

DERECHO CONCURSAL

Temas de actualidad

Coordinador
Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero

Derecho Concursal

Prólogo
Aurelio Gurrea Chalé



Derecho Concursal

Impreso en Perú

Printed in Peru



© **Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero**
Coordinador

Editado por:

© **Grupo Editorial Lex & Iuris SAC**
Jr. Miguel Aljovín 203 Lima, Perú
Whatsapp 983 278 612
Correo electrónico: ventas@grupolexiuris.com
Sitio web: www.grupolexiuris.com

Primera edición: setiembre 2024

Tiraje: 1000 ejemplares

Diseño de carátula: Carlos García

Impresión: Talleres gráficos del Grupo Editorial Lex & Iuris SAC

Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio
sin autorización de la editorial.

ISBN: 978-612-4334-42-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-08937

Impreso en:

Talleres Gráficos de la Editorial Lex & Iuris
Jr. Miguel Aljovín 203, Lima, Lima, Lima.

Setiembre 2024

Índice General

Prólogo	13
AURELIO GURREA CHALÉ	
Principios del derecho concursal	23
EFRAÍN HUGO RICHARD	
Principios del derecho concursal en la ley peruana	43
FRANCISCO BARRÓN VELIS	
1. Cuestiones generales	43
2. Los principios.....	47
La Administración como ente Rector de los Procedimientos Concursales.....	65
DANIEL SCHMERLER VAINSTEIN	
1. Introducción	65
2. La Administración de la persona jurídica en la Fase Preconcursal.....	66
3. La Administración de la persona jurídica en la Fase Concursal antes de la formación de la Junta de Acreedores.....	72
4. La Administración de la persona jurídica en la Fase Concursal luego de la formación de la Junta de Acreedores.....	78
5. Conclusiones.....	93
Comentarios a la Directiva n.º 001-2020-DIRCOD-INDECOPI que regula las reuniones virtuales de la Junta de Acreedores, implementación y formalidades para su realización y su relación con la modernización del procedimiento concursal	101
CARLOS ALBERTO CARBAJAL RUIZ	
1. Aspectos Generales.....	101
2. La Directiva n.º 001-2020-DIRCOD-INDECOPI.....	102
3. La modernización del procedimiento concursal en sede administrativa.....	106
4. Reflexión Final.....	109



Una comparación entre el derecho inglés y el peruano sobre las acciones de reintegración patrimonial del deudor	113
ANTHONY LIZÁRRAGA VERA-PORTOCARRERO	
1. Introducción	113
2. Antecedentes de las acciones de reintegración patrimonial	114
3. Voidable transactions en el derecho inglés	115
3.1. Transactions at an undervalue	115
3.1.1. El deudor insolvente se debe encontrar en un proceso de liquidación	116
3.1.2. Transacciones por debajo de su valor	116
3.1.2.1. La transacción debe ser celebrado en un periodo de tiempo relevante	119
3.1.3. Protección a terceros adquirentes	119
3.2. Preferences	120
3.2.1. Excepciones a los preferences	122
3.3. Principales casos ingleses	123
3.3.1. Phillips v Brewin Dolphin Bell Lawrie Ltd (2001)	123
3.3.2. Re MC Bacon Ltd (2009)	124
4. Acciones concursales de reintegración patrimonial en el Perú	125
4.1. Antecedentes de la ley concursal peruana	125
4.2. Marco legal de la ineficacia concursal en el Perú	127
4.2.1. Reglas generales	127
4.2.1.1. El deudor se debe encontrar en un procedimiento concursal	127
4.2.1.2. El juez como autoridad para declarar la ineficacia concursal	127
4.2.2. Primer nivel	128
4.2.2.1. Desarrollo normal de la actividad del deudor	128
4.2.2.2. El acto de disposición haya disminuido el patrimonio del deudor	129
4.2.2.3. Período de tiempo relevante	129
4.2.3. Segundo nivel	130
5. Comparación entre las acciones de reintegración patrimonial del deudor en la regulación inglesa y peruana	131
5.1. Tipos de ineficacias	131
5.2. Restitución de los activos	132
5.3. Buena fe	132
6. Conclusiones	133



Análisis Comparado a los deberes de los directores en Zona de Insolvencia:	
El Camino hacia la modernización del Derecho Concursal	137
PAMELA PIJAL TERÁN	
1. Introducción	137
2. El Conflicto de Intereses entre Deudores y Acreedores en Zona de Insolvencia	139
2.1. La Conducta Oportunista de Accionistas (Shareholder Opportunism)	139
2.2. Los Deberes y Responsabilidades de los Directores (Directors' Duties).....	141
3. Un Modelo Eficiente de Directors' Duties demanda un Derecho Concursal Moderno.....	146
4. Conclusión	150
5. Referencias	151
 La indicencia de la declaración de concurso sobre la cláusula arbitral en la legislación española.....	159
JOSÉ PAJARES ECHEVERRÍA	
 La actuación de los administradores societarios en las reestructuraciones preconcursales de la legislación española de insolvencia	169
ANA BELÉN CAMPUZANO	
1. Consideración general	169
2. Los planes de reestructuración preconcursales.....	175
2.1. Los marcos de reestructuración preventiva: las alertas tempranas y la probabilidad de insolvencia.....	175
2.2. El preconcurso: la comunicación de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración.....	182
3. El no desapoderamiento del deudor en la reestructuración preconcursal.....	191
4. Bibliografía	210
 Valoración de activos en los procesos concursales previstos en la Ley 1116 de 2006	217
DIANA RIVERA ANDRADE	
1. Alcance	217
2. Origen e hitos históricos de la valoración	220
3. Historia u origen de la valoración en el concurso	226
3.1. Derecho Romano	226



3.2. Las Siete Partidas.....	228
3.3. Del Derecho Romano a Salgado de Somoza	229
4. Evolución de las normas concursales en Colombia con relación a la valoración.....	230
5. Regulación concursal de la valoración, avalúos y evaluadores.....	231
5.1. Ley 1116 de 2006 y Decreto 1074 de 2015.....	231
5.1.1. Ley 1116 de 2006	232
5.1.2. Decreto 1074 de 2015	235
5.2. Normas especiales de evaluadores y avalúos: Ley 1673 de 2013	235
5.2.1. Ley 1673 de 2013	237
5.2.2. Decreto 556 de 2014 por el cual se reglamenta la Ley 1673 de 2013	240
5.2.3. Decreto 1074 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.....	241
5.2.4. Decreto 1170 de 2015 Decreto Reglamentario Único del Sector Administrativo de Información Estadística.....	241
5.3. Normas procesales de valoración, avalúos y evaluadores.....	242
6. Escenarios de valoración en los procesos de reorganización y liquidación judicial.....	243
6.1. En el proceso de reorganización empresarial, se pueden identificar los siguientes eventos:	243
6.2. En el proceso de liquidación judicial.....	244
7. Excepciones a la valoración	245
8. Casuística en la valoración de determinados activos.....	248
9. Controversias relativas a la valoración	251
10. Conclusión	261
 Liquidaciones: visión panorámica y ventana de oportunidad	265
CARLOS DE LA PUENTE SANDOVAL	
1. Resumen	265
2. Introducción	266
3. Características Estructurales de las Liquidaciones Concursales en el Perú	268
4. Perspectivas del Sistema Concursal al cierre del 2022.....	269
5. Perspectiva Internacional y Experiencias Comparables.....	278
6. Ventana De Oportunidad	282
7. Conclusiones	282



