, señalándose como sus objetivos: (i) disipar cualquier duda respecto de las normas aplicables a la citada tramitación, precisando las atribuciones de los sujetos de derecho intervinientes en el mismo; (ii) establecer los mecanismos para la solución de los incidentes que se susciten en este procedimiento, identificando a las instancias competentes para conocerlos; e, (iii) identificar las normas de aplicación supletoria para aquellos supuestos no previstos en el DU, de acuerdo con lo señalado en su ítem 2.

Resulta necesario señalar que tanto la Directiva 002/DIR como la Directiva 003/TRI serán materia de análisis en el siguiente punto del presente artículo, cuando estudiemos con mayor profundidad el Procedimiento Transitorio.

Ahora bien, en la misma fecha, esto es el 24 de diciembre de 1999, el INDECOPI emitió la Resolución

(5) Estas Comisiones Ad Hoc operan en las siguientes Oficinas Descentralizadas del INDECOPI: (i) Cámara de Comercio de Lima; (ii) Colegio de Contadores Públicos de Lima; (iii) Universidad de Lima; (iv) Cámara de Comercio e Industria de Arequipa; (v) Cámara de Comercio y Producción de La Libertad; (vi) Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque; (vii) Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Loreto; y, (viii) Cámara de Comercio y Producción de Piura y Universidad de Piura.

Editor: al momento de publicado este artículo se encuentra operando una nueva oficina descentralizada del Indecopi en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

de la Presidencia del Directorio No.121-1999-INDECOPI/DIR, por medio de la cual se nombraron a los primeros Fedatarios competentes para conocer la tramitación del Procedimiento Transitorio.

Posteriormente, como una consecuencia lógica y necesaria de la implantación del Procedimiento Transitorio, y en concordancia con el artículo 16 del DU y con el Decreto Legislativo No.757, el Poder Ejecutivo expidió el Decreto Supremo No.015-99-ITINCI, el 28 de diciembre de 1999, mediante el cual se modificó el Decreto Supremo No.005-99-ITINCI, de fecha 29 de junio de 1999, TUPA del INDECOPI, incorporándose el monto de las tasas y los requisitos aplicables a los trámites correspondientes al Procedimiento Transitorio.

Con fecha 31 de diciembre de 1999, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de Urgencia No.076-99, mediante el cual autorizó a la Dirección Nacional del Presupuesto Público y a la Dirección General del Tesoro Público a calendarizar y girar al INDECOPI una suma destinada a financiar el desarrollo del Procedimiento Transitorio, garantizando la implementación y funcionamiento de las Comisiones Ad Hoc y de las Secretarías Técnicas respectivas, encargadas de la fiscalización y supervisión de dicho procedimiento. Del mismo modo, se exceptuó al pliego presupuestario "INDECOPI" de diversas normas de austeridad y topes contenidos en la Ley No.27212, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año 2000, así como de la Ley No.26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

Con fecha 03 de febrero de 2000, se emitió la Resolución de la Presidencia del Directorio del INDECOPI No.005-2000-INDECOPI/DIR, a través de la cual se efectuó el nombramiento de un nuevo grupo de Fedatarios competentes para conocer la tramitación del Procedimiento Transitorio.

En relación con las Comisiones Ad Hoc, mediante Resolución de la Presidencia del Directorio del INDECOPI No.011-2000-INDECOPI/DIR, de fecha 02 de marzo de 2000, se creó, con efectos retroactivos, la Comisión Ad Hoc que operará en la Comisión de Reestructuración Patrimonial de la Sede

Central del INDECOPI, designándose a sus miembros. En consecuencia, se incrementaron a nueve (09) las Comisiones Ad Hoc que atenderán los incidentes vinculados con el Procedimiento Transitorio⁽⁶⁾.

Finalmente, mediante el Decreto de Urgencia No.026-2000, de fecha 24 de abril de 2000, el Poder Ejecutivo ha precisado el sentido de diversas normas del TUO, a efectos de evitar el uso indebido de las acciones de garantía en los procedimientos concursales, entre ellos el Procedimiento Transitorio y, del mismo modo, ha dictado normas extraordinarias sobre la utilización de éstas.

En conclusión, una vez revisada la normatividad dictada hasta el momento de la elaboración del presente artículo, a efectos de regular los aspectos de fondo y de forma del Procedimiento Transitorio, somos de la opinión que la creación de dicho procedimiento por parte del Poder Ejecutivo se realizó de una manera precipitada, pudiendo inferirse que existió descoordinación con el INDECOPI.

Tal afirmación se sustenta en dos circunstancias palpables: (i) los esfuerzos del INDECOPI por intentar estructurar debidamente la organización sobre la cual reposa la tramitación y resolución del Procedimiento Transitorio; y, (ii) la extensión de la Directiva 003/TRI, la cual pretende cubrir la excesiva cantidad de dudas y vacíos legales generados por el texto del DU, reflejo indiscutible de la improvisación en su expedición y de sus deficiencias de técnica legislativa.

2.2 Descripción del Procedimiento Transitorio.

2.2.1 Concepto y alcances.

El Procedimiento Transitorio puede definirse como un procedimiento concursal preventivo, de carácter extraordinario y temporal, al cual puede acogerse toda persona natural o jurídica que se encuentre inmersa dentro de la definición de empresa establecida por el TUO, independientemente del total de sus obligaciones vencidas o de su situación patrimonial a la fecha de iniciarse el mismo, a efectos de facilitar la adopción de programas o convenios de saneamiento y fortalecimiento patrimonial que

(6) Debemos recordar que las otras ocho (08) Comisiones Ad Hoc fueron nombradas mediante la Resolución de la Presidencia del Directorio del INDECOPI No.104-1999-INDECOPI/DIR.

permitan la recuperación de las empresas deudoras económicamente viables, siendo regulado específicamente por el DU y supletoriamente por el TUO, en especial por las disposiciones que rigen al Procedimiento Simplificado, en lo que no se opongan al DU.

Conviene detenernos en este punto a fin de comprender correctamente los alcances de la definición expuesta en el párrafo precedente, desprendiendo de la misma las principales características del Procedimiento Transitorio y así comprender su naturaleza jurídica, de acuerdo con los criterios que se exponen a continuación:

a) **Carácter administrativo y descentralizado:** El Procedimiento Transitorio, implementado dentro del principio de “desjudicialización” del actual régimen concursal, se desarrolla en sede administrativa. Sin embargo, en los últimos años el INDECOPI ha adoptado una política institucional destinada a la descentralización de los procedimientos concursales que son de competencia de su Comisión de Reestructuración Patrimonial, a fin de facilitar el acceso y reducir los costos de los agentes económicos que lo requieran, siendo respetada dicha política por el DU emitido por el Poder Ejecutivo.

En tal sentido, el Procedimiento Transitorio se lleva a cabo en una sede administrativa completamente descentralizada, toda vez que su instancia de trámite la constituye el Fedatario, el mismo que se encuentra adscrito a una determinada Comisión Ad Hoc, primera instancia administrativa, la cual, a su vez, está anexa a la Comisión de Reestructuración Patrimonial de la Sede Central del INDECOPI o una Entidad Delegada, segunda instancia administrativa, siendo la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, la tercera y última instancia administrativa.

Como puede apreciarse, la estructura organizativa establecida para el desarrollo y resolución del Procedimiento Transitorio consagra una instancia de trámite exclusiva: el Fedatario, tal como se analizará más adelante. La calificación de “sede administrativa completamente descentralizada” responde a esta particularidad, pues en todos los demás procedimientos

concursoales la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI o sus Entidades Delegadas intervienen o pueden intervenir como instancia de trámite, inclusive en el caso del Procedimiento Simplificado, el cual también puede iniciarse ante un Notario Público, pero esta alternativa no es exclusiva.

b) **Carácter concursal y preventivo:** En términos generales, el Procedimiento Transitorio se constituye como un procedimiento concursal en razón que está diseñado para atender situaciones económicas críticas de las empresas, generadas por pérdidas patrimoniales o cesación de pagos, hacia las cuales confluyen una pluralidad de acreedores interesados.

A efectos que exista concurso y, en consecuencia, pueda desarrollarse el Procedimiento Transitorio, se requiere que se presenten dos (02) o más acreedores cuyos créditos sean reconocidos; en caso contrario, se declarará el fin del correspondiente procedimiento, de conformidad con lo establecido por el artículo 27 del TUO, aplicable supletoriamente.

Asimismo, el carácter preventivo del Procedimiento Transitorio se explica en el hecho de que su objetivo principal es evitar que la empresa deudora que se someta al mismo incurra en un estado de insolvencia declarada, lo cual pretende lograrse mediante programas de saneamiento materializados en sus respectivos convenios.

c) **Carácter extraordinario y temporal:** El carácter extraordinario del Procedimiento Transitorio se advierte desde el instrumento normativo mediante el cual se le regula: un Decreto de Urgencia. En efecto, como se sabe, el numeral 19 del artículo 118 de la Constitución Política de 1993 contempla la facultad del Presidente de la República de dictar medidas extraordinarias a través de decretos de urgencia, los mismos que tienen fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso de la República.

En tal sentido, la expedición del DU se fundamentaría en el “interés nacional” por contrarrestar las crecientes dificultades que tienen las empresas para acceder a nuevos créditos, situación que afecta el flujo normal en la cadena de pagos de la economía, todo ello como consecuencia del impacto que las crisis internacionales han tenido en nuestra economía, junto

con el alto nivel de endeudamiento y la baja capitalización del sector empresarial, según lo expuesto en el primer considerando del mismo cuerpo legal.

Adicionalmente al vehículo legal y los fundamentos esgrimidos por el Poder Ejecutivo para crear el Procedimiento Transitorio, el carácter extraordinario de éste se aprecia, esencialmente, desde el punto de vista del Derecho Concursal, en la política de “puerta abierta” que contempla frente a la situación económica de las empresas que deseen someterse al mismo.

En efecto, si bien sólo pueden acogerse al Procedimiento Transitorio aquellos deudores (los acreedores no pueden iniciarlo) considerados como “empresas” por el TUO⁽⁷⁾, no existe restricción alguna referida al volumen de los pasivos o a las pérdidas patrimoniales de éstas para someterse a dicho procedimiento, lo cual lo diferencia de los demás procedimientos concursales.

El procedimiento de Declaración de Insolvencia de un deudor puede iniciarlo un acreedor o acreedores sólo si acreditan ser titulares de créditos impagos que superen en total el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en la fecha de la solicitud; y, por su parte, el deudor podrá iniciar dicho procedimiento si acredita que más de las dos terceras partes del total de sus obligaciones se encuentran vencidas e impagas por un período mayor a treinta (30) días, o si acredita tener pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor que las dos terceras partes del capital social pagado.

En el caso del Procedimiento Simplificado, éste podrá ser iniciado por cualquier empresa deudora, siempre que el total de sus pasivos no supere las doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias

vigentes a la fecha de tal inicio. Por su parte, el procedimiento de Concurso Preventivo podrá iniciarlo cualquier deudor, persona natural o jurídica, o sociedad de hecho, que se encuentre en imposibilidad o dificultad de pagar oportunamente sus obligaciones.

La mencionada política de “puerta abierta” del Procedimiento Transitorio se advierte al efectuar una minuciosa comparación con los otros procedimientos concursales en cuanto a los supuestos económicos críticos que permiten acceder a ellos.

