

HACIA UNA REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO*

Resumen

Conocer los modelos de regulación de los sistemas concursales resulta importante si queremos entender nuestro ordenamiento concursal, principalmente su enfoque, tendencias y resultados deseados. Esto nos permitirá repensar el diseño de concursos formulado en la Ley General del Sistema Concursal. El presente artículo, en base a lo señalado precedentemente, postula un cambio profundo en el esquema del procedimiento concursal que se ha venido desarrollando en los últimos 20 años. Al respecto, propone delimitar el tiempo y espacio de los concursos con la aprobación de los planes de reestructuración y convenios de liquidación, momento en el cual se declararía la conclusión del procedimiento, dejando tras de sí la esfera administrativa del INDECOPI para ingresar a un ámbito enteramente privado. A tal efecto, los instrumentos concursales aprobados por las Juntas de Acreedores contemplarían cláusulas arbitrales con la finalidad de que Tribunales Arbitrales, designados por los propios actores del concurso, resuelvan las controversias suscitadas en la interpretación o ejecución de tales contratos.

I. Introducción

La finalidad de todo procedimiento concursal es propiciar un ambiente idóneo que permita que acreedores y deudores cuenten con un marco adecuado para

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho con mención en Derecho de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual por la misma casa de estudios. Actualmente es Presidente de la Comisión de Procedimientos Concursales – Sede Lima Norte del INDECOPI. Profesor de Derecho Concursal, Arbitraje Comercial y Seminario de Arbitraje en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad San Ignacio de Loyola y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Las opiniones vertidas en el presente artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no vinculan a ningún órgano del INDECOPI.

negociar, ya sea un acuerdo para la continuación de la empresa en el mercado, o bien su salida ordenada; en ambos casos, sin mayores costos de transacción. Bajo esa premisa lo que importa es proteger el crédito, procurando que las decisiones concursales supongan siempre un uso eficiente de los recursos, generalmente escasos, que detenta el deudor en crisis.

Esta idea fuerza se desarrolla con suma claridad en el Artículo II del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC), el cual de cierta manera marca un derrotero a la “filosofía” del régimen de concursos, presente en nuestro país desde 1992¹.

El Título Preliminar de la LGSC es el eje central de esta normativa por cuanto (i) define y desarrolla su objetivo rector referido a la protección del crédito, (ii) recoge y consagra principios clásicos del Derecho Concursal, y (iii) determina la posición que deben ocupar los privados y el Estado al interior del procedimiento².

Atendiendo a lo anterior, corresponde preguntarse si el Sistema Concursal peruano está respondiendo a tal “filosofía”; en concreto, si el diseño legal establecido en la LGSC resulta coherente con este marco conceptual. El presente ensayo plantea una reflexión sobre el tema, para lo cual hace una breve descripción de los modelos regulatorios o sistemas de concursos, para posteriormente evaluar la performance de los procedimientos concursales en el Perú. En base a ello, posteriormente se esboza una propuesta de reforma.

II. Modelos de sistemas concursales

El estado de concurso (insolvencia, en nuestra terminología usual) es, antes que una situación legal, un problema económico y financiero que refleja la incapacidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones por cuanto su patrimonio disponible es insuficiente. Ciertamente es que los presupuestos concursales (usualmente, la cesación de pagos y el desbalance patrimonial con relación al capital de la empresa) deben

¹ La nueva visión del Sistema Concursal peruano opera con el Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, norma que postula un régimen concursal fuera de la justicia común, administrado por una agencia de competencia (INDECOP) y en el cual los actores económicos privados (acreedores) sean los llamados a tomar las decisiones empresariales del negocio insolvente, dentro de un ámbito colectivo.

² Para un estudio mayor sobre el Título Preliminar de la LGSC puede consultarse Del Águila, Paolo (2003).

ser verificados por la autoridad competente para que a ese deudor se le declare concursado, pero ello no enerva el hecho objetivo de la insolvencia misma.

Siendo este el panorama, y sabiendo que la insolvencia como fenómeno económico es altamente dinámico en su concepción, el Derecho Concursal ha buscado dar a tal fenómeno un tratamiento excepcional, sobre la base de métodos o modelos de regulación especiales. A continuación, se dará una explicación simplificada de ellos, teniéndolos como paradigmas para el diseño de un Sistema Concursal.