8. Referencias	284
9. Anexos	285
 Insolvencia de personas naturales.....	 291
JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO	
1. Introducción	291
2. Del sobreendeudamiento a la insolvencia del consumidor	294
3. La incidencia de la reformulación del modelo económico en el tratamiento de la deuda de consumo.....	298
4. La modelación de las respuestas de prevención de la insolvencia a la luz de la deficiencia de las herramientas informativas y la configuración del principio del préstamo responsable	303
5. La modelación de las respuestas de solución de la insolvencia a la luz del principio del nuevo comienzo (<i>fresh start</i>) y de la simplificación de los procedimientos.....	306
6. Bibliografía	309
 El nuevo concurso civil mexicano.....	 315
ROSA M. ROJAS-VÉRTIZ	
1. Introducción	315
2. El concurso civil regulado en los códigos de procedimientos civiles locales	315
3. El nuevo concurso de acreedores en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.....	319
3.1. Los aspectos fundamentales de los sistemas de insolvencia de personas naturales y la rehabilitación del deudor.....	321
3.2. Aspectos generales del “Concurso de Acreedores” en el CNPCyF..	323
3.3. El convenio de acreedores	325
3.4. El procedimiento extrajudicial.....	326
3.5. El proceso judicial.....	328
3.6. El descargo de obligaciones	330
3.7. La acción revocatoria.....	331
4. Conclusiones	332
 Insolvencias transfronterizas: el chapter 15 y la cooperación internacional.....	 337
MICHELLE BARCLAY THORNE	
1. La Cooperación Internacional	339
2. El Chapter 15 como Herramienta de Cooperación Internacional	341



2.1.	La Ley Modelo y los Antecedentes del Chapter 15.....	341
2.2.	El Propósito del Chapter 15	343
2.3.	Conceptos Relevantes para el Manejo de un Chapter 15.....	344
2.4.	Los Parámetros para el Otorgamiento de Cooperación Internacional.....	345
2.5.	Los Requisitos para Acceder al Reconocimiento en el Chapter 15..	347
3.	Las Medidas de Asistencia que se pueden brindar en el Chapter 15.....	351
3.1.	Asistencia en el Periodo Interino.....	351
3.2.	Asistencia junto con el Otorgamiento del Reconocimiento.....	353
3.3.	Medidas en Procedimientos Principales Extranjeros	353
3.4.	Medidas Generales para Procedimientos Principales o No Principales Extranjeros.....	354
3.5.	La Asistencia Adicional	355
3.6.	La Asistencia Adicional en un Caso Peruano	355
4.	Conclusión	356
El Derecho de la Insolvencia hoy y hacia dónde va		361
LUIS MANUEL C. MÉJAN		
1.	Las empresas Fénix	361
2.	La huella del Covid 19.....	362
3.	Otros tropiezos.....	363
4.	Las tendencias mundiales actuales.....	365
5.	A modo de conclusión: un consejo	366



Prólogo

En los últimos años, se ha producido una antigua y deseada pretensión de los profesionales del derecho patrimonial, cuál era la adecuación a la realidad vigente del derecho concursal. Una norma ágil, eficaz y rápida donde la profesionalidad y especialización constituye uno de los tres ejes esenciales de la insolvencia juntamente con la búsqueda de la supervivencia o reflotamiento de las empresas y un nuevo régimen de responsabilidad.

Sin prescindir del rigor, los autores han tratado de exponer unos determinados puntos de vista sin hacer dogma de sus postulados, propio de profesionales en todo el sentido de la palabra. Por ello, es obligado reconocer a éstos su participación para una obra que está llamada a ser referencia en el mundo concursal.

Este libro que el profesor Anthony Lizárraga me hace el honor de prologar contribuye a la agilidad, eficacia y rapidez del procedimiento concursal, y a la conservación y el régimen de responsabilidad. No sin antes decir unas palabras a la liquidación, que es el fracaso del órgano de control del deudor y que debido a él se puede establecer una nueva dirección de la entidad con la venta de la unidad productiva y, por tanto, apartarlo de la compañía.

El escaso uso del derecho concursal en Iberoamérica ha sido utilizado como la falta de “cultura concursal” de los empresarios y acreedores de estos países. Sin embargo, no creemos que el escaso uso del concurso se deba –solo o principalmente– a factores sociológico o culturales. Al contrario. La reticencia de empresarios y acreedores a utilizar los procedimientos concursales en la comunidad iberoamericana probablemente se deba, el menos en parte, al escaso atractivo de los procedimientos de insolvencia.¹

1 A. Gurrea Martínez y A. Rouillon. Derecho de la insolvencia: Un enfoque comparado y funcional. Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A. Madrid. Septiembre, 2022, pág. 24.



Esto no ocurre en otros países del ámbito anglosajón, Donald Trump estuvo en bancarrota en seis ocasiones al amparo del *Chapter 11* de la *Bankruptcy Act* de Estados Unidos, y esto es valorado mayoritariamente como *self-made-man* “hombre hecho a sí mismo”. O sea, que una misma causa es denigrante para unos y brillante para otros.

Dejemos para otra ocasión las digresiones que origina el proceso concursal y vayamos a los autores de este libro comenzando por el más veterano (91 años), profesor Efraín Hugo Richard quien nos deja esta perla para que la retengamos en nuestra mente: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

Posteriormente, nos llega de Perú el profesor Daniel Schmerler Vainstein, quien nos habla de *La Administración como ente rector en los procedimientos concursales*. Una buena tesis sobre qué ocurre entre el preconcurso y el concurso con la intervención de los acreedores y el INDECOPI. Entre las conclusiones que llega el profesor Schmerler añadimos la siguiente: “En caso la persona jurídica tome la decisión de solicitar a propio pedido su sometimiento a un Procedimiento Concursal Ordinario, su gerente general o la persona que ejerce su administración, será responsable de la elaboración y presentación de la documentación exigida por la Ley General del Sistema Concursal para que prospere dicho pedido de inicio de concurso. La información que presente el Administrador en representación de la persona jurídica ante INDECOPI, debe ser información real, veraz, que refleje su auténtica situación, sin distorsionar ninguno de los elementos que deberá evaluar la administración concursal para constatar si se cumplen los requisitos legales para que proceda la declaración de concurso.”