Mientras que el procedimiento de Declaración de Insolvencia impone montos mínimos en el volumen de deudas a los acreedores impagos, y porcentajes mínimos también de cesación de pagos y pérdidas patrimoniales a los deudores, el Procedimiento Transitorio sólo puede iniciarlo el deudor y no le exige porcentaje mínimo alguno en dichos aspectos para someterse al mismo.

Asimismo, respecto de los demás procedimientos concursales preventivos, a saber: el Procedimiento Simplificado y el Concurso Preventivo, si bien también sólo pueden ser iniciados por el deudor, éstos únicamente se encuentran previstos para supuestos de cesación de pagos por parte del deudor (volumen de pasivos), a diferencia del Procedimiento Transitorio, el cual abarca tanto ese supuesto como el de pérdida patrimonial, sin imponer tope alguno, tal como sí se exige en el Procedimiento Simplificado⁽⁸⁾.

Ahora bien, en cuanto al carácter temporal del Procedimiento Transitorio, éste se explica en que dicho procedimiento estará vigente únicamente para las solicitudes de acogimiento al mismo que se presenten hasta el 31 de diciembre del 2000. Sin embargo, la posibilidad de que se prorrogue su aplicación es válida⁽⁹⁾.

(7) El artículo 1 del TUO define a la empresa como “toda organización económica y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, con el objeto de producir bienes o prestar servicios, establecida de hecho o constituida en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional”, incluyendo a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras.

(8) A efectos de revisar las diferencias entre los procedimientos concursales, recomendamos consultar: INDECOPI. *El Nuevo Sistema de Reestructuración Patrimonial y el Procedimiento Transitorio*. Sello Editorial del INDECOPI. Lima, 2000.

(9) Tal posibilidad puede percibirse de la lectura del texto de artículo 10 de la Directiva 002/DIR, el mismo que establece que el nombramiento como Fedatario, miembro de la Comisión Ad Hoc o Secretario Técnico de ésta se extiende **en tanto se encuentren vigentes las normas que regulan el Procedimiento Transitorio y hasta que concluya la tramitación de los respectivos procedimientos a su cargo**. Así, resulta claro que la indefinición de la norma responde al desconocimiento acerca de la determinación o no de la vigencia y aplicación del DU.

2.2.2 Estructura organizativa para el desarrollo del Procedimiento Transitorio.

Como hemos señalado, el Procedimiento Transitorio se caracteriza por su aplicación administrativa descentralizada a través de diversas instancias, las cuales conforman la estructura organizativa dentro de la que se desarrolla éste, correspondiendo a cada una de ellas distintas funciones, prerrogativas y obligaciones, de acuerdo con el esquema que se expone seguidamente.

a) El Fedatario: El Fedatario viene a ser el Notario Público, la persona jurídica pública o privada, o la persona natural registrados debidamente en el INDECOPI, previa suscripción del correspondiente Convenio de Nombramiento y Compromiso de Confidencialidad con esta entidad, quienes desempeñan una función de instancia de trámite del Procedimiento Transitorio.

a.1) Nombramiento como Fedatario: A efectos de acceder al Registro de Fedatario y ejercer como tal, existen una serie de requisitos tanto para las personas naturales como las personas jurídicas que postulen al cargo, los cuales se establecen en el artículo 2 de la Directiva 002/DIR.

Adicionalmente al cumplimiento de tales requisitos, el otorgamiento del Registro de Fedatario se encuentra condicionado a la presentación de diversos documentos (currículum vitae, declaración jurada de bienes y rentas), así como contar con la infraestructura adecuada para cumplir la función.

El Directorio del INDECOPI es el órgano encargado de evaluar a los postulantes que cumplen los requisitos exigidos y, en caso que los considere ideales para el cargo, éstos deberán suscribir el respectivo Convenio. Una vez celebrada tal formalidad, se procederá a efectuar el nombramiento como Fedatario, ocasión en la cual se expresará el área geográfica y la Comisión Ad Hoc a la cual queda adscrito.

Cuando el nombramiento como Fedatario se efectúa en relación con una persona jurídica, pública o privada, las responsabilidades por el ejercicio de la función recaen en el representante designado en el Convenio por la entidad respectiva, siendo ésta solidariamente responsable de los actos que el

Fedatario acredite ante el INDECOPI.

El nombramiento como Fedatario importa su inscripción en el Registro administrado por la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI.

a.2) Funciones, obligaciones y responsabilidades del Fedatario: Ahora bien, las funciones, obligaciones y responsabilidades de los Fedatarios, así como los procedimientos y lineamientos que deben observar se encuentran contenidos en un documento de uso obligatorio denominado “Manual del Fedatario del INDECOPI”, cuyo texto no ha sido publicado, motivo por el cual nos basaremos en la normatividad aplicable para comprender los alcances de tal cargo.

Consideramos que no existía la necesidad real de agregar un procedimiento concursal más a los ya existentes y menos aún para manejar situaciones económicas supuestamente transitorias

De la lectura de la normatividad aplicable pueden desprenderse las siguientes funciones del Fedatario: (i) recepción y constatación de los documentos presentados por la empresa deudora para someterse al Procedimiento Transitorio, verificando únicamente la existencia e idoneidad de los mismos; (ii) acreditación del reconocimiento de créditos presentados en el procedimiento con la sola constancia de recepción de tal solicitud, en caso que no exista discrepancia; y, (iii) nombramiento del respectivo Comité Transitorio de Créditos.

Por otro lado, también pueden identificarse las siguientes obligaciones y responsabilidades del Fedatario: (i) advertir a la empresa deudora acerca de omisiones en la documentación presentada a efectos de iniciar el procedimiento; (ii) guardar confidencialidad acerca del inicio del procedimiento hasta la publicación del primer aviso de convocatoria a la Junta de Instalación; (iii) elaborar el texto de los avisos de convocatoria a Junta de Acreedores (tanto

de instalación como las sucesivas, de ser el caso), relación e importe de créditos reconocidos y acreedores hábiles de participar en la Junta de Instalación, y acuerdos suspendidos de Junta de Acreedores materia de ratificación o rectificación; (iv) poner a disposición del deudor el texto de tales avisos oportunamente a fin de cumplir con los plazos establecidos en el DU; (v) notificar al deudor y al acreedor para que presenten conciliación en caso de discrepancias sobre la existencia o importe de los créditos; (vi) reconocer totalmente los créditos conciliados o la porción de los mismos materia de conciliación entre las partes; (vii) trasladar a la Comisión Ad Hoc a la que se encuentra adscrito las discrepancias sobre la existencia o importe de los créditos que no hayan sido conciliados total o parcialmente; (viii) trasladar a la Comisión Ad Hoc los incidentes que se produzcan durante la tramitación del procedimiento; (ix) trasladar los actuados a la Comisión de Reestructuración del INDECOPI o a la Entidad Delegada, cuando el Convenio de Saneamiento no sea aprobado en el plazo correspondiente, a efectos que ésta declare de oficio la insolvencia de la empresa deudora, salvo renuncia expresa al beneficio de suspensión de exigibilidad de obligaciones; y (x) certificar y firmar las actas que se levanten con ocasión de las Juntas de Acreedores.

a.3) Fiscalización de funciones, cancelación del Registro de Fedatario y sustitución del mismo: El Fedatario, en cuanto al ejercicio de sus funciones, se encuentra sujeto a la fiscalización de la Comisión Ad Hoc a la que está adscrito. Tal fiscalización está directamente relacionada con el cumplimiento de las funciones, obligaciones y responsabilidades contempladas en el “Manual del Fedatario del INDECOPI”, así como en la normatividad aplicable.

En tal sentido, el eventual incumplimiento de las mismas por el Fedatario puede acarrear para éste su apartamiento del procedimiento por la Comisión Ad Hoc y la cancelación del Registro correspondiente por la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI, sin perjuicio de las sanciones que se originen por responsabilidad administrativa, civil y/o penal en el ejercicio del cargo.

Asimismo, la cancelación automática del Registro se produce por las siguientes causales: (i)

incumplimiento del compromiso de confidencialidad contenido en el artículo 6 del DU; (ii) resolución del Convenio de Nombramiento; (iii) si prosperan tres (03) recursos de queja contra el Fedatario en el curso del desarrollo de sus funciones; y, (iv) si transcurridos tres (03) meses desde la designación del Fedatario, éste no llega a tramitar ningún Procedimiento Transitorio, lo cual se explica en el carácter temporal del mismo.

Ahora bien, el supuesto de sustitución del Fedatario que conoce de un determinado Procedimiento Transitorio no constituye una decisión que se genere en la Comisión Ad Hoc, sino que será un acuerdo tomado por la Junta de Acreedores, en cualquier momento, siempre que se cuente con el voto de acreedores que representen créditos por un importe superior al 50% del monto total de los créditos reconocidos (mayoría simple). Sin embargo, la normatividad aplicable no establece una lista taxativa o enunciativa de causales que justifiquen tal decisión, motivo por el cual la sustitución del Fedatario puede producirse sin justificación alguna y sin límite de oportunidades dentro del plazo durante el cual se desarrolle el Procedimiento Transitorio.

b) La Comisión Ad Hoc: La Comisión Ad Hoc es aquel órgano administrativo colegiado nombrado por el Directorio del INDECOPI, a efectos que se ocupe de los siguientes aspectos: (i) fiscalizar al Fedatario en el ejercicio de sus funciones; (ii) atender y resolver en primera instancia administrativa todos los incidentes producidos por discrepancias, oposiciones e impugnaciones dentro del desarrollo del Procedimiento Transitorio; y, (iii) adoptar medidas correctivas, imponiendo las sanciones correspondientes.

A su vez, el accionar de la Comisión Ad Hoc se encuentra sujeto a la fiscalización de la Comisión de Reestructuración de la Sede Central del INDECOPI o a sus Entidades Delegadas, de ser el caso.

Cada Comisión Ad Hoc está conformada por cuatro (04) miembros, los mismos que son designados también por el Directorio del INDECOPI, pudiendo ser éstos, inclusive, funcionarios de dicha entidad o miembros de las Comisiones Delegadas, las cuales integran el Sistema de Reestructuración Patrimonial. Asimismo, cuentan con una Secretaría Técnica cuya

función principal es servir de órgano de enlace con la estructura orgánica del INDECOPI, en especial con la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI o la Entidad Delegada correspondiente, de ser el caso.

Para acceder a ser miembro de una Comisión Ad Hoc, los sujetos deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 20 del Decreto Ley No.25868⁽¹⁰⁾, siéndoles aplicables también los requisitos y lineamientos previstos en el Código de Ética del INDECOPI. La Comisión Ad Hoc sujeta su accionar a los Manuales de Procedimientos del INDECOPI.

A efectos de sesionar válidamente (quórum de instalación), la Comisión Ad Hoc requiere la presencia de, cuando menos, tres (03) de sus miembros. Por su parte, las resoluciones se aprueban por mayoría de votos, teniendo el Presidente voto dirimente. En caso de abstención, ausencia o impedimento justificados, corresponde a la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI o a la Entidad Delegada, completar el quórum reglamentario si así se requiere, disponiendo la asistencia del miembro reemplazante, el cual será un miembro integrante de otra Comisión Ad Hoc.

c) Comisión de Reestructuración Patrimonial: Este concepto no sólo se encuentra referido a la Comisión de Reestructuración Patrimonial de la Sede Central del INDECOPI, sino también a aquellas entidades públicas o privadas con las que dicha comisión ha celebrado un Convenio de Delegación de Funciones, las cuales se denominan Comisiones Delegadas de Reestructuración Patrimonial o Entidades Delegadas, todo ello de conformidad con lo dispuesto por los artículos 130 y siguientes del TUO.