2.1. Por sus fines: el método de mercado vs. el método gubernativo³

El método de mercado tiene como punto de partida la igualdad de los deudores, lo cual torna innecesario el tratamiento diferenciado de sus respectivas insolvencias. La falencia es concebida como la imposibilidad de atender oportuna y completamente sus obligaciones. De igual modo, los acreedores tienen una situación paritaria (sin perjuicio de que el cúmulo de acreencias sea distinto).

Bajo este paradigma, el método de mercado busca satisfacer los intereses de los acreedores a través de la liquidación del patrimonio del deudor. Con este fin, se ofrece una serie de reglas para maximizar el activo a repartir y reducir los costos de transacción respecto a la forma de esa repartición. Dado que este método trae consigo conflictos de intereses privados entre los acreedores ávidos por recuperar sus créditos, se hace necesaria la participación de los Tribunales. Por tanto, este método es considerado general, liquidatorio y judicial⁴.

Advertimos que el método de mercado parte de un principio de cumplimiento puntual de los créditos. En ese sentido, la inobservancia de tal principio presupone una expulsión del mercado. Justamente la liquidación de la empresa, como señala este modelo, y el reparto del haber resultante entre sus acreedores, es la solución ofrecida por el Sistema Concursal bajo este diseño, frente a la insatisfacción de los acreedores. De esa forma, el método de mercado es uno de naturaleza privada, ajustado a los preceptos de una economía de mercado y donde los actores económicos (acreedores) están en paridad de condiciones y sujetos a un mismo riesgo que es la insolvencia del deudor.

³ Un desarrollo prolijo de este tema puede encontrarse en Bisbal (1986).

⁴ Bisbal, Joaquín. Op. Cit.

El método gubernativo, en cambio, parte de hipótesis de trabajo distintas. Para comenzar los deudores no se hallan en igualdad de condiciones, ya que su estado de crisis es particular en cada caso. Asimismo, los acreedores tampoco son iguales ya que tienen todos intereses contradictorios, pese al vínculo contractual que pueda unirlos con el deudor.

Frente a ello, el método gubernativo busca satisfacer los intereses de los acreedores por medio de la conservación del negocio en crisis, en concreto, a través del cambio de su estructura de créditos, para lo cual se pone a disposición un conjunto de instrumentos financieros tendientes a maximizar el patrimonio del deudor, imponiendo incluso un plan de salvataje a los acreedores. Dado que este método trae consigo muchas veces el uso de fondos del Estado para el saneamiento de intereses privados y públicos, la gestión de conflictos se da vía órganos y procedimientos administrativos. Por ello, se afirma que este método es especial, conservativo y administrativizado⁵.

Con este método, los costos de la crisis producto de la insolvencia se minimizan, optimizando el valor de la empresa en funcionamiento. En ese sentido, el método gubernativo tiene una tendencia hacia el interés colectivo por encima del interés particular, por cuanto si bien la liquidación podría beneficiar a un grupo de acreedores afectados con la insolvencia de su deudor común, la mayoría de ellos no tendría igual beneficio, con lo cual el costo social de esa suma conjunta traería un resultado negativo. Acá, la intervención del Estado se hace más palpable, no en cuanto a la imposición de la conservación de la empresa denostando de los postulados del mercado, sino participando cuando los particulares no pueden apreciar los intereses públicos que puedan ser afectados con sus decisiones concursales, o cuando tales costos resultan muy altos para ellos.

De alguna manera, este método presenta un uso alternativo del Sistema Concursal, que supera la anterior visión liquidatoria (o de sanción), por otra tendiente a favorecer el objetivo de recuperación de la empresa, no en función a los intereses particulares de los acreedores, sino en provecho colectivo de los trabajadores y de la economía, en general⁶.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Candelario Macías, Isabel (1999).

2.2. Por su concepción del Derecho Concursal: tradicionalistas vs. procedimentalistas⁷

Los tradicionalistas otorgan al Sistema Concursal un papel central en la crisis empresarial. De hecho, para ellos, este ordenamiento cumple un rol vital en el saneamiento de las empresas, el cual no sería factible de no existir una protección concursal. De esta manera, el procedimiento concursal debe verse como un espacio aislado, utilitario para los derechos y necesidades de quienes comparecen en él, y alejado de otras esferas, como las decisiones antes de la insolvencia. Bajo esta óptica, el juez concursal debe gozar de una amplia discrecionalidad que le asegure alcanzar las metas del Sistema Concursal, por ende, no está sometido a reglas estándares o preestablecidas.