A continuación, es el profesor Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero el que nos introduce en *Una comparación entre el derecho inglés y el peruano sobre las acciones de reintegración patrimonial del deudor*. La idea original de este trabajo se produjo como parte de su Research Essay para la obtención del máster en Reino Unido. La Ley General del Sistema Concursal de Perú es una ley administrativa reguladora de los procedimientos concursales, donde la autoridad sobre la insolvencia no es un juez civil o mercantil, sino un ente público llamado Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), si bien, los temas materia de insolvencia son resueltos por el



INDECOPI, los actos de disposición que conllevan a una demanda de ineficacia concursal son resuelta por los jueces que no conocen el tema y puede llevar a error en el planteamiento.

Acto seguido entrará de Ecuador la profesora Pamela Pijal Terán con el tema *Análisis comparado a los deberes de los directores en zona de insolvencia: El camino hacia la modernización del derecho concursal*. Es la propia profesora Pijal la que en resumen dice lo siguiente: “La aplicación de deberes a los directores como un mecanismo para mitigar el riesgo de una conducta oportunista de los accionistas cuando una compañía está en zona de insolvencia o en insolvencia, no es unánime ni efectivo. En países con economías desarrolladas, aquellos deberes se activan en la proximidad de la insolvencia pues existe una cultura de rescate de compañías viables en crisis. Mientras que, en los países con mercados emergentes, que generalmente carecen de un régimen de insolvencia eficiente, y tienen un alto número de PYMES, aquellos deberes operan cuando la compañía se encuentra en un estado de insolvencia; por ejemplo, el deber de iniciar el procedimiento de liquidación. Sin embargo, la liquidación conlleva a la destrucción de valor para shareholders y acreedores, como para la sociedad porque disminuye riqueza, impuestos y fuentes de empleos.” El Decreto-Ley Orgánica de Reestructuración Empresarial (2023) que buscaba derogar la Ley de Concurso Preventivo (1997), no entró en vigor porque la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros no contaba con los recursos legales, humanos, técnicos y económicos para la implementación efectiva e inmediata del Decreto-Ley, conforme consta de su Dictamen (2023).

Seguidamente, con el arbitraje como mochila nos llega de España el profesor José Pajares, con *La incidencia de la declaración de concurso sobre la cláusula arbitral en la legislación española*. El profesor Pajares concluye diciendo que si el laudo se ha dictado deberá constar en la lista de acreedores dándole el tratamiento concursal correspondiente, aunque no sea firme, pudiéndose impugnar ante el juez los convenios y procedimientos arbitrales en los que se entienda hubo fraude.

A continuación, entramos en reestructuración y valoración de empresas en crisis, y lo hacemos con la profesora Ana Belén Campuzano de España, quien nos introduce en *La actuación de los administradores societarios en las reestructuraciones preconcursales de la legislación española de insolvencia*. La profesora Campuzano hace un minucioso recorrido del preconcurso tanto por el



texto refundido de la Ley Concursal conforme la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, como por la propia Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). También nos introduce en las alertas tempranas y la probabilidad de insolvencia dentro de los marcos de reestructuración preventiva, continuando con el preconcurso: la comunicación con los acreedores y los planes de reestructuración, para finalizar con el no desapoderamiento del deudor en la reestructuración preconcursal.

Posteriormente, nos llega de Colombia la profesora Diana Rivera, quien nos va a hablar de la *Valoración de activos en los procesos concursales previstos en la Ley 1116 de 2006*. Una valoración que, dependiendo del fin del concurso, los recuperatorios (reorganización y validación de acuerdo extrajudicial) y el liquidatorio (liquidación judicial), que cuentan con diferentes oportunidades procesales en las que la valoración de activos es indispensable para el avance de estos. La profesora Rivera comienza con los hitos histórico de la valoración el derecho romano, Las siete partidas, Salgado de Somoza, hasta llegar a Colombia y su evolución de normas concursales con relación a la valoración. Un recorrido que plantea tratando de ofrecer una perspectiva distinta sobre los avalúos y los avaluadores. En ocasiones, la sociedad en la que vivimos y la accesibilidad a la información nos llevan a creer que todo lo que vemos hoy ha existido desde siempre, cuando en realidad, todo ha experimentado una evolución, en su mayoría, extensa. Por tanto, es importante no limitarnos a considerar que la valoración se reduce únicamente al valor final reflejado en el dictamen que estamos examinando. «*Todo necio confunde valor y precio*» es frase de Antonio Machado. Aunque Quevedo acuñó una parecida mucho antes: “*solo el necio confunde valor y precio*”. Creo que todos podemos estar de acuerdo en que es una verdad como un templo.

Acto seguido volvemos a Perú porque el profesor Carlos de la Puente Sandoval nos sumerge en las *Liquidaciones: visión panorámica y ventana de oportunidad*, en el artículo se formula fundamentalmente a partir de la revisión de la información pública disponible en INDECOP (2022) respecto de las liquidaciones en sede concursal. Tal acceso ha posibilitado trazar las líneas



centrales de una visión panorámica y actualizada del sistema concursal, en particular de las principales características de los procedimientos iniciados al amparo del Sistema Concursal Peruano (SCP). El artículo propone un conjunto de medidas de reforma del SCP, basadas en la experiencia acumulada en el Perú y a nivel internacional. Estas propuestas se centran, principalmente, en salvaguardar económicamente los patrimonios sometidos a concurso y en potenciar la eficiencia de los gestores concursales.

Seguidamente, entramos en el concurso de la persona natural o física a través de Chile, porque es al profesor Juan Luis Goldenberg Serrano, él nos va a hablar de la *Insolvencia de personas naturales*. Después de un enfoque unitario de larga duración (desde 1929), la ley chilena eligió inicialmente distinguir los procedimientos para personas (persona deudora) y empresas (empresa deudora), pero, después de su reciente reforma en 2023, esta última categoría también se ha dividido entre empresas medianas y grandes y micro y pequeñas empresas. Tales regulaciones se basan principalmente en la idea de simplificar procedimientos más pequeños, incluso creando uno administrativo para la renegociación de deudas de individuos ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, pero no abordan las características especiales de cada tipo de perfil (por ejemplo, tipos de deuda, garantías cruzadas, etc.) El profesor Goldenberg nos da una visión pormenorizada del proceso dándonos dos visiones del procedimiento como corolario. “Por una parte, se acrecienta la responsabilidad del prestamista al tiempo de la concesión del crédito, incorporándose como una variante más del principio de “préstamo responsable”, y, por la otra, rehabilita a un conjunto de deudores “honestos, pero desafortunados”, de manera de permitir su reincorporación a los mercados y mantener su funcionamiento a largo plazo. La cuestión se centra aquí en conformar deslindes adecuados para la identificación de los deudores meritorios de este tratamiento, de manera de evitar el uso fraudulento de estas herramientas. Sin ellos, el propio sistema concursal se deslegitima y la política pública subyacente se desvanece en la sospecha del pillaje.”