La Comisión de Reestructuración Patrimonial o Entidad Delegada correspondiente tienen como funciones principales en relación con el Procedimiento

Transitorio, las siguientes: (i) fiscalizar el accionar de las Comisiones Ad Hoc; (ii) atender y resolver en segunda instancia administrativa todos los incidentes producidos por discrepancias, oposiciones e impugnaciones dentro del desarrollo del Procedimiento Transitorio; y, (iii) adoptar medidas correctivas, imponiendo las sanciones correspondientes.

Asimismo, corresponde a la Comisión de Reestructuración Patrimonial o Entidad Delegada una función trascendental, cual es la declaración de oficio de la insolvencia de la empresa deudora sometida a un Procedimiento Transitorio en dos (02) supuestos: (i) en caso que el Convenio de Saneamiento no sea aprobado por la Junta de Acreedores dentro de los plazos otorgados por el DU; y, (ii) en caso que la empresa deudora sometida a un Procedimiento Transitorio haya participado en los actos fraudulentos contemplados en la Décimo Primera Disposición Complementaria⁽¹¹⁾, disponiendo, asimismo, la administración temporal de sus bienes por parte de un comité conformado por los tres (03) principales acreedores reconocidos en el Procedimiento Transitorio y que no guarden vinculación con el mencionado deudor, órgano que designará a los nuevos representantes y administradores, tanto a nivel del Directorio como de la Gerencia, dependiendo del tipo societario del deudor.

d) Tribunal del INDECOPI: Cuando la normatividad correspondiente al régimen concursal hace referencia al Tribunal del INDECOPI, debe entenderse que será la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI el órgano administrativo específico competente de conocer el asunto.

Asimismo, el artículo 13 de la Directiva 003/TRI establece que el Tribunal tiene por función actuar como tercera y última instancia administrativa y, en

(10) Decreto Ley No.25868; Artículo 20.- "Miembros de las Comisiones.- Los miembros de las Comisiones a que se refiere el presente Capítulo están sujetos a las siguientes disposiciones: a) son designados por el Directorio del INDECOPI, previa opinión del Consejo Consultivo; b) ejercen sus cargos por tiempo indeterminado; c) el cargo de Presidente es ejercido por un año, transcurrido el cual quien detente el cargo puede ser reelegido, siendo el límite máximo para el ejercicio del cargo cinco años consecutivos; d) deben ser personas que han cursado estudios superiores, con reconocida experiencia en la especialidad, además de contar con los requisitos establecidos en las leyes que regulan las correspondientes materias."

(11) Tales actos fraudulentos son el ocultamiento de bienes; la simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; realización de actos de disposición patrimonial o que generen obligaciones que no se refieran al desarrollo normal de sus actividades.

tal sentido, sus resoluciones constituyen cosa decidida en sede administrativa, agotando la respectiva vía.

2.2.3 Desarrollo del Procedimiento Transitorio.

El Procedimiento Transitorio se inicia y desarrolla ante cualquier Fedatario domiciliado en la provincia en la que la empresa deudora solicitante tenga su sede social, debiendo tenerse en consideración únicamente las reglas de competencia territorial establecidas en el artículo 7 del TUO, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 de la Directiva 003/TRI.

Cabe recordar que se aplican supletoriamente al Procedimiento Transitorio regulado en el DU, las normas contenidas en el TUO y, en especial, aquellas disposiciones correspondientes al Procedimiento Simplificado.

A efectos de comprender con mayor facilidad la tramitación del Procedimiento Transitorio, consideramos conveniente establecer los puntos que se detallan a continuación:

a) **Requisitos para iniciar el Procedimiento Transitorio:** De conformidad con el artículo 5 del DU, concordante con el artículo 92 del TUO, así como de acuerdo a lo establecido por el TUPA del INDECOPI, la persona jurídica que desee acceder al Procedimiento Transitorio debe cumplir con presentar ante el Fedatario que elija, la correspondiente solicitud, la misma que estará acompañada de diversos documentos tales como información de la empresa, relación de obligaciones y acreedores correspondientes, relación

de bienes muebles e inmuebles y sus gravámenes, así como una Propuesta debidamente sustentada sobre los términos generales del Programa de Saneamiento que debe aplicársele a fin de permitir su viabilidad, entre otra documentación⁽¹²⁾.

Por su parte, la persona natural que desarrolla actividad empresarial, debe presentar ante el Fedatario los mismos documentos requeridos a la persona jurídica, en lo que corresponda, salvo la copia del acta societaria donde conste el acuerdo para someterse al procedimiento. Adicionalmente, deberá adjuntar una Declaración Jurada de Ingresos y Gastos a la fecha de presentación de la solicitud e indicar el tipo de actividad empresarial que realiza.

b) **Etapas preliminares:** Desde la presentación de la solicitud hasta la instalación de la Junta de Acreedores.

b.1) **Constatación de documentos e importancia de las publicaciones:** Una vez presentada la solicitud acompañada de los respectivos documentos, el Fedatario verifica únicamente su existencia e idoneidad. Dicha constatación no significa que el Fedatario tenga la facultad de evaluarlos o calificarlos, sino que importa únicamente la función de verificar el cumplimiento de aspectos formales.

En caso que al momento de realizar la constatación de los documentos el Fedatario advirtiera omisiones por parte del deudor en relación a éstos, entonces deberá notificarle inmediatamente de este hecho dentro de un plazo de cinco (05) días hábiles, con el objeto que subsane dichas omisiones⁽¹³⁾.

- (12) A continuación se detalla la documentación requerida a efectos de que una persona jurídica acceda al Procedimiento Transitorio: Solicitud dirigida al Fedatario, consignando datos de identificación, domicilio y teléfono, así como acreditando su existencia y los poderes del representante legal, quien suscribirá dicha solicitud; Copia simple del acta de la Junta de Accionistas o del órgano correspondiente en la que conste el acuerdo para acogerse al procedimiento; Información relativa a la empresa, señalando su denominación o razón social, su actividad económica, su domicilio legal y los domicilios y localidades en las que mantenga oficinas o realice actividades productivas, la identidad de su representante legal y sus poderes, así como copia simple de la documentación sustentatoria; Relación detallada de sus obligaciones, incluidas las laborales, precisando la identidad y domicilio de cada acreedor, los montos adeudados por concepto de capital, intereses y gastos, así como la fecha de vencimiento de cada una de dichas obligaciones; Relación detallada de bienes muebles e inmuebles, indicando los gravámenes que pesan sobre ellos; Propuesta debidamente sustentada sobre los términos generales del Programa de Saneamiento que debe aplicarse en la empresa a fin de permitir su viabilidad; Declaración Jurada de que no mantiene ningún tipo de vinculación con sus acreedores o, en caso contrario, informar de la existencia de vinculación con alguno o alguno de sus acreedores, en cualquiera de los casos señalados en el artículo 5 del TUO; y, Cancelar el derecho administrativo de trámite correspondiente (0.50 UIT).
- (13) La normatividad aplicable no prescribe plazo alguno al deudor para hacerlo, motivo por el cual consideramos que éste dispone de dos (02) días hábiles, en aplicación del artículo 64° del Decreto Supremo No.02-94-JUS, Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y, en caso contrario, la solicitud se tendrá por no presentada, debiendo el deudor pagar nuevamente la tasa administrativa correspondiente en caso que desee acogerse al Procedimiento Transitorio.

Una vez efectuada la mencionada constatación formal de los documentos, o subsanadas las omisiones, de ser el caso, el Fedatario debe elaborar el texto del aviso de convocatoria para la instalación de la Junta de Acreedores y ponerlo a disposición del deudor oportunamente para que se proceda a su publicación. El Fedatario dispone de un plazo de cinco (05) días hábiles para efectuar la constatación y lograr la mencionada publicación.

Paralelamente a la constatación de los documentos, el Fedatario nombrará al Comité Transitorio de Créditos, el mismo que se encuentra integrado por los tres (03) acreedores más importantes de la empresa deudora.

De este modo, el aviso contiene las convocatorias para la correspondiente instalación de la Junta de Acreedores, señalando el lugar, día y hora para la primera, segunda y tercera convocatorias, respectivamente, en caso que no hubiera quórum para las primeras. Dicho aviso debe publicarse por dos (02) veces consecutivas, con un intervalo entre los mismos de tres (03) días hábiles, tanto en el Diario Oficial *El Peruano*, como en otro de circulación en la localidad. Asimismo, el aviso debe indicar a los acreedores que conformarán el Comité Transitorio de Créditos.

Las publicaciones de los avisos poseen una gran importancia, toda vez que determinan el momento para iniciar el conteo del plazo de diversos actos.

En efecto, a partir de la publicación del primer aviso, el Procedimiento Transitorio iniciado pierde su carácter confidencial y, en tal sentido, se ponen a disposición de todos los interesados los documentos presentados por la empresa deudora para acogerse al mismo. Adicionalmente, en esta oportunidad, el deudor debe incluir un proyecto del Convenio de Saneamiento para ser discutido en la sesión de instalación de la Junta de Acreedores.

Otra consecuencia sumamente importante que se produce con la publicación del citado primer aviso de convocatoria, la constituye la suspensión de la exigibilidad de todas las obligaciones del deudor devengadas hasta dicha fecha, así como la inejecutabilidad de sus bienes, hasta que se apruebe el respectivo Convenio de Saneamiento dentro del Procedimiento Transitorio, lo cual es denominado

como el “Paraguas Anticipado de Protección del Patrimonio”, salvo renuncia expresa. Este beneficio posee consecuencias, tal como se verá más adelante.

Asimismo, a partir de la publicación del primer aviso se cuenta con un plazo de seis (06) meses para la aprobación del Convenio de Saneamiento y la consecuente conclusión del Procedimiento Transitorio; sin embargo, dicho plazo puede ser prorrogado por un período idéntico de tiempo.

De igual modo, a partir de la publicación del primer aviso, los créditos otorgados a la empresa deudora sometida al Procedimiento Transitorio serán calificados por los comités de créditos, gozando de un régimen especial en caso de ser aprobados. Dichos comités serán analizados posteriormente.

A partir de la publicación del segundo aviso, se cuenta un plazo de quince (15) días hábiles que determina que los acreedores que presenten su solicitud de reconocimiento dentro de éste tendrán derecho de participar en la Junta de Instalación.

Por otro lado, a partir de la segunda publicación del aviso se contará un plazo de treinta (30) días hábiles para la realización de la Junta de Acreedores.

b.2) Reconocimiento de Créditos: Una vez efectuadas las publicaciones, se inicia el período de reconocimiento de créditos por parte del Fedatario. En tal sentido, sólo tendrán derecho de concurrir a la sesión de instalación de la Junta de Acreedores respectiva aquellos acreedores que se hayan apersonado al procedimiento solicitando el reconocimiento de sus respectivos créditos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la publicación del mencionado segundo aviso, sin importar que éstos hayan sido reconocidos o no por el Fedatario. Aquellos acreedores que lo hagan con posterioridad, si bien no pueden participar en la Junta de Instalación, tienen derecho de participar en las siguientes sesiones que ésta celebre. Así, el Fedatario continuará recibiendo las solicitudes de reconocimiento de créditos que le sean presentadas.