Nótese que para los tradicionalistas la empresa tiene un valor independiente, desbordante del crédito frente a sus acreedores. Siendo así, las medidas que tales acreedores puedan tener en salvaguarda de sus intereses individuales traería efectos secundarios calamitosos, como quiebras en cadena y pérdidas de puestos de trabajo. Bajo este paradigma, se ofrece a la empresa en crisis una segunda oportunidad, esto es, una opción de rehabilitación que se presume intrínsecamente buena.

A tal efecto, el juez concursal debe confirmar el plan de la empresa aun cuando los acreedores con preferencias tengan una inclinación por liquidarla, siendo por lo tanto dicha participación judicial más que relevante. Para los tradicionalistas el procedimiento concursal está enmarcado por las negociaciones entre los actores del proceso, mediados por la acción del juez del concurso, quien los motiva y hasta conmina a negociar y ceder. Ello es posible porque para los propulsores de este método, el Derecho Concursal es diferente a cualquier otra rama del orden legal, siendo así que goza de caracteres y alcances propios.

Por su parte, los procedimentalistas propugnan un sistema que se ciña a las leyes del mercado en relación al destino de la empresa en crisis. Son escépticos *a priori* sobre las bondades conservativas del Sistema Concursal, y por el contrario, postulan que la permanencia o no de la empresa insolvente debe sustentarse en factores de mercado. En ese sentido, la normativa concursal no puede verse ni concebirse aisladamente, sino en conjunto con otras áreas de la actividad económica, en las cuales tiene impacto.

⁷ Nociones tomadas básicamente de un ensayo de Douglas Baird sobre este tema. Baird, Douglas (2005).

Para los procedimentalistas la labor del juez concursal es la de un árbitro, en cuanto debe ser neutral al resultado que se adopte respecto de la empresa en crisis, siendo su misión dentro del proceso cautelar su legalidad, los derechos mínimos de los acreedores, así como el acceso a la información relevante por parte de éstos.

Bajo este último paradigma, el Derecho Concursal no debe postular ni la reestructuración ni la liquidación, sino asegurar el uso y reasignación eficiente de los activos de la empresa. La idea central para este modelo en el marco de un procedimiento de insolvencia es “...*crear un conjunto de incentivos tal que las decisiones que se adopten sean las que adoptaría una persona si es que fuera la única dueña de la empresa*”⁸.

En ese orden de ideas, el juez concursal carece de discrecionalidad, por cuanto no tiene la competencia para tomar las decisiones del negocio, ni menos para atribuirse infalibilidad por sobre las reglas del mercado. Es en primer lugar el deudor quien postula el plan de reorganización del negocio, basándose en la viabilidad de su actividad principal; y aquí debe convencer a sus acreedores respecto de las utilidades que se obtendrían con esta reorganización, caso contrario, el mismo deudor deberá presentar a sus acreedores un proceso por el cual maximizar la venta de sus activos⁹.

2.3. Por la oportunidad de su aplicación: derecho concursal vs. derecho preconcursal

En este caso, más que referir a dos enfoques opuestos o distintos, nos encontramos ante nociones complementarias del Sistema Concursal.

La primera, bajo una concepción clásica, es el conjunto de normas sustantivas y procesales que regulan las situaciones de crisis patrimoniales o falencias económicas. Se constituye como un régimen excepcional y transitorio que se orienta al tratamiento de patrimonios con problemas financieros, a través del actuar colectivo de sus acreedores. Nótese que el Derecho Concursal tiene su punto de partida en la insolvencia del deudor, así pues, es esa situación la que justifica el uso del andamiaje concursal.

⁸ Baird, Douglas. Op. cit., p. 14.

⁹ Crames, Edelman y Kress (1998).

Para que acontezca lo anterior es obligatorio que la autoridad concursal verifique el cumplimiento de los presupuestos concursales, es decir, de las situaciones previstas en la normativa pertinente que ameritan la declaración de concurso o insolvencia, y con ello el despegue de todos los efectos de dicha situación.