A continuación, la profesora Rosa María Rojas-Vértiz desde México nos introduce en *El nuevo concurso civil mexicano*. Se trata del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2023, que moderniza y unifica la regulación, introduciendo un procedimiento que tiene como finalidad la rehabilitación del



deudor sin descuidar el mayor pago posible a los acreedores o lo que es lo mismo, se trata de los procedimientos aplicables a las personas no comerciantes. Como conclusión, recogemos la última de la profesora Rosa María Rojas, que nos indica que queda una importante deuda pendiente: “Queda una importante deuda pendiente: prever una categoría especial en el buró de crédito para quienes acudan a los procedimientos con la finalidad de resolver su situación financiera, y para quienes hayan celebrado un convenio y lo hayan cumplido. En México, cualquier quita o monto que deje de pagarse o cuyo pago se retrase se traduce en una calificación negativa en el buró de crédito, que le privará del acceso al crédito por un lapso de 6 años. Aun cuando fue parte de la propuesta de regulación, la premura con la que se hizo el código excluyó del análisis aquellas cuestiones que son reguladas por otras leyes. El buró de crédito es regulado por la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia. Esto es lamentable porque un incentivo importante para acudir a los procedimientos tendría que ser que quien acuda no reciba el mismo tratamiento de un deudor moroso o incumplido. Sin embargo, queda pendiente. Esperemos que no por mucho tiempo.”

Seguidamente, entramos en la insolvencia transfronteriza de la mano de la profesora Michelle Barclay que nos va a hablar de *El chapter 15 y el principio de cooperación internacional*. La profesora Barclay es de Perú y de manera amplia, nos va a explicar que, si existe dos o más procedimientos en distintos países del mismo deudor, se denomina insolvencia transfronteriza. Y concretamente, nos va a comentar sobre el principio de cooperación internacional a favor de representantes extranjeros de un país en el que se haya iniciado un procedimiento de insolvencia local. En los Estados Unidos, el procedimiento auxiliar que se inicia por parte de un representante extranjero para solicitar la asistencia en un procedimiento de insolvencia extranjero se llama *Chapter 15.2*. El nombre de este procedimiento de asistencia se debe a que su regulación está contenida en el Capítulo 15 del *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos. Exponemos a continuación la primera conclusión de la profesora Barclay que dice lo siguiente: “Actualmente se encuentra en discusión en el Perú un proyecto de modificación de nuestra legislación concursal. En este proyecto se contempla la incorporación de un capítulo nuevo, basado en la Ley Modelo, que regulará la insolvencia transfronteriza y permitirá, entre otros, a cortes extranjeras y sus representantes poder acceder al manejo de los activos del deudor en territorio peruano. Esto será un avance importante, considerando que ya se han presentado varias situaciones en las que, existiendo procedimientos principales



de insolvencia en otras jurisdicciones, no ha sido posible o ha sido compleja la protección de los activos ubicados en el Perú”.

Como colofón, nos encontramos con el futuro del derecho concursal que nos lo trae el profesor Luis Manuel C. Meján desde México con su artículo *El derecho de la insolvencia hoy y hacia dónde va*. Da comienzo con la leyenda griega del Ave Fénix para indicarnos que no es ese el camino, que el camino es otro distinto. Alertados por abogados sin escrúpulo “No te preocunes, nadie puede ser aprisionado por deudas puramente civil”. Antítesis del verdadero abogado. El profesor Meján nos va descubriendo un mundo de la insolvencia donde el mismo dice: “Se trata de un tema más financiero que jurídico. Al ser un problema económico, la solución debe ser también económica. El Derecho aportará los cómo para que se vean satisfechos los intereses de todas las partes involucradas en ese procedimiento típicamente universal”. Tema que llevamos nosotros repitiendo sin descanso, la cuestión económica de la insolvencia ha de resolverse con procedimientos económicos y financieros. A modo de conclusión, un consejo para que no se siga la leyenda del Ave Fénix y con la ética y el derecho se opte en otro sentido.

Es indispensable en el estudio del derecho de insolvencia tratar *ex ante* la problemática concursal. En la comunidad iberoamericana no ocurre esto, se ha realizado desde una perspectiva *ex post*, una vez producida la insolvencia, con lo cual no es atractivo para los empresarios y acreedores, afortunadamente se está corrigiendo esta anomalía con las reformas que se está llevando a cabo.

Para finalizar, invito a todos a extraer de esta magnífica obra muchas reflexiones, siendo mi voluntad que disfruten de la lectura de la misma, cuyo contenido no dudo que les aportará un punto de vista práctico y ameno desde una novedosa perspectiva del derecho de la insolvencia.

AURELIO GURREA CHALÉ

Expresidente del IIDC

Agosto 2024



PRINCIPIOS DEL DERECHO CONCURSAL

Principios del derecho concursal

EFRAÍN HUGO RICHARD*

Argentina

Con sencillez, los principios son las reglas fundamentales que guían nuestra conducta y decisiones, mientras que los valores son las creencias y convicciones personales que consideramos importantes en nuestra vida. Y al referirse a principios se debe tratar de ubicar la materia en la que se los quiere bucear. La referencia lo es al Derecho Concursal, que lleva a señalar que el mismo trata de concurrencia de acreedores de un patrimonio ante su incapacidad transitoria o definitiva para atender las obligaciones imputables.

Pero esa finalidad es muy diversa si se trata de personas humanas o jurídicas, en estas últimas específicamente sociedades. Las terminologías son complejas y relativas. Cuando me refiera a preconcursalidad, lo haré con la misma imprecisión terminológica que lo hago con los principios del derecho concursal. Imprecisión que afronta esclarecidamente el profesor Dr. Daniel Truffat apuntando “Como buenos cartesianos involuntarios hablamos y pensamos como si la “preconcursalidad” y la “concursalidad” fueran estadios sustancialmente distintos y no mero transcurrir de un mismo fenómeno. Dicho de otro modo y poniendo el énfasis en el objeto de estudio de la disciplina concursal: ¿hay una

* Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba donde dirige el Departamento de Derecho Comercial y Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba donde dirige su Instituto de la Empresa, habiendo recibido el Doctorado Honoris Causae de varias Universidades, así como otros reconocimientos.



“cesación de pagos” que “es” en plenitud (cuyo “ser” no nos deja dudas) y una “precesación de pagos” que “es” algo previo y que está destinada a ser otro algo: la cesación de pagos propiamente dicha?”¹, continuando un breve ensayo sobre la prevención de la crisis.

En la terminología se genera la misma fragilidad que puede advertirse en la búsqueda de los “principios” a lo que hoy me convocan. Acepte el lector esta debilidad que confieso, pero no tengo duda que las expresiones serán superadas, con su benevolencia, en la lectura completa de este ensayo. La regulación argentina de la persona jurídica en los arts. 141 y ss. del Código Civil y Comercial -CCC- vigente desde el año 2015, ayuda en la tarea, particularmente en su art. 150 que fija la prioridad de las normas imperativas contenidas en la ley específica, en el caso de sociedades la Ley General de Sociedades -LGS- y en su defecto las normas imperativas del CCC, postergando a un tercer lugar las disposiciones de leyes especiales como la concursal -LCQ-.