La regla básica en relación con los créditos es que sólo pueden ser comprendidos en el Procedimiento Transitorio aquéllos devengados hasta la fecha de la primera publicación del aviso de convocatoria a la sesión de instalación de la Junta de Acreedores (obligaciones concursales).

A efectos de obtener el reconocimiento de su créditos, cada acreedor deberá cumplir con presentar una solicitud ante el Fedatario, la misma que será acompañada de diversos documentos, debiendo señalar su conformidad o no con el crédito declarado por el deudor al someterse al Procedimiento Transitorio⁽¹⁴⁾.

En cuanto a los créditos laborales, los titulares de éstos pueden apersonarse al proceso de manera individual o conjunta. Si lo hacen conjuntamente, su representante será designado de acuerdo con el procedimiento establecido en la Resolución Ministerial No.148-99-TR. Cabe señalar que los créditos laborales se encuentran exonerados del pago de los derechos administrativos de trámite previstos en el TUPA del INDECOPI.

Ahora bien, si al solicitar el reconocimiento de su crédito el acreedor se manifiesta conforme con el importe declarado por el deudor a su favor al acogerse al Procedimiento Transitorio, entonces la constancia de recepción de la solicitud del acreedor, la cual es expedida en su oportunidad por el Fedatario, acreditará automáticamente el respectivo reconocimiento del crédito.

En cambio, si al solicitar el reconocimiento de su crédito el acreedor manifiesta expresamente su desacuerdo con lo expresado por el deudor, ya sea sobre el importe de su crédito, total o parcialmente, o por no reconocer su existencia en la lista que acompaña a tal efecto en su solicitud para acogerse al Procedimiento Transitorio, entonces el Fedatario notificará a ambas partes para que en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles contados desde la recepción de tal comunicación, presente ante él una conciliación sobre el importe del crédito en discrepancia.

En caso que la discrepancia continúe luego de transcurrido el plazo, ya sea porque no se presentó o produjo conciliación alguna, o porque se mantiene la discrepancia sobre un saldo del crédito (lo cual implica una conciliación parcial), el Fedatario procederá a

reconocer la porción del crédito en que ambas partes estén de acuerdo (porción reconocida desde un principio o luego de la conciliación parcial), la cual podrá ser libremente representada en la Junta de Acreedores, lo que significa que será válida para el cómputo del quórum de instalación, así como para el quórum de adopción de acuerdos.

El crédito, o su saldo, no reconocido, será considerado como un “crédito discrepante” o “discrepancia” entre las partes, la cual será resuelta por la Comisión Ad Hoc correspondiente. La existencia de discrepancias no resueltas a la fecha prevista para la instalación de la Junta de Acreedores no impide la celebración de la misma; sin embargo, tal circunstancia amerita la realización de la denominada “prueba de resistencia”, tal como se verá más adelante.

Por otro lado, no deben confundirse los “créditos discrepantes” con los “créditos contingentes”. En efecto, los primeros se generan como consecuencia de un desacuerdo sobre los créditos al tramitarse un Procedimiento Transitorio; en cambio, los segundos son aquellos créditos que se vienen conociendo en la vía judicial, administrativa o arbitral, debiendo ser resueltos en las instancias competentes, teniendo únicamente su titular derecho a participar en la Junta de Acreedores con voz, pero sin voto.

Ahora bien, una vez revisada la política contenida en el DU en relación con el reconocimiento de los créditos, debemos proceder a señalar que con una anticipación de cinco (05) días útiles a la fecha prevista para la sesión de instalación de la Junta de Acreedores, el Fedatario publicará la relación e importe total o parcial de los créditos reconocidos en el procedimiento, indicando también a los acreedores que se encuentran hábiles para participar en la mencionada sesión de instalación.

Resulta necesario indicar que los acreedores hábiles para participar en la sesión de instalación de la Junta de Acreedores serán todos aquellos que

(14) A continuación se detalla la documentación que debe presentar el acreedor a efectos de que se le reconozca su crédito:
Solicitud dirigida al Fedatario, consignando datos de identificación, domicilio y teléfono, así como acreditando poderes y existencia para el caso de personas jurídicas. Esta solicitud debe identificar, lógicamente, a la empresa deudora, debiendo señalar el solicitante si se encuentra de acuerdo o no, ya sea total o parcialmente, con el crédito consignado a su favor por el deudor.
Declaración Jurada de que no mantiene ningún tipo de vinculación con el deudor o, en caso contrario, informar de la existencia de vinculación con el deudor, en cualquiera de los casos señalados en el artículo 5 del TUO; y,
Cancelar el derecho administrativo de trámite correspondiente (Este equivale al 1.50% del monto tal del crédito invocado hasta un tope máximo de 0.50 UIT).

presentaron su correspondiente solicitud de reconocimiento de créditos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la publicación del segundo aviso, sin importar que su crédito haya sido reconocido o no por el Fedatario.

c) Etapa Decisoria: Desde la instalación de la Junta de Acreedores hasta la aprobación o no del Convenio de Saneamiento: La sesión de instalación de la Junta de Acreedores se realizará en la fecha y hora indicadas en los avisos correspondientes, siendo el lugar la sede social de la empresa deudora o aquel expresamente previsto por tal empresa en su solicitud de acogimiento al Procedimiento Transitorio, siempre que éste se encuentre ubicado en la ciudad de su sede social. Una vez instalada, la Junta de Acreedores decidirá libremente el lugar donde se celebrarán las futuras sesiones, las mismas que se convocarán en la manera prevista por el Título III del TUO.

Para la instalación de la Junta de Acreedores, se requiere como quórum en primera convocatoria de la presencia de acreedores que representen más del 66% de los créditos reconocidos; en segunda convocatoria se requerirá la presencia de los acreedores que representen más del 50% de los créditos reconocidos; y, en tercera convocatoria, la Junta de Acreedores se instalará con la presencia de los acreedores con créditos reconocidos que hubieran asistido.

Por su parte, el quórum para la adopción de los acuerdos por la Junta de Acreedores dependerá del asunto materia de consenso. En efecto, aquellos acuerdos mediante los cuales se aprueba el Convenio de Saneamiento y sus eventuales modificaciones, así como los acuerdos para los cuales la Ley General de Sociedades exija mayorías calificadas, se adoptarán, en primera convocatoria, con el voto de acreedores que representen créditos por un importe superior al 66.6% del monto de los créditos reconocidos; en segunda o tercera convocatorias, los acuerdos se adoptarán con el voto favorable de acreedores que representen un importe superior al 66% del total de los créditos reconocidos asistentes. Los demás acuerdos se adoptarán, en primera convocatoria, con el voto de acreedores que representen créditos por un importe superior al 50% del monto total de los créditos

reconocidos; en segunda o terceras convocatorias, los acuerdos se adoptarán con el voto favorable de acreedores que representen un importe superior al 50% del total de los créditos reconocidos asistentes.

El Fedatario certificará la asistencia del quórum reglamentario para la instalación de la Junta de Acreedores, así como los porcentajes necesarios para la adopción de los acuerdos, de lo cual dejará constancia en el acta que para tales efectos levantará, en aplicación del artículo 97 del TUO. Dicha acta será suscrita por el Presidente de la respectiva Junta, el Fedatario y un acreedor que represente créditos reconocidos, designado en la misma Junta por ésta.

Ahora bien, tal como se puede apreciar en los párrafos precedentes, si bien todos los acreedores que hayan presentado su solicitud de reconocimiento de créditos hasta los quince (15) días útiles posteriores a la publicación del segundo aviso se encuentran hábiles de participar en la sesión de instalación de la Junta de Acreedores, independientemente de que sus créditos hayan sido reconocidos o no aún, el DU establece un trato diferente entre los acreedores con créditos reconocidos y aquéllos con créditos discrepantes.

En efecto, tanto para el cómputo del quórum de instalación de la Junta de Acreedores, como para el quórum de adopción de acuerdos de la misma, no serán tomados en consideración los créditos discrepantes. En otras palabras, los acreedores titulares de créditos discrepantes hábiles para participar en la Junta de Acreedores, tendrán derecho a voz en sus sesiones, pero no a voto, en tanto se resuelva la discrepancia.

La existencia de tal discriminación en cuanto a los derechos políticos de los acreedores justificaría la implementación del mecanismo denominado “prueba de resistencia”, el cual se analizará más adelante.

Una vez instalada la Junta de Acreedores, en cumplimiento de las disposiciones revisadas anteriormente, los acreedores reunidos en la misma pueden tomar decisiones con trascendencia distinta. En efecto, los acreedores pueden decidir en esta sesión los siguientes temas: (i) elegir de su seno a los acreedores que ejercerán los cargos de Presidente, Vicepresidente y Secretario; (ii) el lugar donde se celebrarán las futuras sesiones; (iii) la sustitución del Fedatario que instruye el procedimiento

correspondiente; (iv) la prórroga del plazo para aprobar el Convenio de Saneamiento; (v) aprobar modificaciones al proyecto de Convenio de Saneamiento; (vi) aprobar el Convenio de Saneamiento; (vii) designar al Comité de Créditos Definitivos; y, (viii) otros acuerdo que se consideren necesarios dentro del marco legal aplicable.

Como se ha señalado, el plazo para que la Junta de Acreedores apruebe el Convenio de Saneamiento es de seis (06) meses, contados a partir de la primera publicación del aviso de convocatoria. Este plazo podrá ser prorrogado por seis (06) meses adicionales, por acuerdo de la misma Junta. Somos de la opinión de que el plazo señalado podrá ser prorrogado sólo por una vez, en razón que, en caso contrario, la Junta de Acreedores podría abusar de tal facultad de prórroga en un procedimiento concursal que tiene como una de sus características esenciales la celeridad y transitoriedad, ya que tiene un período de aplicación limitado.

Las atribuciones de la Junta de Acreedores son las mismas establecidas en el Título IV del TUO y se prolongan durante el plazo señalado en el párrafo precedente, es decir, hasta que el respectivo Convenio de Saneamiento sea aprobado.

Cuando la Junta de Acreedores apruebe el Convenio de Saneamiento, el cual puede contener acuerdos de capitalización, condonación o reprogramación de acreencias, entre otras alternativas viables, concluirá el Procedimiento Transitorio.

Dicho Convenio de Saneamiento es oponible a todos los acreedores de la empresa (con excepción de los acreedores que otorguen nuevos créditos aprobados por los comités, como veremos luego), aún cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta por cualquier motivo, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos, siendo incluso oponible a los créditos de origen tributarios, salvo los acuerdos de capitalización o de condonación. La aprobación del referido convenio no constituye una novación de las obligaciones comprendidas en la masa concursal, sin perjuicio de lo cual (es decir, que no

obstante que éstas obligaciones no se novan), el Convenio de Saneamiento no será oponible a los terceros garantes o fiadores que así lo hubieran previsto al momento de constituirse como tales.

En caso que el Convenio de Saneamiento contemple acuerdos de capitalización o de condonación, deberán observarse diversas pautas a efectos de su validez.

En efecto, si la Junta de Acreedores acuerda capitalizar créditos, los accionistas, asociados o titulares de la empresa deudora, podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente respecto de las acciones o participaciones que se creen como consecuencia de tal capitalización⁽¹⁵⁾; si no se les convoca para tal fin, entonces el acuerdo será nulo. Por su parte, en caso que dicha Junta acuerde una condonación, a los acreedores que hubieran votado en contra, no hubieran asistido a la respectiva Junta o cuyos créditos no hayan sido reconocidos oportunamente, el acuerdo les será oponible en los mismos términos que a los acreedores que, habiendo votado a favor del acuerdo, resulten menos afectados.