El derecho preconcursal, por su parte, incorpora una visión moderna de los sistemas concursales, postulando su intervención en una fase germinal, y no en estados avanzados de crisis económica en los que el desenlace es casi siempre irreversible. Acá no nos encontramos ante situaciones de insolvencia, pero sí de dificultades que perfectamente pueden funcionar como una señal anticipada de la insolvencia definitiva¹⁰.

El derecho preconcursal propugna entonces una acción preventiva, con la finalidad de no afectar negativamente la aplicación de normas concursales cuando el futuro de la empresa deudora es totalmente incierto. Con este fin, a partir de este enfoque resulta imperativo generar incentivos adecuados para que el deudor se halle animado de ingresar al Sistema Concursal en esta fase, teniendo presente que estados de “pre crisis” propios de empresas en dificultades, más bien pueden propiciar efectos contrarios, esto es, incentivos perversos para que los propietarios del negocio implementen comportamientos oportunistas vinculados a los denominados costos de agencia¹¹.

Los incentivos para promover un uso mayor y oportuno de las soluciones pre concursales bien podrían derivarse de los beneficios de la conservación de la administración y gestión de la empresa, el mantenimiento de la Junta de Accionistas como el máximo órgano de decisión de la sociedad, la limitación de los poderes y facultades de las Juntas de Acreedores, y la simpleza y prontitud en el diseño procedimental que pudiera implicar el uso de este Derecho, entre otros¹².

Como puede observarse, derecho concursal y derecho preconcursal, más que tener una concepción o fines diferentes, comparten una idea común: el uso eficiente y oportuno de las normas concursales, lo que redundaría en la eficacia del sistema. Son, por lo tanto, regímenes que se complementan muy bien, sin menoscabar la autonomía de uno respecto del otro.

¹⁰ Fernández del Pozo, Luis (2001).

¹¹ Fernández del Pozo, Luis. *Ibid.*

¹² Varios de estos caracteres los podemos encontrar en la regulación del procedimiento concursal preventivo previsto en los artículos 103 a 113 de la LGSC.

III. El procedimiento concursal en el Perú: reflexiones para una reestructuración

En nuestro país el Sistema Concursal está construido sobre la base de un procedimiento administrativo seguido ante el INDECOPI, el cual tiene dos fases marcadas. La primera –fase preconcursal– involucra la verificación del estado concursado o declaración de éste¹³ y abarca hasta el momento mismo de la difusión del concurso a través del diario oficial¹⁴, hito importante en el procedimiento por cuanto implica tres cosas: (i) el llamado a los acreedores del concursado a presentarse para el reconocimiento de sus créditos; (ii) la línea divisoria entre los créditos concursales de los llamados créditos post concursales; y (iii) el inicio de los efectos del concurso sobre el patrimonio del deudor, esto es, la suspensión de pagos y la protección patrimonial.

La segunda fase del procedimiento –etapa concursal, propiamente dicha– empieza con el cierre de la fase anterior (publicidad del concurso) y culmina, bien con el pago de todos los créditos reestructurados conforme al plan de reestructuración, o bien con la declaración judicial de quiebra, en tanto se agotó el activo de la empresa, habiendo aún pasivo pendiente, en el proceso de liquidación.

La primera fase importa la participación del deudor concursado, eventualmente del acreedor que solicita ese concurso y del INDECOPI; en tanto, la segunda fase se expande al resto de acreedores concursales (en el caso de la reestructuración) o a todos los acreedores (en el caso de la liquidación), además de los administradores y liquidadores, según corresponda.

Por otra parte, en la primera fase del procedimiento, la actuación de la autoridad concursal es preponderante para su desarrollo e impulso. Así, sin la constatación de ésta no hay declaración de concurso, no hay efectos en el patrimonio del deudor ni hay convocatoria a los acreedores. En la segunda fase, en cambio, el INDECOPI, luego del reconocimiento de créditos, asume un papel secundario, dado que serán los acreedores quienes en Junta tendrán en sus manos la marcha y destino de la empresa en crisis.

¹³ Aquí encontramos las 4 manifestaciones de ingreso al concurso, o presupuestos concursales, a saber: el desbalance o insuficiencia del patrimonio deudor, la cesación de pagos, la liquidación directa por apercibimiento judicial y el concurso ordinario por fallo del procedimiento preventivo, regulados en los artículos 24, 26, 30 y 109 de la LGSC, respectivamente.

¹⁴ Ver artículo 32 de la LGSC.