A los principios de derecho concursal -o mejor aún genéricamente de crisis- para sociedades me he de referir. Lo será para desmitificar ciertas referencias, por lo menos dentro del derecho argentino. Brevemente y aceptando opiniones en contrario.

Lo vengo intentando desde hace muchos años, desde que entendemos por conservación de la empresa en 1981 al recibir el Premio Academia, y luego hacerlo en *PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA*² -libro del año 2010-: “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional, pág. 147; “Bien jurídico tutelado por el sistema concursal. Prevención de la crisis”,

- 1 TRUFFAT, E. Daniel “Sobre la preconcursalidad. Necesidad de reacción temprana frente a los primeros síntomas de crisis” *Dictum* publicó digitalmente este trabajo en diciembre 2023. Nro. 183
- 2 Perspectiva del derecho de la insolvencia es un libro de mi autoría editado en marzo de 2010 por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, constituyendo una suerte de rendición de cuentas de mi actividad en dos períodos como Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, sede México, del que actualmente soy Miembro Emérito y Coordinador de su Comisión Académica, habiéndose convocado en el presente año 2024 a Jóvenes Juristas a presentar ensayos para optar al Premio Efraín Hugo Richard, para su congreso a realizar en Lima hacia fines de este año. El libro está disponible en la página del IIDC y de la Academia de Córdoba www.acader.org.ar



pág.177; “Axiología del derecho concursal”, pág.419; “Bases sustanciales para la conservación de la empresa”, pág. 569). Y sobre ello vuelvo.

Las afirmaciones que formularé hoy son dos: Primero, las sociedades no están obligadas a concursarse voluntariamente, ni sus administradores recurrir a ese procedimiento, salvo que se vean impelidos a ello. Segundo, la ley general de sociedades que rige desde el año 1972 trae un sistema estricto para afrontar las crisis sin generar daños o imponiendo responsabilidades especiales. Desarrollaré brevemente ambas afirmaciones para lanzar una meditación.

PRIMERO: La sociedad no está obligada a concursarse.

El concurso, en sus dos formas, el extrajudicial y el preventivo –ambos judiciales- son una herramienta disponible pero no existe norma que imponga usarlas ante la crisis de sociedades, cualquiera sea su gravedad.

Claro que, ante el pedido de quiebra, única forma que los acreedores pueden imponer la vía concursal, cabe por los administradores su aceptación o la conversión de proceso en la vía preventiva con la administración de la deudora en posesión –art. 11 LCQ-.

Por eso podríamos dudar que las medidas llamadas como de preconcursalidad son erróneas, pues se trata de medidas que deben adoptar los administradores, conforme la ley societaria, y que relato de seguido.

Estamos frente a un **problema metodológico**. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Mi tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.

Lo anticipo ante el I IDC en su 6º Congreso, en Rosario en la conferencia de cierre donde adopte de nuevo la terminología “**PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA INSOLVENCIA**³” donde mi “agradecimiento lo objetivo entregándoles este libro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha editado, que es una suerte de

3 Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) realizado en Rosario, República Argentina los días 23, 24 y 25 de septiembre de 2010 en homenaje a los Profesores Ariel Ángel Dasso y Efrain Hugo Richard.



memoria de parte de mi actividad como Vicepresidente Académico del Instituto, contiene –entre otras cosas- una recensión del magnífico libro de Ariel “Derecho Concursal Comparado”. Verán que las supuestas controversias con Ariel Dasso son psicológicas, pues me apoyo en sus sesudas conclusiones sobre los pilares del sistema: anticipación a la crisis, actuación oportuna, conservación de la empresa. Obviamente con los matices de preferencias valorativas o metodológicas. Dejé sentado el primer día (cuando Gloria Torresi desde el estrado se extrañaba de mi silencio, que lo era por los acotados tiempos que disponíamos), que existía un eje indiscutible desde todas las perspectivas la “conservación de la empresa o conservar la empresa”. Acción o verbo genérico que como acción supone una constante actitud, dentro de la que debe incluirse a la **reorganización**. Se apuntó ese eje como “bien jurídico tutelado”, lo que obviamente corresponde a una teoría de los valores, a una **axiología del derecho concursal**, sobre lo que encontrarán un ensayo en el libro que les ofrezco. Dentro de mi visión esa axiología se centra en la conservación de la empresa a través de librarla del presupuesto objetivo que permite alterar el sistema jurídico normal a través de los juicios concursales o acciones preconcursales. Se trata de absolver el estado de cesación de pagos, la crisis, el riesgo mismo si se suponen acciones más anticipatorias.

A este Congreso nos han convocado bajo el lema “LA EFICIENCIA DE LOS CONCURSOS: ENTRE LOS INTERESES Y EL EQUILIBRIO”. Pero para elucidar la cuestión debemos preguntarnos sobre ese equilibrio antes, durante o después del concurso. La visión cambia fundamentalmente desde esa perspectiva. Se impone referirse a las **relaciones de organización**. El sistema jurídico fue creado sobre las relaciones de cambio, y en el derecho reglado se fueron incorporado las previsiones sobre las de organización en forma aluvional, particularmente a través de las sociedades, fundaciones y fideicomisos, para responder a las necesidades empresariales generando **centros de imputación**, como forma de simplificar relaciones. Cuando hablemos sobre el plan de negocios o de empresa, quiero que lo hagamos como lo hacían los comerciantes antes de conocerse a los abogados y contadores: **“A verdad sabida y buena fe guardada”**. Que siempre hay plan para bien o para mal. Y cuidado que aquí no estamos hablando de moral sino de actividad lícita o ilícita. El hacer un negocio conjunto, la decisión sobre quiénes se vinculan, la estructura jurídica y la dotación patrimonial responde a un presupuesto, a un plan que los vincula a los constituyentes mucho antes de concurrir ante el abogado para que determine el tipo social y diseñe su estatuto. De ahora en más me referiré al tipo sociedad por acciones, multifuncional en