En ambos supuestos, es decir, en caso que la Junta de Acreedores acuerde la capitalización o condonación de créditos, se requerirá a tal efecto la mayoría calificada correspondiente, de lo contrario serán ineficaces.

De este modo, el Convenio de Saneamiento aprobado por la Junta de Acreedores correspondiente, determina la conclusión del Procedimiento Transitorio, debiendo cumplirse con todos y cada uno de los acuerdos contenidos en el mismo.

Consideramos que el Convenio de Saneamiento debidamente aprobado, deberá ser inscrito por el deudor en su correspondiente partida del Registro Mercantil en el caso de personas jurídicas o en el Registro Personal, tratándose de personas naturales que realizan actividad empresarial, siendo suficiente a tal efecto la presentación de copia certificada por el Fedatario de dicho documento al Registrador Público.

Asimismo, somos de la opinión de que en caso

(15) Cabe señalar que las empresas del Sistema Financiero pueden capitalizar sus acreencias en las empresas deudoras que se sometan al Procedimiento Transitorio, debiendo provisionar las inversiones producto de dichas capitalizaciones en función a la clasificación de la empresa deudora, de acuerdo con las reglas establecidas por la Resolución SBS No.1071-99, revisada en el punto II.1 del presente artículo.

que el deudor incumpla alguna de las obligaciones contenidas en el Convenio de Saneamiento aprobado, entonces el acreedor o acreedores afectados podrán iniciar las acciones individuales en la vía correspondiente, en aplicación supletoria de lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 99 del TUO, pero no quedará sin efecto dicho Convenio.

Las discrepancias que se produzcan con posterioridad a la referida aprobación del Convenio de Saneamiento serán sometidas a la competencia de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI o de la Entidad Delegada.

Ahora bien, en caso que el Convenio de Saneamiento sea desaprobado por la respectiva Junta de Acreedores o si no es aprobado por la misma dentro del plazo correspondiente, entonces el Fedatario trasladará los actuados a la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI o a la Entidad Delegada, a efectos que ésta proceda a declarar de oficio la insolvencia de la empresa deudora, de conformidad con las disposiciones establecidas para el procedimiento de Declaración de Insolvencia contenidas en el TUO, salvo que ésta haya renunciado al beneficio de suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, tal como se verá más adelante.

d) Instituciones particulares del Procedimiento Transitorio: A continuación procederemos a analizar brevemente aquellas instituciones que le son particulares al Procedimiento Transitorio, es decir, aquellas figuras jurídicas que poseen características propias y que han sido reguladas en el DU especialmente a efectos del tratamiento del mencionado procedimiento concursal.

d.1) Los Comités de Créditos y las obligaciones no concursales: Durante el desarrollo del presente artículo se han mencionado al Comité Transitorio de Créditos y al Comité Definitivo de Créditos, los mismos que intervienen en distintas oportunidades durante la tramitación del Procedimiento Transitorio. Estas figuras constituyen órganos colegiados que cumplen una importante e idéntica función dentro del

Procedimiento Transitorio, cual es tener a su cargo la calificación de todos los nuevos créditos que gestione la empresa deudora, siendo obligación de ésta última comunicar al Comité que se encuentre en ejercicio acerca de tal gestión.

El Comité Transitorio de Créditos inicia sus funciones paralelamente con el inicio mismo del Procedimiento Transitorio, es decir, una vez que el Fedatario constate que los documentos presentados por la empresa deudora para acogerse a éste se encuentran completos. En tal sentido, el Fedatario nombra al Comité Transitorio de Créditos y designa como sus integrantes a los tres (03) acreedores más importantes del deudor (en mérito a la relación presentada por éste) que no guarden vinculación económica con el mismo en los términos del artículo 5 del TUO⁽¹⁶⁾.

Este Comité rige su funcionamiento conforme a lo establecido por la Ley General de Sociedades para el Directorio de las sociedades anónimas, en lo que resulte aplicable. Será presidido por el acreedor titular del mayor crédito declarado por la empresa deudora en la relación que presenta como parte de los documentos exigidos para someterse al Procedimiento Transitorio. No procede la declinación del cargo de miembro de este Comité. Las funciones del Comité se extienden hasta la sesión de instalación de la Junta de Acreedores, la cual nombrará al Comité Definitivo de Créditos.

En tal sentido, el nombramiento del Comité Definitivo de Créditos determina la extinción del Comité Transitorio. La Junta de Acreedores elegirá libremente a los miembros del Comité Definitivo, es decir, sin encontrarse en la obligación de respetar la condición de “acreedores más importantes”, pudiendo presidirlo cualquier acreedor; sin embargo, no podrán integrarlo aquellos acreedores vinculados. El acuerdo debe obtenerse con la mayoría absoluta prevista en el segundo párrafo del artículo 36 del TUO. Asimismo, el Comité Definitivo de Créditos se rige por las disposiciones contempladas para el Directorio de las sociedades anónimas en la Ley General de Sociedades, en lo que resulte aplicable⁽¹⁷⁾.

(16) Se entiende por acreedores más importantes de la empresa deudora a aquellos titulares de los créditos de mayor monto con relación a los demás, de conformidad con lo precisado por el primer párrafo del artículo 7 de la Directiva 003/TRI.

(17) Consideramos que procede la declinación al cargo de miembro del Comité Definitivo de Créditos, toda vez que no existe disposición expresa en sentido contrario, como sí ocurre en el caso del Comité Transitorio de Créditos.

La normatividad aplicable no señala expresamente el plazo hasta el cual el Comité Definitivo se mantendrá en funciones. No obstante ello, podemos deducir por el tratamiento que se le otorga a los nuevos créditos calificados por éste, que dichas funciones se extinguen al aprobarse el Convenio de Saneamiento o, cuando concluya el Procedimiento Transitorio por no haberse aprobado dicho convenio dentro del plazo legal.

Ahora bien, la función de calificación de ambos comités recae sobre los créditos que pueden denominarse “obligaciones no concursales”, es decir, aquellos nuevos créditos que reciba la empresa deudora a partir de la publicación del primer aviso. Tal denominación responde al hecho de que los créditos comprendidos en el Procedimiento Transitorio serán aquellos devengados hasta la fecha de la citada primera publicación, siendo, por lo tanto, “obligaciones concursales”; en consecuencia, los créditos reconocidos con posterioridad a dicho plazo podrán considerados como “obligaciones no concursales” o “créditos post-concursales”.

Estas obligaciones no concursales aprobadas por el correspondiente Comité, dependiendo de la oportunidad en que son otorgados, gozan de un régimen especial, lo cual se explica en la consideración del riesgo que acarrea conceder un crédito a una empresa sometida a un procedimiento concursal. Las reglas consagradas en dicho régimen especial son las siguientes:

(i) Si el Convenio de Saneamiento es aprobado por la Junta de Acreedores dentro del plazo legal, entonces el pago de las obligaciones no concursales se efectuará en las condiciones pactadas entre las partes al momento en que se concertaron, es decir, que a estos nuevos acreedores no les serán oponibles los acuerdos contenidos en el mencionado Convenio.

(ii) Si el Convenio de Saneamiento no es aprobado dentro del plazo legal por la Junta de Acreedores y, luego de la declaración de insolvencia del deudor, la correspondiente Junta aprueba la

reestructuración patrimonial de acuerdo al TUO, el pago de estos créditos post-concursales también se efectuará en las condiciones pactadas entre las partes al momento de su concertación.

(iii) Si en el mismo caso del inciso precedente, la Junta de Acreedores opta no por la reestructuración sino por la liquidación de la empresa deudora, el pago de las obligaciones no concursales gozará de la prelación de pago equivalente a los créditos del primer orden, luego de las remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores.

(iv) Si en los supuestos contemplados en los incisos (i) y (ii) indicados líneas arriba, el deudor incumple con los pagos correspondientes a las obligaciones no concursales, entonces el acreedor o acreedores perjudicados podrán solicitar a la Comisión de Reestructuración Patrimonial respectiva que declare de oficio la liquidación de la empresa deudora, concediéndole la prelación de pago equivalente a los créditos del primer orden, también luego de las remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores⁽¹⁸⁾.

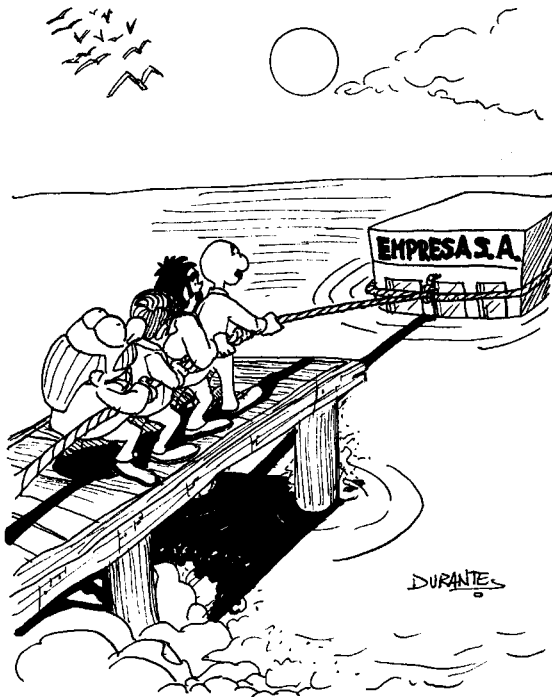
d.2) El “Paraguas de Protección” anticipada del patrimonio: Al igual que en los demás procedimientos que conforman el régimen concursal, en el caso del Procedimiento Transitorio existe un momento a partir del cual se produce un marco de protección legal del patrimonio, el cual tiene por objeto principal evitar la “canibalización” de dicho patrimonio como consecuencia del cobro desordenado que pretendan efectuar los acreedores, estableciéndose la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor, así como la inejecutabilidad de sus bienes, por un período determinado.

En el Procedimiento Transitorio el marco de protección legal opera a partir de la primera publicación de la convocatoria a la sesión de instalación de la Junta de Acreedores. Es por la oportunidad en la cual se instala tal marco que puede denominarse “paraguas de protección **anticipada** del patrimonio”, toda vez que se presenta casi desde el inicio de dicho

(18) En tal supuesto, el acreedor o acreedores perjudicados que soliciten la correspondiente declaración de insolvencia no se encontrarán obligados de cumplir con los requisitos establecidos a tal efecto por el TUO, toda vez que la declaración será efectuada de oficio por la Comisión de Reestructuración Patrimonial y, en tal sentido, dichos acreedores deberán únicamente acreditar el incumplimiento en su solicitud.

procedimiento.

Este marco de protección legal se mantiene hasta que se apruebe el respectivo Convenio de Saneamiento, lo cual se explica en el hecho que, lógicamente, dicha aprobación implicará una serie de acuerdos (capitalización, condonación, reprogramación de pagos, entre otros) que comprenderán y le serán oponibles a todos los acreedores, motivo por el cual el marco de protección pierde utilidad práctica.



De conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 del DU, el marco de protección legal operará en los términos del primer y tercer párrafos del artículo 111 del TUO. En tal sentido, se rescata que la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones devengadas hasta la fecha de la mencionada publicación del primer aviso de convocatoria, no constituye novación de tales obligaciones. Asimismo, se aplicarán las disposiciones contenidas en los artículos 16, 17, 44, 48 y 52 del TUO, en lo que resulten pertinentes.

En consecuencia, el marco de protección legal implica la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones devengadas hasta la publicación del primer aviso de convocatoria; la suspensión de los embargos y demás medidas cautelares trabadas sobre

bienes, dinero o derechos del deudor ordenadas por las autoridades judiciales, arbitrales o coactivas, bajo responsabilidad; la abstención de trabar dichas medidas, salvo que sean en forma de inscripción o que no signifiquen la desposesión de los bienes del deudor o la afectación del funcionamiento de su negocio; la suspensión de los procesos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial, sin perjuicio de que las respectivas autoridades competentes puedan emitir pronunciamiento final.

Ahora bien, resulta sumamente importante señalar que la empresa deudora al momento de acogerse al Procedimiento Transitorio tiene la posibilidad de renunciar expresamente al marco de protección. El ejercicio de esta prerrogativa tiene consecuencias trascendentales.

En efecto, si el Convenio no es aprobado por la Junta de Acreedores dentro del plazo legal o es desaprobado expresamente, entonces el Fedatario traslada los actuados a la Comisión de Reestructuración Patrimonial o la Entidad Delegada respectiva para que declare la insolvencia del deudor. Sin embargo, si dicho deudor había renunciado al marco de protección legal en su oportunidad, entonces no se produce tal traslado, continuando con sus actividades bajo la normatividad general aplicable a la misma.

Finalmente, existe un supuesto en el cual se pierde el marco de protección legal del patrimonio. Efectivamente, el artículo 4 del reciente Decreto de Urgencia No.26-2000 establece que la interposición de acciones de garantía (esencialmente acciones de amparo) por parte de las personas naturales o jurídicas comprendidas **a su propia solicitud** en los procedimientos concursales, entre ellos el Procedimiento Transitorio, determina el levantamiento de la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones concursales.

d.3) Nulidad de actos del deudor: La regla general establecida por el artículo 19 del TUO, aplicada al Procedimiento Transitorio, determina que resulten nulos los gravámenes, transferencias y demás actos y contratos realizados o celebrados por el deudor, ya sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de su actividad, que afecten su patrimonio y que hayan sido celebrados por éste dentro

de los seis (06) meses anteriores a la fecha en que solicitó su acogimiento al citado procedimiento.

Asimismo, se consideran nulos e ineficaces los actos y contratos realizados o celebrados por el deudor detallados en el segundo párrafo del artículo 19 del TUO, a partir de la presentación de la solicitud para acogerse al Procedimiento Transitorio y hasta la fecha en que la Junta de Acreedores apruebe el respectivo Convenio de Saneamiento, lo desapruere o transcurra el plazo legal sin que lo apruebe.

El tercer párrafo del artículo 13 del DU establece una presunción legal en relación con el Procedimiento Transitorio: la existencia de fraude del deudor, del acreedor o de ambos, en los supuestos previstos por el artículo 19 del TUO, la misma que se declarará durante la etapa de reconocimiento de créditos. La severidad que significa incorporar tal presunción legal podría encontrar explicación en la característica de “puerta abierta” que posee el Procedimiento Transitorio, como una medida disuasiva adicional a efectos de evitar la indebida utilización del Procedimiento Transitorio. No obstante, consideramos excesiva dicha disposición y sin justificación sólida, en razón que si la política de “puerta abierta” ha sido implementada por el legislador, entonces éste debe asumir la buena fe de los intervinientes en el procedimiento, principio consagrado en el ordenamiento administrativo y procesal y, sólo luego de realizada la respectiva evaluación del supuesto por el órgano correspondiente, imponer las sanciones a que haya lugar.

d.4) La “Prueba de Resistencia”: La denominada “prueba de resistencia” constituye un mecanismo sumamente complejo, cuya aplicación genera una incertidumbre constante, una inseguridad desgastante (si cabe el término) en relación con los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores y que, en nuestra opinión atenta contra el desarrollo del Procedimiento Transitorio mismo. Intentaremos exponer dicho mecanismo en términos generales, puesto que la explicación exhaustiva de sus numerosas aristas resultaría excesiva para los efectos del presente artículo.

Tal como hemos señalado anteriormente, durante la etapa de reconocimiento de créditos que

realiza el Fedatario como instancia de trámite, pueden producirse discrepancias que se originen por dos (02) supuestos: (i) que el acreedor solicite el reconocimiento de un crédito mayor al presentado por el deudor en su relación de obligaciones; o, (ii) que el acreedor solicitante no haya sido comprendido por el deudor en dicha relación. En tales supuestos, el Fedatario notificará a ambas partes a efectos que concilien respecto del crédito correspondiente, dentro de un plazo de tres (03) días hábiles.

El crédito o el saldo del crédito no conciliado será considerado como una discrepancia, debiendo el Fedatario correr traslado de la misma a la Comisión Ad Hoc a la cual se encuentra adscrito, con la finalidad de que ésta resuelva el crédito discrepante.

La normatividad aplicable no establece un plazo a efectos de que la Comisión Ad Hoc se pronuncie, lo cual constituye una grave omisión del legislador y que genera en gran medida la inseguridad proporcionada por la “prueba de resistencia”. Sin embargo, consideramos que deberá aplicarse supletoriamente el plazo de treinta (30) días hábiles contemplado en el artículo 51 del Decreto Supremo No.02-94-JUS, Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, como consecuencia de tal omisión y del respeto de los plazos contenidos en el DU, la sesión de instalación de la respectiva Junta de Acreedores puede celebrarse con la participación tanto de acreedores titulares de los créditos reconocidos hasta dicho momento, como con acreedores titulares de créditos discrepantes, pudiendo tener un mismo acreedor ambas condiciones e, inclusive, con acreedores titulares de créditos que aún no han sido reconocidos, lo cual no implica que hayan sido calificados como discrepantes.

En la sesión de instalación de la Junta de Acreedores, sólo serán tomados en cuenta para el cómputo del quórum de instalación y para el de adopción de acuerdos, aquellos créditos reconocidos. Los demás acreedores pueden asistir también, pero sólo con derecho a voz.

Precisamente, el derecho político que significa la votación a efectos de adoptar un acuerdo en la Junta de Acreedores, es el que genera la aplicación de la

“prueba de resistencia”, la cual tiene por objeto determinar si dicho acuerdo resiste las posibles variaciones que se produzcan con la confirmación o exclusión de los créditos discrepantes. La “prueba de resistencia” consiste en la simulación de escenarios de votación en los cuales se considerará a los acreedores reconocidos que votaron a favor del acuerdo y se les comparará respecto de un universo de créditos conformado por todos los créditos reconocidos y los créditos discrepantes asistentes a la Junta de Acreedores que expresaron voto en contra del acuerdo o que se abstuvieron de expresarlo.

A efectos de aplicar la “prueba de la resistencia” se requieren tres (03) etapas. La primera etapa consiste en evaluar únicamente el sentido de la votación en un universo conformado exclusiva y excluyentemente por los créditos reconocidos (universo inicial), lo cual es una tarea simple. El Presidente de la Junta registrará el sentido de tal votación y procederá a verificar si se produce acuerdo o no teniendo en consideración los porcentajes legales para el respectivo acuerdo (mayoría absoluta o mayoría calificada).

La segunda etapa comprende a la “prueba de resistencia” en sí, ya que el Presidente procede a comparar el número de votos a favor del acuerdo, obtenidos en la descrita primera etapa, con un nuevo universo de créditos conformado una vez más por todos los créditos reconocidos (universo inicial) y, adicionalmente, sólo por aquellos créditos discrepantes que votaron en contra del acuerdo o que se abstuvieron de expresar sentido de voto. Si a pesar de la ampliación del universo, se obtiene el porcentaje necesario para adoptar el acuerdo, entonces éste mantendrá sus efectos. Por el contrario, si luego de la citada evaluación, no se obtiene el porcentaje requerido, entonces los efectos de acuerdo quedan suspendidos.

La tercera etapa adquiere el carácter de obligatoria en caso que la Comisión Ad Hoc resuelva reconocer créditos que eran discrepantes y siempre que tales créditos hubiesen votado en contra del acuerdo en la respectiva Junta de Acreedores a la que asistieron, siendo que el sentido de dicha votación no permite alcanzar el porcentaje requerido para adoptar el acuerdo. El Presidente efectúa esta evaluación comparando otra vez los créditos reconocidos que

votaron a favor en el universo inicial con un nuevo universo conformado por todos los créditos reconocidos (integrantes del mencionado universo inicial), los nuevos créditos reconocidos por la Comisión Ad Hoc y los créditos discrepantes que votaron en contra del acuerdo o que se abstuvieron de hacerlo. En consecuencia, luego de efectuada esta nueva “prueba de resistencia” el panorama puede variar o no. Si el acuerdo estaba vigente y no resiste la variación, es decir, si luego de la prueba se reduce el porcentaje obtenido en un principio a tal punto que ya no alcanza el porcentaje mínimo establecido por la ley para adoptar el acuerdo, entonces éste se rectifica y pasa a la condición de suspendido. Por el contrario, si luego de esta nueva evaluación, el acuerdo resiste la variación y, por lo tanto, el nuevo porcentaje calculado cumple el mínimo exigido por la ley para adoptar el acuerdo, entonces éste es ratificado.

Esta constituye la descripción, reiteramos que en términos generales, de la “prueba de resistencia”. ¿Qué inconvenientes graves acarrea ésta? En nuestra opinión, en primer lugar, genera una total incertidumbre, toda vez que el acuerdo podrá sufrir constantes cambios en su condición, siendo ratificado o rectificado tantas veces como la Comisión Ad Hoc se pronuncie sobre créditos discrepantes. No hay que olvidar que los acreedores de la empresa deudora sometida a un Procedimiento Transitorio pueden solicitar el reconocimiento de sus créditos no sólo en el plazo señalado en el artículo 10 del TUO (lo que les permite participar en la Junta de Instalación), sino también en cualquier momento, siempre que se trate de obligaciones concursales y mientras dure el procedimiento mismo, siendo créditos reconocidos tardíamente por la Comisión Ad Hoc, con derecho a participar en las futuras sesiones de la Junta de Acreedores.

En segundo lugar, como es obvio, todos y cada uno de los acuerdos que se tomen en dicha Junta pueden ser sometidos a la “prueba de resistencia”, lo cual significa una comprensión caótica en relación con el desarrollo del Procedimiento Transitorio, en razón que la condición de los acuerdos puede ser ratificada o rectificadora en cualquier momento, conforme a lo señalado anteriormente.