El diseño explicado del procedimiento concursal peruano, ¿se adscribe al método de mercado o al gubernativo? ¿Se basa en una concepción tradicionalista o procedimentalista del concurso?

Considero que la respuesta es ni lo uno ni lo otro. Si bien inicialmente podemos sentirnos tentados a proclamar una visión de “mercado” del Sistema Concursal peruano o “procedimental” del concurso, ello no sería correcto. Es cierto que de una revisión de la LGSC, principalmente del Título Preliminar, se observa un interés por maximizar el patrimonio del deudor siguiendo parámetros de mercado; no obstante, ello no implica *per se* que el marco regulatorio sea liquidatorio. De igual forma, aun cuando la intervención de la autoridad concursal se subordina a la acción de los acreedores, ésta siempre está presente, tanto es así que tiene la capacidad de declarar nulos planes o convenios que no respeten mínimos legales, conforme al artículo 118 de la LGSC.

En efecto, el Sistema Concursal peruano tiene en cuenta los métodos o modelos regulatorios estudiados pero, dado que son paradigmas teóricos y visiones extremas, se sirve de ellos para construir un orden concursal propio e intermedio, tributario de ambas concepciones, que busca un diseño conjugando ambos modelos o modos de concebir al Derecho Concursal.

En este estado de cosas, ¿cabe replantear el “modelo” concursal peruano? Pienso que no; justamente la bondad de nuestro sistema está en su neutralidad, en no ser a rajatabla un sistema conservativo ni liquidatorio, en no ser un esquema predispuesto o diseñado en los estándares de uno u otro método de comprensión de los concursos. Por el contrario, el modelo concursal peruano goza de flexibilidad y con eso otorga a sus actores el aire suficiente para acomodar sus acciones a lo más conveniente a sus intereses. En ese sentido, no viene marcado por una dogmática determinada, sino abierto a recibir las notas distintivas de uno u otro método, que es lo que lo hace un sistema particular.

Sin embargo, si bien es cierto que el cambio no debe estar basado en los paradigmas o modelos regulatorios extremos del Sistema Concursal, estimamos que las reformas del mismo deben apuntar a la funcionalidad del procedimiento. Por ejemplo, en lo que respecta a su temporalidad llama la atención que, actualmente, los procedimientos concursales sean de duración indefinida, es decir, se sabe cuándo comienzan, pero no se tiene ni la más remota idea de cuándo terminan. Así, existen concursos que pasan de una década, marcados por planes de reestructuración a muy largo plazo, o por liquidaciones que no están operativas y en las que no se vislumbran las condiciones para que puedan marchar.

La contemplación, y hasta anuencia, de la LGSC a estas situaciones relaja el interés de deudores y acreedores para tomar decisiones frente a la crisis, provocando una suerte de parálisis en las actuaciones concursales, determinando con ello que un estado (la insolvencia) que estaba llamado a ser excepcional y temporal, se convierta en uno general y permanente en el tiempo.

Atendiendo a lo anterior, resulta necesario un rediseño del procedimiento que lo torne más directo, corto y predecible. Siendo que el objeto del Sistema Concursal (y por ende del uso de su procedimiento) es proteger el crédito a través de la negociación y decisión de los actores económicos involucrados, dicha finalidad se cumpliría con la consiguiente aprobación del instrumento concursal: Plan de Reestructuración o Convenio de Liquidación, según corresponda. Desde esa óptica, ése debe ser el momento culminante del concurso y no ir más allá, al menos dentro de la esfera del procedimiento concursal.

De esa manera, el procedimiento concursal mantendría las dos fases antes explicadas: la pre concursal, tal como está concebida, y la concursal, pero en el caso de esta última, su punto final sería la aprobación del instrumento regulador de las obligaciones, sea de un modo conservativo o liquidatorio. En ese estado –y siempre que tal acuerdo se halle firme o consentido– se declararía la conclusión del procedimiento administrativo concursal, ya que las relaciones contractuales del deudor con sus acreedores estarían reguladas en el Plan o Convenio, y de presentarse controversias u observaciones (como seguro se dará en algunos casos) éstas tendrían que ser resueltas en la esfera privada.