nuestro país para la gran, media y pequeña empresa. Vuelvo a la pregunta sobre ¿a cargo de quién está la conservación de la empresa: ante esa autonomía? No hay duda que de los administradores y socios, que pueden remover a los administradores. Nunca de los acreedores o del Estado, aunque el Estado ha tenido que intervenir por desidia de administradores y socios. Así los casos que nos brinda la reciente crisis mundial y en nuestro país Aerolíneas Argentinas. Apuntamos sobre **interés** definiciones del Diccionario de la Real Academia: “inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc. Situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho. Ventajas, no siempre legítimas, de que gozan varios individuos, y por efecto de las cuales se establece entre ellos alguna solidaridad circunstancial que puede oponerse a alguna obra de justicia o de mejoramiento social”. Los intereses de los constituyentes de una sociedad, que pueden ser muy divergentes, se fusionan en un dato estatutario: el objeto social, cuya consecución debe guiar el obrar de los administradores, y cuyo desvío implica básicamente realizar fines extrasocietarios. El objeto social es una forma de darse la empresa. Cumplir el objeto y conservar la empresa parecen dos elementos convergentes. El **equilibrio** entre los mismos –señalado en aquel lema- es fundamental, y la legislación de emergencia en nuestra crisis del año 2002 se refirió al “esfuerzo compartido” entre acreedores y deudores – refiriéndose a la modificación del tipo de cambio-. Y en cuanto a reformas de leyes, tengo para mí que no puede pretenderse ni exigirse que el legislador tenga un rasgo de genialidad casi divino previendo solución a todas las cambiantes situaciones que puedan generar particularmente los empresarios, dentro y al margen de la ley. Pienso que si el legislador tuviera ese rasgo divino podría brindarnos una legislación tan frondosa que caería en la “prolija oscuridad”. Así lo he sostenido al intervenir en comisiones legislativas, que lo fundamental es “poner en claro los principios pues lo demás viene de seguido”. **No puede pretenderse que el derecho concursal afronte el olor nauseabundo de cadáveres y no de empresas, como señalaba esta mañana Carlo Altieri en su conferencia magistral. Ni autopsias ni trasplantes, pues es esto último la solución de las crisis a través de quitas y esperas desmesuradas, que importan que la crisis sea soportada por los acreedores, generando una ganancia patrimonial para la sociedad concursada. Hace pocos meses Vitolo en conferencia magistral señalaba las transferencias de riquezas que se generaban por ese método de los acreedores a los**



socios, como se ha evidenciado en el “caso Multicanal”. Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –inicialmente Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, mientras otros lo hacían de “paraconcursal” o “anticoncursal”, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país. Dasso en su libro “Derecho Concursal Comparado” da múltiples ejemplos autorizados por leyes concursales o de reestructuración para usar métodos societarios. Y la Corte argentina acaba de avalar esa visión, también mi visión, en reciente fallo del 20 de octubre de 2009 formulando un “obiter dictum” al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de Sociedad Comercial del Plata S.A. El “obiter dictum” expresa: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Adviértase la sencillez preventiva de las normas que impone el tratamiento de causales de disolución para lograr el equilibrio a bajo costo, como la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción –incluso los impositivos que gravan las quitas- para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad. Aparece así un verdadero proceso preventivo preconcursal en el derecho societario ante la manifestación que “Se advierte una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”, como ha dicho Dasso en “Tendencias actuales del derecho concursal”. La cuestión de la insolvencia societaria no tiene solución clara en el ámbito de la doctrina concursal, porque llegan cadáveres o se intentan beneficios abusivamente a través que la crisis la asuman los acreedores. En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de



prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Principio “rector”, sostiene la doctrina es sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad. Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, llevando a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores –contagiada a los administradores públicos- que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se viene registrando una tímida reacción. ...Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho al decir de Stanghellini.” Cerré señalando “Mi misión quedará cumplida si les he generado alguna preocupación doctrinaria, no para que compartan mis posiciones sino para atender a nuevos puntos de vista –o metodologías- en el análisis de las crisis societarias.” Y lo mismo repito ahora en este ensayo en el 2023.

SEGUNDO. Sobre la crisis societaria⁴

Como advertirá el lector me he referido a que la legislación societaria es preconcursal o por lo menos paraconcursal conforme la doctrina española señalada.

4 Sigo en mucho lo escrito con Gabriela Fernanda Boquin para las recientes Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, organizadas por la Universidad Austral, que intituláramos “LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA”, en la Comisión 2 punto 1, sosteniendo “Las crisis económico patrimoniales de las sociedades no pueden ser resueltas sólo por el Derecho Concursal, teniendo en cuenta que son prevenidas por normas imperativas de la legislación societaria. Estas actúan como sistema preconcursal. En el derecho argentino ni los administradores ni los socios están obligados a concursar una sociedad en crisis, que cualquiera sea su intensidad, puede ser afrontada en forma confidencial. Es un derecho que pueden usar o no, un escudo ante ciertas agresiones, o la posibilidad de convertir en concurso una quiebra peticionada por un acreedor.- Es advertible que existe una tendencia a simplificar el tratamiento del “proceso concursal” sin distinguir –salvo en aspectos muy puntuales- entre empresario individual o social. Ello deviene en que el régimen de bancarrota nace y se desarrolla en torno a la persona humana, incorporándose con posterioridad las figuras organizativas personificadas.



Siempre me he referido a la preconcursalidad societaria -al margen de la precisión terminológica-, y no renuncio al contenido de lo dicho, sino con una eventual recalificación semántica, pues se trata en realidad de las previsiones para afrontar la crisis de sociedades que están fuera de la legislación concursal.

Es notoria la existencia de dos escuelas doctrinarias respecto a la atención de las crisis patrimoniales de sociedades: una mayoritaria y clásica, que da preeminencia a las normas concursales, y la otra- en la que milito- que aprecia que aquellas deben integrarse con las normas imperativas del derecho societario ya que el proceso concursal no es una isla dentro del ordenamiento jurídico y el concurso preventivo no purga los daños que ocasiona la infrapatrimonialización a terceros.

Ante la posición que tengo asumida, de integrar todos los intereses en juego y por tanto cuestionar las quitas desmesuradas y las esperas interminables que se imponen concursalmente en un país con alta inflación, el distinguido jurista y amigo Miguel E. Rubin calificó mi posición como de “capitalismo de reposición”, desde la escuela clásica⁵. La respuesta en ese momento fue considerar esa posición como “capitalismo donatario”, que intenta que los acreedores asuman la crisis, soporten sus daños y la resuelvan con las quitas a sus propios patrimonios aceptándose la traslación del riesgo empresarios aun a aquellos acreedores más vulnerables, lo cual a nuestro criterio rebate adecuadamente ese criterio.

En materia concursal, en la jurisprudencia y doctrina argentina, se acepta que la sociedad deudora no tenga, ni presente, ningún plan para superar la crisis⁶, o que no tenga la obligación de actuar tempestivamente⁷ al aparecer una

5 RUBIN, Miguel Eduardo “La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición” y nuestra respuesta”. SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?”, en Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Edit. La Ley, Buenos Aires, año II n.º 5 octubre de 2011, pág. 151 y ss., respondiendo al artículo de Miguel Rubin publicado en el número anterior.

6 RICHARD, Efraín Hugo. “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)” en Doctrina Societaria y Concursal, noviembre 2008, pág. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?” en La Ley 24 de diciembre de 2008; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señorero)” en Jurisprudencia anotada de RDCO n.º 234, enero, febrero 2009, Edit. Abeledo Perrot, pág. 79.

7 Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?, en *Ensayos de Derecho Empresario* n.º 4, director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008



dificultad o crisis, o que no se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente⁸ ni intentado hacerlo cuando se advirtió su pérdida⁹.