Finalmente, un aspecto formal: si bien queda claro que las dos primeras etapas se cumplen en la misma sesión de la Junta donde se somete a consideración el acuerdo, la tercera etapa se realiza en un momento posterior a dicha sesión e impreciso (pues dependerá de la oportunidad del pronunciamiento de la Comisión Ad Hoc en la que reconoce el crédito discrepante), y la normatividad aplicable no señala expresamente si se requerirá que la nueva evaluación la realice el Presidente en sesión formal, es decir, si debe convocar a sesión de la Junta; sin embargo, considerando que los costos de las publicaciones serían sumamente onerosos para el deudor, quien está obligado a sufragarlos, somos de la opinión de que ello no es necesario ni exigible, pudiendo el Presidente realizar tal evaluación individualmente, con la única exigencia de que comunique a la Comisión Ad Hoc acerca del análisis efectuado y los acuerdos cuyos efectos hubiesen resultado suspendidos⁽¹⁹⁾, debiendo en tal caso encargarse de la publicación del aviso sobre la ratificación o rectificación del acuerdo suspendido.

e) Impugnaciones, recursos administrativos y acciones judiciales:

e.1) Acerca de las impugnaciones: En un Procedimiento Transitorio pueden presentarse diversas situaciones que ameriten su impugnación por parte de los sujetos intervinientes en el mismo. En efecto, el DU prevé expresamente tres (03) supuestos: (i) reconocimiento de créditos donde medien situaciones de fraude o irregularidades en general; (ii) acuerdos de la Junta de Acreedores suspendidos, que sean objeto de ratificación o rectificación, u otros acuerdos de dicho órgano; o, (iii) excesiva onerosidad de las obligaciones contenidas en un Convenio de Saneamiento aprobado.

En cuanto al primer supuesto, el artículo 13 del DU establece el derecho que tiene un acreedor de oponerse en cualquier momento, con el debido sustento, al reconocimiento del crédito de otro acreedor cuando medien situaciones de fraude o irregularidades en general, destinadas a conceder al respectivo titular beneficios crediticios que no le correspondan.

El reconocimiento de créditos se encuentra a

cargo del Fedatario, en tanto instancia de trámite, pudiendo efectuarlo también la propia Comisión Ad Hoc en caso que se haya producido anteriormente una discrepancia respecto del crédito entre el acreedor y el deudor, e, inclusive, por los órganos colegiados superiores jerárquicamente si se interpusieron recursos impugnatorios, tal como se verá más adelante.

El supuesto bajo análisis debe ser analizado en base al fraude e irregularidades generales. El DU presume la existencia de fraude en las situaciones previstas en el artículo 19 del TUO (nulidad de actos y contratos del deudor), ya sea del deudor, del acreedor o de ambos, si aquellas se producen dentro de los seis (06) meses anteriores a la fecha en que el deudor presentó su acogimiento al Procedimiento Transitorio; sin embargo, consideramos que la presunción de fraude no se reduce únicamente a este supuesto, sino que comprende también aquellos señalados en la Décimo Primera Disposición Complementaria del TUO, y otros pertinentes.

Ahora bien, en estos casos de eventual concertación fraudulenta, la Comisión Ad Hoc, antes de resolver, debe efectuar una investigación al amparo de las facultades previstas en el Decreto Legislativo No.807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

En cuanto al segundo supuesto, existe la posibilidad de impugnar los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores. Esta prerrogativa no tendría nada de especial, pues en aplicación supletoria del artículo 39 del TUO se da por descontado que el deudor, los acreedores y la propia Comisión Ad Hoc pueden impugnar dichos acuerdos por tres causales: (i) incumplimiento de las formalidades prescritas por la normatividad aplicable, (ii) inobservancia de las disposiciones contenidas en otro dispositivo del ordenamiento jurídico, y/o (iii) si el acuerdo adoptado implica el ejercicio abusivo de un derecho. Sin embargo, como consecuencia de la existencia del complejo y criticable mecanismo de la “prueba de resistencia”, el DU prescribe como una causal especial y adicional a los acuerdos mediante los cuales la Junta

(19) El artículo 11 de la Directiva 003/TRI establece que el incumplimiento de tal deber de información por parte del Presidente de la Junta de Acreedores podrá ser sancionado por la Comisión Ad Hoc; sin embargo, en otra omisión de la normatividad aplicable, no se señala un plazo para que el citado Presidente cumpla lo ordenado.

de Acreedores ratifica o rectifica un acuerdo suspendido en aplicación de la citada prueba, tal como se ha analizado en el ítem d.4 del punto precedente.

El plazo para interponer impugnaciones contra estos acuerdos de la Junta de Acreedores difiere del plazo anterior. En efecto, en estos casos el plazo es de diez (10) días hábiles. Cuando se trate del supuesto de ratificación o rectificación de acuerdos suspendidos de la Junta de Acreedores, tal plazo comenzará a correr a partir del día hábil siguiente al de la segunda publicación del aviso que informa dicha decisión. Cuando se trate de otros acuerdos de la Junta de Acreedores impugnables por las mencionadas causales del artículo 19 del TUO, el plazo se contará a partir del día hábil siguiente al de aquél en que se toma el respectivo acuerdo.

En cuanto al tercer supuesto, los acreedores que hayan votado en contra o que no hayan asistido a la sesión de la Junta de Acreedores en la cual se apruebe un Convenio de Saneamiento que contenga obligaciones que consideren excesivamente onerosas, pueden impugnarlo a efectos que se tomen las medidas correctivas del caso. El plazo para hacerlo es de tres (03) meses contados desde la adopción del acuerdo que aprueba el referido Convenio de Saneamiento.

En los tres supuestos revisados, las impugnaciones se interponen ante la respectiva Comisión Ad Hoc. El DU no establece el plazo para la que dicha comisión resuelva, sin embargo, en aplicación supletoria del numeral 4 del artículo 40 del TUO, ésta deberá resolver dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, contados desde la recepción de la correspondiente impugnación.

Finalmente, si bien el DU señala que cualquier acreedor podrá impugnar el reconocimiento del crédito de otro acreedor por supuesto fraude u otras irregularidades, no precisa a los acreedores que podrán impugnar el acuerdo de la Junta de Acreedores de ratificación o rectificación de un acuerdo suspendido, ni a los que podrán ejercer la acción por excesiva onerosidad.

Somos de la opinión que, al tratarse ambos supuestos de acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores, se aplicará el artículo 39 del TUO, en el sentido que la respectiva impugnación procederá

cuando la interpongan acreedores que en su conjunto representen cuando menos el 10% del monto total de los créditos reconocidos (salvo el segundo supuesto que puede ser impugnado también por el deudor o la Comisión Ad Hoc), es decir, que tienen que ser acreedores titulares de créditos reconocidos, excluyéndose a los discrepantes.

e.2) Acerca de los recursos administrativos: La regla general en cuanto a la impugnación de resoluciones es que sólo pueden ser impugnables aquellas resoluciones que se pronuncien en forma definitiva sobre alguna pretensión, mas no las de mero trámite, las mismas que sirven para impulsar el proceso o que conllevan a la propia resolución definitiva. El plazo para interponer impugnaciones es de cinco (05) días hábiles posteriores a la notificación de la resolución recurrida.

De conformidad con el artículo 13 de la Directiva 003/TRI, los medios impugnativos son los siguientes: (i) Recurso de Reconsideración: se presenta ante la Comisión Ad Hoc que expidió la resolución impugnada, sustentándose necesariamente en nueva prueba instrumental, siendo su interposición facultativa; (ii) Recurso de Apelación: se presenta ante la Comisión Ad Hoc, la cual lo eleva en el plazo de cinco (05) días hábiles a la Comisión de Reestructuración Patrimonial correspondiente, a efectos que ésta resuelva; y, (iii) Recurso de Revisión: se presenta ante la correspondiente Comisión de Reestructuración que resolvió la apelación, la cual lo eleva en el plazo de cinco (05) días hábiles a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI.

En aplicación supletoria del artículo 41 del TUO, el plazo para que cualquiera de las citadas instancias administrativas resuelva será de quince (15) días, el cual se cuenta, en el caso de la Comisión Ad Hoc, desde su interposición y, en el caso de la Comisión de Reestructuración Patrimonial o su Entidad Delegada, y el Tribunal, desde que lo recibieron de la instancia inferior respectiva. La interposición de tales recursos no posee efectos suspensivos.

Contra la resolución expedida por el Tribunal no procede recurso alguno en la vía administrativa, en razón que éste se constituye como la tercera y última instancia y, en consecuencia, pone fin a esta vía con

una resolución que es “cosa decidida”. Sin embargo, el impugnante puede acudir a la vía judicial a través de una acción contencioso administrativa⁽²⁰⁾.

Asimismo, dentro de la vía administrativa, el deudor o cualquier acreedor podrán interponer Recurso de Queja contra el Fedatario, la Comisión Ad Hoc o sus instancias superiores en caso de defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización o infracción de los plazos legales, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 105 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aplicable supletoriamente⁽²¹⁾.

e.3) Acerca de las acciones judiciales: El inicio de acciones judiciales destinadas a restar eficacia a los actos jurídicos generados en un Procedimiento Transitorio, es un tema que cobra enorme relevancia como consecuencia de la expedición del Decreto de Urgencia No.026-2000, de fecha 24 de abril de 2000.

Esta norma precisa que a efectos de ejercer el derecho de impugnación, únicamente proceden los recursos revisados y la acción contencioso administrativa, ante los respectivos órganos competentes y en las vías correspondientes, por lo tanto, no procede impugnar mediante acciones distintas a aquéllas. Esta disposición hace clara referencia a la eventual interposición de acciones de garantía contra las resoluciones emitidas por los órganos administrativos del INDECOPI que intervienen en el Procedimiento Transitorio, así como en los procedimientos previstos en el TUO. Tal precisión se explica en el inadecuado uso de las acciones de garantía, vía judicial extraordinaria, específicamente de las acciones de amparo, mediante las cuales se logra suspender los procedimientos y anular acuerdos.

La norma en cuestión establece, asimismo, que no se admitan a trámite las acciones de garantía que limiten, restrinjan o impidan el acceso de las empresas al Procedimiento Transitorio o a los demás procedimientos concursales, esto a fin de garantizar el

derecho que tienen de acogerse a los mismos.

Sin embargo, la restricción no es ni puede ser absoluta, en mérito al carácter fundamental de los derechos constitucionales que podrían ser vulnerados en dichos procedimientos, lo cual no deja de ser imposible. Es por ello que la norma analizada, si bien establece la inadmisibilidad de las acciones de garantía conducentes a evitar siquiera que se inicie el Procedimiento Transitorio y los demás procedimientos contemplados en el TUO, acepta que dichas acciones pueden presentarse durante el desarrollo de éstos, tanto por el deudor, como por los acreedores.

A pesar de ello, el decreto de urgencia, condena el acto propio del deudor. En efecto, esta norma establece que aquellas personas naturales o jurídicas que se acojan a su propia solicitud al Procedimiento Transitorio o a los demás procedimientos concursales y que interpongan acciones de garantía tendientes a suspender acuerdos o anular actos, perderán el beneficio del marco legal de protección del patrimonio (suspensión de la exigibilidad de las obligaciones e inejecutabilidad de sus bienes).

Por último, las acciones de garantía que se interpongan en el ámbito del DU y de la demás normatividad concursal aplicable, serán conocidas en primera instancia por la Sala Corporativa de Derecho Público de la Corte Superior y en grado de apelación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, con lo cual se jerarquiza el trámite de tales acciones, pues ya no se inician ante el Juez de Primera Instancia. Salvo esta disposición, las demás precisiones contenidas en el decreto de urgencia se aplican a lo procesos en giro, sea cual fuere la etapa en que se encuentren, es decir que aquellas acciones iniciadas antes de la entrada en vigencia de esta norma son conocidas, en primera instancia, por el Juez de Primera Instancia y, en segunda instancia, por la Sala Corporativa de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia.