Para dar operatividad a esta propuesta, los instrumentos concursales aprobados por las Juntas de Acreedores deberían contemplar una cláusula arbitral que someta expresamente cualquier controversia derivada de ellos a la competencia de un Tribunal Arbitral para su resolución, lo cual no es alejado de la realidad¹⁵.

En efecto, los Planes de Reestructuración y Convenios de Liquidación son, propiamente, contratos celebrados por una pluralidad de partes que instauran derechos y obligaciones para todos ellos, con la particularidad de su oponibilidad respecto de las partes ausentes o renuentes a su aprobación¹⁶.

¹⁵ Al respecto, basta revisar los artículos 73 y 79 de la LGSC.

¹⁶ En un trabajo anterior se desarrollan estos conceptos. Ver Del Águila, Paolo (2005). Plan de Reestructuración: Aprobación, ejecución e incumplimiento. En: *Derecho & Sociedad* N° 25. Lima.

En ese orden de ideas, formular una solución arbitral –fuera del ámbito del INDECOPI– a las controversias que se presenten no es una opción alejada a la realidad de los contratos celebrados entre particulares, e incluso el mismo Estado, y que entrañan una serie de derechos patrimoniales, esto es, derechos disponibles sobre los cuales perfectamente se puede arbitrar¹⁷.

Cabe advertir que la solución arbitral formulada dista de propuestas anteriores relativas a arbitrar las insolvencias a través de cláusulas arbitrales contempladas en los Estatutos de las empresas¹⁸. Tales propuestas llevaban implícita una imposición a arbitrar a terceros ajenos al pacto arbitral, y respecto del cual no podían tener facultad de decisión (piénsese en el crédito de naturaleza tributaria o previsional, por ejemplo) o ésta era muy limitada (la mayoría de los créditos laborales). Además, la pluralidad de partes tornaba complicado el mecanismo de designación de árbitros, más aún cuando existen intereses contrapuestos de los distintos tipos de acreedores. Por último, costos de transacción elevados y la participación de acreedores vinculados generaban problemas operativos a esta propuesta¹⁹.

Planteamos, por tanto, la arbitrabilidad del concurso de manera *ex post*, es decir, cuando ya se declaró la insolvencia y se verificaron los créditos, cuando se convocó a la Junta de Acreedores y ésta, dadas sus atribuciones legales, adoptó acuerdos reorganizativos o liquidatorios, con respeto a las normas de orden público contempladas en la LGSC. Allí se presenta el momento oportuno de salir del procedimiento administrativo del INDECOPI, debiendo deudor y acreedores ajustarse a los términos y condiciones del contrato (Plan o Convenio) aprobado. La solución a la crisis de la empresa ya está planteada, por lo que, a nuestro juicio, carece de objeto prolongar la permanencia en INDECOPI. El instrumento concursal debe ser ejecutado, y de presentarse problemas acerca de su interpretación o ejecución, corresponderá a un Tribunal Arbitral laudar al respecto.

¹⁷ De acuerdo con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, ley que norma el arbitraje, “pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

¹⁸ Sobre este particular ver Ezcurra, Huáscar (1998).

¹⁹ La propia LGSC desestimó de plano esta posibilidad cuando en el párrafo primero del artículo 2 señala “La ley se aplica obligatoriamente a los procedimientos concursales de los deudores que se encuentren domiciliados en el país, sin admitir pacto en contrario. No son oponibles para efectos concursales los acuerdos privados relativos a la sustracción de la ley y jurisdicción peruana.

Las ventajas comparativas del arbitraje concursal bajo la óptica planteada sobre el modelo procedimental actual son las siguientes:

- i. Celeridad: La decisión arbitral es de instancia única. En la otra orilla tenemos una decisión administrativa que puede darse en dos instancias (Comisión y Tribunal del INDECOPI) y la posibilidad siempre abierta del contencioso administrativo.
- ii. Técnica: El Tribunal Arbitral está conformado por árbitros designados por los propios implicados, que en puridad son especialistas y expertos en el rubro y tipo de negocio en reorganización o liquidación sometido a su consideración.
- iii. Flexibilidad: Los acreedores instauran reglas propias para el eventual arbitraje, basadas en las necesidades y requerimientos del instrumento concursal aprobado.
- iv. Efectividad: El laudo arbitral es definitivo, inimpugnable, tiene la calidad de cosa juzgada y es de obligatorio cumplimiento desde su notificación. Por consiguiente, su ejecutabilidad es mucho más alta si lo comparamos con decisiones administrativas o judiciales.