La llamada preconcursalidad es hoy abordada por especialistas en el derecho comparado, y en la doctrina extranjera, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales¹⁰, generalmente considerando acuerdos de refinación o renegociación¹¹.

En nuestro país no se considera la preconcursalidad que se encuentra prevista en la legislación societaria¹² que la conectan a través de normas imperativas –impuestas en la LGS y reconocidas en el art. 150 CCC- que generan “obligaciones por deudas” en caso que los administradores sociales no atiendan situaciones de infrapatrimonialización.

Hoy no se intenta suspender, en medio de una crisis económica descomunal, la causal de disolución por pérdida del capital social, que en dos ocasiones anteriores hemos fustigado por inapropiadas.

Reitero que el bien jurídico tutelado por la legislación concursal argentina es la eliminación del estado de cesación de pagos de un patrimonio¹³. Justifica este procedimiento tres principios fundantes: la protección del crédito, la conservación de la empresa, y -desde la sanción de la ley 26.684- la preservación de las fuentes de trabajo.

8 RICHARD, Efraín Hugo “El capital social y la responsabilidad limitada” en Estudios Jurídicos publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, nº 3 – 2007-, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202.

9 RICHARD, Efraín Hugo Insolvencia societaria, Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

10 PULGAR EZQUERRA, Juana Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

11 Quijano González Jesús, “Las sucesivas reformas de la ley concursal española en materia de preconcursalidad” Libro Homenaje al Profesor Emilio Beltrán en 9^a Congreso Iberoamericano de Derecho concursal, Cartagena de las Indias, Colombia página 497 / 515

12 Ejemplo de ello es la interacción del Art. 367 de la ley de sociedades de capital de España justamente modificado en oportunidad de la reforma sistema concursal español actualización del 06/09/2022, que entró en vigor el día 26/09/2022

13 RICHARD, Efraín Hugo “El bien jurídico tutelado por el Derecho Concursal”, en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Dirección General de Publicaciones, Córdoba R.A., 1979 – 1980 pág. 261 y ss...

Ahora, bien teniendo en cuenta que en nuestro sistema no es obligatorio concursarse, también, debo señalar que el concurso y la quiebra no es la solución dada por la ley para subsanar la infrapatrimonialización ya que la legislación societaria, que reconoce la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas, impone un valladar para que la actividad del ente no se vuelva dañosa ante la existencia de ciertas causales de disolución, similares en todo el mundo.

La sociedad puede haber estado de cesación de pagos sin infrapatrimonialización o concurrir ambas situaciones. Es para el primer supuesto que el concurso preventivo es una herramienta adecuada, en el segundo sólo lo será si la propuesta contempla la aportación pertinente que reconstituya la garantía de las diversas maneras que nuestro ordenamiento prevé (por aportación o capitalización de deudas).

Dasso,¹⁴ aparente contradictorio de mi posición, señala que "... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible", desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario (socios y administradores) de la empresa viable de ser necesario, particularmente ante su cesación de pagos o su insolvencia.

Se apunta –como ya he anticipado– que la legislación societaria opera "como un instrumento preconcursal"¹⁵, "tiene una función preconcursal o paraconcursal, considerando algún otro como anticoncursal"¹⁶. Desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana,¹⁷ en una compatibilización que no estoy en condiciones de juzgar en

14 DASSO, Ariel A. "Derecho Concursal Comparado", tomo 1, Edit. Legis, Buenos Aires 2009, 804 páginas.

15 URIA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. "La sociedad anónima: disolución", cap. 4, pág. 1001 en CURSO DE DERECHO MERCANTIL dirigido por Rodrigo URIA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente "Las pérdidas graves" págs. 1009 a 1013.

16 DÍEZ ECHEGARAY, José Luis Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital, 2006, Edit. Thomson-Aranzadi 2da edición, Navarra. pág. 387.

17 STRAMPELLI, Giovanni "Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis", en Rivista delle Societá, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Edit. Giuffre



cuantos los efectos prácticos pero ya hay autores italianos que considera que la reforma omite la regulación orgánica de la crisis e insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna.¹⁸

En 1995 y al iniciar el análisis de la nueva legislación concursal argentina apunte: “(...) no pretendamos que ese objetivo lo cumpla necesariamente la legislación concursal y nos reduzcamos a un análisis crítico de si la actual legislación mejora a la anterior, o si ésta va a conseguir superar los problemas, o si va a conseguir ese objetivo que es el de mantener las empresas en marcha en cuanto sean viables (...) la ley concursal no es más que un marco viabilizado de lo que realmente sea también sociológica y económico (...) lo más importante es no pretender que la solución sólo de la legislación concursal sino de la integridad del sistema jurídico; y creo que lo muy particularmente interesante de la nueva ley es que, la vieja legislación hacía énfasis en la autoprogramación para solucionar el problema, y la nueva ley incorpora la heteroprogramación, particularmente en orden a las sociedades (...) Pero lo que es fundamental en este punto y es ajeno a la legislación concursal, es el tema de la responsabilidad de los administradores de una empresa y de los controladores de la misma en orden a haber autoprogramado correctamente, en haber adoptado las soluciones que la legislación prevé en orden al funcionamiento de las sociedades, esa actuación como buen hombre de negocios (...) por su falta de actuación oportuna en orden a los recursos que la ley les impone, que es eventualmente tener capitalizada la sociedad, liquidarla, ajustar el giro de los negocios a sus posibilidades (...), y no meramente limitarse a aumentar cuantitativamente, sea por número de acreedores o por monto de las deudas, el pasivo de la empresa, porque eventualmente *le transfiero el problema a mis acreedores*”.¹⁹

Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n.º 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

- 18 NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 19934, 209 ss.
- 19 RICHARD, Efraín Hugo “Objetivo de una legislación concursal” en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Edit. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 15. También puede verse en “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” en *Jornadas italoargentinas de derecho Perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia* Córdoba



Intenté una visión sistémica en *Insolvencia societaria*²⁰ y luego en *Perspectiva del derecho de la insolvencia*.²¹ Antes en el prólogo a la tesis y libro de Francisco Junyent Bas *Responsabilidad de los Administradores*²², remarqué: “4. No puede haber duda de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital social”, para después ingresar en los temas de “subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se avizore la posibilidad de su pago... la inexistencia de planificación o de contabilidad para anticipar la detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis”. “Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad”.

En el mismo sentido Karsten Schmidt²³ expuso “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal–, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo

- Argentina 2004 – 2005, Coordinadores Paolo Comanducci, Hugo A. Aguirre, Cristina Redondo, Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, pág. 504.

20 Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

21 Edit. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, en cuya presentación expresamos que “además de rendir cuentas de nuestra gestión –como exprimer vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México–, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria”.

22 Edit. Advocatus Córdoba, junio 1996.

23 “Responsabilidad de los socios y administradores” en Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Edit. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I, pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.



Congreso Iberoamericano²⁴ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto, no resultan del procedimiento de insolvencia".