(20) La acción contencioso administrativa se tramita en la vía judicial del proceso abreviado, siendo conocida en primera instancia por la Sala Civil de la Corte Suprema de la República, y en grado de apelación por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la misma Corte Suprema, conforme al artículo 64 del Decreto Legislativo No.807, que modifica el artículo 17 del Decreto Ley No.25868. Sobre esta acción recomendamos consultar: QUIROGA, Aníbal. *La acción contenciosa y el concepto de “causar estado”*. En: *Ius et Veritas*. Año IX. No.19. Lima, 1999. p.24.

(21) Cabe recordar que de conformidad con el tercer párrafo del artículo 6 de la Directiva 002/DIR, la Comisión de Reestructuración Patrimonial podrá cancelar el registro del Fedatario que fuese objeto de tres (03) recursos de queja que, en su oportunidad, se declaren fundados.

3 El Procedimiento Transitorio: ¿Fortalecimiento o debilitamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial?

La interrogante que se plantea resume el carácter crítico del presente artículo, mediante el cual hemos expuesto el contexto dentro del cual se implementa esta nueva institución concursal, abarcando la normatividad que le es aplicable, describiendo y analizando su estructura, su desarrollo y sus figuras particulares, lo cual conlleva, indefectiblemente, a cuestionarnos acerca de su utilidad práctica y, por lo tanto, pronunciarnos respecto de su justificación y validez jurídica.

En tal sentido, si bien el Procedimiento Transitorio posee características rescatables, consideramos que su implementación ha significado un indiscutible debilitamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, como consecuencia de su escasa técnica legislativa, los numerosos vacíos legales que registra, los cuestionamientos que su inclusión ha generado en relación con la eficacia de los demás procedimientos concursales, entre otros aspectos trascendentales.

A continuación se detallan los principales temas que, en nuestra opinión, confirman la afirmación sostenida líneas arriba sobre el debilitamiento que ha sufrido el Sistema de Reestructuración Patrimonial, de conformidad con los criterios expuestos durante el desarrollo del presente artículo:

a) Técnica legislativa: El legislador que elaboró el DU demuestra una deficiente técnica legislativa, toda vez que dicha norma incurre en numerosos vacíos legales, los cuales han motivado la expedición de la Directiva 003/TRI y otras normas revisadas, a efectos de cubrirlos, objetivo que no ha sido conseguido totalmente, no obstante las precisiones realizadas en estos dispositivos, circunstancia que genera incertidumbre y, en tal sentido, consecuencias prácticas negativas.

Asimismo, tal deficiencia legislativa se refleja en la confusa estructura del DU en sí, existiendo temas dispersos en un articulado desordenado, lo cual impide una debida comprensión del Procedimiento Transitorio.

b) Normatividad conexa: La expedición del DU

provocó una “reacción en cadena” de normas que fueron emitidas sucesivamente y sin mayor criterio, tal como se ha revisado en el punto II.1 del presente artículo. En efecto, el DU exigió un espacio propio dentro del régimen concursal, obligando al INDECOPI a regular diversas instituciones (Fedatario, Comisiones Ad Hoc, entre otras) en plazos tan breves que atentan contra la uniformidad y solidez del propio procedimiento, lo cual refleja una clara descoordinación y falta de planificación del titular del Poder Ejecutivo con esta entidad administrativa, circunstancia que influye negativamente en la apreciación del público en general sobre el Sistema de Reestructuración Patrimonial.

Como se advierte, el debilitamiento de dicho sistema no radica únicamente en las inconsistencias normativas materiales y sus consecuencias prácticas, sino también en la desconfianza que puede generar en la colectividad, lo cual descansa en un plano psicológico y esencial para su éxito.

c) Política de “puerta abierta”: Tal como se ha señalado en el presente artículo, el Procedimiento Transitorio instituye una política de “puerta abierta”, toda vez que cualquier empresa se puede someter al mismo, independientemente del total de sus pasivos o de su situación patrimonial, aspecto que lo diferencia de los demás procedimientos concursales, los mismos que imponen alguna restricción. Si bien esta política podría considerarse congruente con la coyuntura económica y justificaría la existencia de este nuevo procedimiento como vía paralela, tal circunstancia es un síntoma adicional del debilitamiento del régimen concursal.

En efecto, la inclusión del Procedimiento Transitorio, no obstante ser de carácter extraordinario y temporal, conlleva a la reflexión acerca de la validez de los demás procedimientos concursales preventivos, toda vez que la creación de una nueva figura implicaría una insuficiencia por parte del régimen concursal para afrontar coyunturas económicas adversas, siendo precisamente tales situaciones las que deben prevenir o contrarrestar, es decir, las que justifican la existencia de la normatividad concursal.

Asimismo, la implementación de una política de “puerta abierta” permite a cualquier empresa deudora

acceder a un marco legal de protección de su patrimonio y, de este modo, evadir sus obligaciones, al menos en su oportunidad.

Consideramos que no existía la necesidad real de agregar un procedimiento concursal más a los ya existentes y menos aún para manejar situaciones económicas supuestamente transitorias. Más bien, el legislador debió dictar medidas que reforzaran el Procedimiento Simplificado o incluir en el mismo medidas temporales, toda vez que no existen mayores diferencias de fondo y forma entre ambos procedimientos. En otras palabras, se debió aprovechar una figura preexistente, el Procedimiento Simplificado, y esto por dos (02) razones fundamentales: la primera, la posibilidad real de lograrlo a través de un adecuado manejo legislativo y, la segunda, para evitar generar confusión y dudas sobre el régimen concursal.

d) Inseguridad de acuerdos por “Prueba de Resistencia”: Como hemos manifestado, el mecanismo de la “prueba de resistencia”, ideado para determinar si un acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores resiste las posibles variaciones porcentuales que se produzcan con el reconocimiento *a posteriori* de los créditos discrepantes por parte de la Comisión Ad Hoc, resulta de una complejidad extrema y, asimismo, genera una gran incertidumbre acerca de la firmeza de dichos acuerdos, motivo por el cual atenta contra la eficacia del procedimiento mismo.

Nos preguntamos: ¿cuál fue la razón para implementar este mecanismo?. Consideramos que hubiese sido viable mantener el mecanismo contemplado en el artículo 25 del TUO para el reconocimiento tardío de créditos, es decir, que los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores mantienen su validez a pesar de la variación porcentual en la composición de tal Junta que pudiese producir el citado reconocimiento tardío, lo cual no obsta que puedan ser impugnados dentro del plazo legal.

El legislador sacrifica la estabilidad del procedimiento, la mínima seguridad acerca de lo que debe hacerse o cumplirse en virtud a los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores, y lo hace por el derecho de impugnación de algunos acreedores, creando la “prueba de resistencia”, no obstante existir un mecanismo preestablecido por el TUO o la

posibilidad de crear mecanismos más simples y comprensibles para efectos prácticos.

Sin embargo, no es menos cierto que la existencia de la “prueba de resistencia” obedece a la propia fragilidad del Procedimiento Transitorio, toda vez que el reconocimiento tardío de créditos no es el único supuesto que amerita su aplicación, sino también cualquier observación que realice el deudor sobre un crédito que se presente para el reconocimiento respectivo, obligando en tal caso a la Comisión Ad Hoc a resolver, produciéndose una demora que afecta al acreedor en cuanto a su participación en la Junta, pues necesita que se le reconozca su crédito para hacerlo. El problema es que el deudor se puede oponer a tal reconocimiento a sabiendas que su sola observación basta para que la discrepancia sea resuelta en otra instancia y así conseguir que determinados acreedores no participen en la adopción de acuerdos trascendentales.

e) Posible riesgo de acreedores de nuevos créditos: Tal como se ha expuesto en el presente artículo, los acreedores que otorguen nuevos créditos a la empresa deudora sometida a un Procedimiento Transitorio y siempre que éstos sean aprobados por el Comité Transitorio o Definitivo de Créditos, dependiendo de la oportunidad, gozarán de diversos beneficios especiales contemplados en el artículo 15 del DU.

No obstante, existe un supuesto sobre el tema que no ha sido regulado por el legislador, constituyéndose como una preocupante omisión: las consecuencias de la renuncia del deudor al beneficio de suspensión de la exigibilidad de las obligaciones cuando no se aprueba el Convenio de Saneamiento. En efecto, en tal supuesto el Fedatario no realiza traslado alguno del caso a la Comisión de Reestructuración Patrimonial respectiva y, en consecuencia, no se declara su insolvencia, quedando desprotegido el nuevo acreedor, en razón que deberá cobrar al igual que los demás acreedores, perdiendo aquel privilegio que lo convenció a otorgar el crédito al deudor.

El DU debió prescribir una disposición expresa que regule tal supuesto. Los acreedores que otorgaron créditos frescos al deudor y que lo hicieron en mérito al privilegio del que gozarían en casos extremos,

difícilmente podrán reivindicar tal status si la norma no se los continua reconociendo expresamente. La omisión generará una situación injusta que se verá agravada por el hecho de que una Comisión Transitoria o Definitiva de Créditos, creada por el propio DU, fue la que aprobó el correspondiente crédito.

f) Inexistencia de tipo penal adecuado: Uno de los temas que generó mayor polémica con la entrada en vigencia del DU fue la inexistencia de tipicidad penal expresa en relación con los eventuales actos delictivos que se cometan durante la tramitación del Procedimiento Transitorio. En efecto, la Ley No.27146, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, modificó los artículos 209 al 213 del Código Penal, denominando el capítulo donde se ubican como “Atentados contra el Sistema Crediticio”. La modificación operada impone penas expresas por delitos cometidos en los procedimientos de Declaración de Insolvencia, Concurso Preventivo y Procedimiento Simplificado.

Como es lógico, debido a la implementación del Procedimiento Transitorio con posterioridad, mediante el DU, los delitos que pudieran cometerse en dicho procedimiento no podrían ser sancionados por no estar tipificados en el Código Penal y encontrarse prohibida la analogía en este fuero, en aplicación de los principios de legalidad (nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni

sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella) y de prohibición de la analogía (no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde)⁽²²⁾.

Asimismo, se sostiene que los actos indebidos que cometa el Fedatario, en el Procedimiento Transitorio, tampoco poseen tipicidad penal. Estas omisiones, obviamente, reafirman el debilitamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial.

4 A manera de conclusión.

Los vacíos legales contenidos en el DU y en la normatividad aplicable en relación con el Procedimiento Transitorio y sus posibles connotaciones negativas, son numerosos y no se limitan al detalle descrito en el presente artículo. En conclusión y en mérito a lo expuesto, consideramos que el Procedimiento Transitorio evidencia un preocupante debilitamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, correspondiendo al INDECOPI asumir aún mejor el reto de lograr la adecuación oportuna y debida del mismo (a pesar de su supuesta temporalidad) dentro de un régimen concursal que ha demostrado poseer virtudes suficientes como para servir a los fines de reestructuración de las empresas viables o prevenir sus situaciones críticas. *AG*

(22) Según información publicada en el diario *Gestión* de fecha 24 de diciembre de 1999 (p.12), el INDECOPI remitió al Ministerio de Economía y Finanzas un proyecto complementario de decreto de urgencia, a fin de que considere la posibilidad de precisar que las sanciones penales existentes para los procedimientos concursales contemplados en el TUO se aplicaran también al Procedimiento Transitorio. Sin embargo, esta iniciativa no tuvo éxito, considerándose que la legislación penal vigente era suficiente para evitar la impunidad en este nuevo procedimiento.