La aplicación del arbitraje concursal propuesto traería consigo: (i) limitar la acción del Estado a lo estrictamente necesario frente al problema de la insolvencia, lo cual redundaría en la reducción de los tiempos del procedimiento concursal; (ii) descongestionar los trámites y procesos seguidos ante INDECOPI, lo cual coadyuvaría a redireccionar sus energías y recursos a los campos de su competencia, abonando a su eficiencia; y (iii) liberalizar el concepto mismo del concurso, trasladando, luego de su etapa “pública” a un ámbito enteramente privado, regulado por el arbitraje, en lo que a conflictos posteriores se refiere.

IV. Reflexión Final

El Sistema Concursal peruano no asume totalmente ninguno de los métodos regulatorios concursales paradigmáticos. Por el contrario, se nutre de sus nociones y de esa forma diseña un modelo propio, basado en la flexibilidad y decisiones privadas en procura de la protección del crédito, objeto que nos parece adecuado.

La reestructuración del sistema propuesta en el presente artículo, apunta más bien a reducir costos de administración y, a través de ella, hacer más eficiente la labor del INDECOPI y más efectiva la ejecución de los acuerdos concursales plasmados en los Planes de Reestructuración y Convenios de Liquidación. Bajo esta fórmula

el procedimiento concursal finalizaría con la aprobación de tales instrumentos, dejando la esfera administrativa del INDECOPI y su campo de acción, pasando así a una esfera privada dominada por el pacto arbitral y las decisiones (laudos) de un Tribunal Arbitral, en caso se presenten controversias sobre los derechos patrimoniales previstos en esos contratos.

Seguro que al lector le asaltarán a lo largo del ensayo, y sobre todo en este momento, una serie de inquietudes, dudas, acaso objeciones, a esta proposición. De pronto sentirá mayor seguridad de continuar con el procedimiento concursal tal como está: por siempre en el ámbito del Sistema Concursal actual, pese a las demoras, poca efectividad y críticas que eso produce. A fin de cuentas, es lo conocido y practicado en los últimos veinte años.

No obstante lo anterior, ¿acaso no es bueno replantear el modelo concursal, sin cambiar su esencia, con el fin de hacerlo más dinámico y efectivo? ¿Acaso no tenemos instituciones legales, como el arbitraje, más desarrolladas hoy en día, que nos permiten usarlas a favor de los procedimientos concursales, cosa que antes no teníamos? ¿Acaso el procedimiento concursal es una entelequia estática, reactiva a sus cambios adjetivos, e incluso sustantivos? ¿Acaso los procedimientos concursales son actualmente lo suficientemente efectivos como para frenar cualquier iniciativa de cambio? ¿Acaso no se pueden potenciar las funciones y labores del INDECOPI con un rediseño de su papel en los concursos, en vez de cargarlo de nuevas responsabilidades que de seguro no tendrá recursos para asumir a cabalidad?

Estas, entre otras preguntas, son las que nos llaman a poner sobre la mesa las propuestas de reforma del Sistema Concursal peruano, discutidas en el presente artículo.

Referencias

- BAIRD, Douglas (2005). “Axiomas concursales aceptados”. En: Themis, Revista de Derecho. Lima.
- BISBAL, Joaquín (1986). “La empresa en crisis y el derecho de quiebras”. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia.
- CANDELARIO MACÍAS, Isabel (1999). “El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales”. Editorial Comares. Granada.

- CRAMES, Michael, EDELMAN, Herbert y Andrew KRESS (1998). "The fundamentals of bankruptcy and corporate reorganization". Juris Publishing. USA.
- DEL ÁGUILA, Paolo (2005). "Plan de Reestructuración: Aprobación, ejecución e incumplimiento". En: Derecho & Sociedad N° 25. Lima.
- DEL ÁGUILA, Paolo (2003). "Poniendo los puntos sobre la íes: Objetivos, principios y líneas matrices del Sistema Concursal". En: Foro Jurídico N° 2. Lima.
- EZCURRA, Huáscar (1998). "La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un instrumento de reducción de costos de transacción". Gaceta Jurídica, pp. 27-36, Tomo 57, Agosto.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (2001). "Posibilidad y contenido de un Derecho Preconcursal". Marcial Pons. Madrid.