El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, con pleno empleo, asegurando una inclusión social y evitando más marginación, sin afectar la competitividad ni dañar el mercado. Una administración de eficiencia con los recursos técnicos y económicos disponibles, coincidiendo en la necesidad de planificación para interesar en la inversión de recursos. Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad o más bien su inviabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli.²⁵ La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación". Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señaló como "ciò que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio", lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

El segundo párrafo agregado al art. 100 de la ley societaria –a instancias de Rafael Manóvil, Horacio Roitman y mia en 2012-, es suficientemente explícito: se pueden remover las causales de disolución de la sociedad en cualquier momento si la empresa-objeto es económico y socialmente útil.²⁶

24 "El derecho empresario y el derecho concursal" en De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Edit. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

25 L'aprendista stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale en Giur. Comm. 1982 I pág. 575 y ss.

26 Art. 100 del Proyecto de Ley General de Sociedades 2012: "Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas." Se mantiene el segundo párrafo del texto original.



El punto es ¿las crisis deben ser asumidas exante o ex post? La tempestividad es reclamada por toda la doctrina. “¿Para qué perder tiempo, si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?”²⁷

La diligencia de los administradores se exige para afrontar la crisis, no necesariamente solucionarla. “La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”,²⁸ y –eventualmente– la capitalización del pasivo.²⁹ En tal sentido las previsiones de los arts. 94 incs 4 y. 5, 96 y 99 LSA que son consecuencia del art. 1 LGS y la imposición de la suportación de las pérdidas como elemento esencial para que exista sociedad.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas de proceder conforme lo expuesto y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar o la del art. 197 LGS de capitalizar el pasivo, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o a su control. La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Adviértase los sistemas que autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios.³⁰

27 PALMERO, Juan Carlos “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización”, Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

28 Cámara Trabajo y Minas 4^a Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446

29 FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

30 MIOLA, Massimo Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali en Rivista delle Società, anno 50, 2005, Editor A. Giuffré –



Esa prevención se corresponde a las soluciones societarias previstas en el art. 96 LGS, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social o imposibilidad sobreviniente por causas patrimoniales, económicas o financieras. La ley societaria ofrece en el art. 96 el remedio para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. La solución es similar en la mayoría de los países.³¹ Ante la crisis patrimonial, que revela la pérdida del capital social, proceden a presentar en concurso preventivo –no sería diferente la cuestión ante la apertura de un procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial- sin haber seguido aquel camino.

TERCERO. Concluyendo y meditando.

Debo insistir que la aplicación del derecho concursal no sustituye el resto del sistema jurídico, salvo impedir la agresión inmediata al patrimonio concursado. La Corte avala esa visión, como he anticipado en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A., al expresar: “El proceso concursal, como **última ratio preventiva** que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, la misma oportunidad, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en una situación de inversores sin derecho al decir de Stanghellini³² ya que la vía concursal podría convertirse

Milano, nov-diciem. 2005, fascículo 6º p. 1199.

31 “¡Más justicia y menos juicios! Conservación de la empresa y preconcursalidad societaria” en Revista de Derecho Comercial y del Consumidor y de la Empresa, año IV, número 1, febrero 2013, Ed. La Ley, Buenos Aires 2013, pág. 3. Richard, Efraín Hugo “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCORSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO” en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley. RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs. 423 a 446. Ensayo en homenaje a Emilio Beltrán.

32 STANGHELLINI, Lorenzo Creditori forti e governo della crisi d’impresa, Fallimento 2006, 145 ss.



en una “donación”³³ a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores a través de quitas.

Ante la crisis económico-financiera el concurso judicial no aparece obligatorio en la legislación argentina, es un escudo disponible para los administradores. “Al decir de Abadesa: la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”.³⁴

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación a través de un concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. Las soluciones concursales, extrajudiciales o judiciales, están pensadas para actuar tempranamente frente a la crisis o cesación de pagos, anticipándose a la infrapatrimonialización, pues si esta existe son las soluciones societarias las que corresponde aplicar.

Las soluciones normativas-doctrinarias para sanear la infrapatrimonialización son múltiples, permitiendo emitir acciones con o sin prima, con derecho de rescate, con preferencias patrimoniales limitando derechos políticos, ubicándolas en clases, sectoriales y otras variables como pactos de preferencia para recompra, entrega a la par de obligaciones convertibles, o alternativas de negocios en participación y modalidades de préstamos participativos. La capitalización o participación es de equidad y aceptada por normas imperativas, mantiene equilibrio entre socios y acreedores que se incorporen, ofreciendo sinnúmero de herramientas que pueden equilibrar intereses y asegurar la conservación de la empresa, que no significa ni la conservación de los socios ni de la misma sociedad. Tales prácticas Karsten Schmidt las tituló como exitosas por confidenciales y eficaces. Permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad, compartiendo riesgos con los originales socios. Bajo el principio de buena fe, que la doctrina argentina denomina “esfuerzo compartido”, pues es inmoral que la solución concordataria devuelva, a los accionistas de la concursada, una empresa

33 RICHARD, Efraín Hugo “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?” en Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n.º 5 octubre de 2011, pág. 151 y ss.

34 Nto. Trabajo de hace 42 años “La conservación de la Empresa”, tomo XXV de Anales de la Academia, año 1986, pág. 118 se reproduce la recepción del Premio Academia con fecha 21 de mayo de 1981.



revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos y más de la insolvencia recaiga en exclusiva en acreedores.

En el mismo sentido se ha dicho enfáticamente: “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hace necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”.³⁵

Concluyendo sobre los principios del derecho concursal que he intentado desarrollar en mis “Perspectivas”, los mismos que aseguran la reorganización y conservación de la actividad o empresa útil, o su liquidación rápida y eficiente, tratando de preservar en cuanto posible el interés de los acreedores, que extiendo a todos los interesados, ese propósito está prevenido en el derecho societario argentino desde el año 1972, que a su vez no impone el concurso, dejándolo como herramienta de esos propósitos en manos de los administradores, con control del órgano de gobierno de la sociedad.

Hoy debo agradecer al profesor Anthony Lizárraga esta convocatoria, y a colegas del IIDC como Gabriela Boquin, Jorge Fushimi, Alicia Pereyra, Lidia Vaiser, José Fernando Márquez y algún otro distinguido amigo que me acompañan en algunas de estas ideas, para reiterar a mis 91 años algunos pensamientos sobre la preeminencia de la legislación imperativa societaria.

35 OLIVERA AMATO, Juan M. Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales” AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vito, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

PRINCIPIOS DEL DERECHO CONCURSAL EN LA LEY PERUANA

Principios del derecho concursal en la ley peruana¹

FRANCISCO BARRÓN VELIS*
Perú

1. CUESTIONES GENERALES

El derecho concursal, como respuesta jurídica a una situación de crisis financiera o económica, busca -dentro de ciertos criterios de idoneidad y eficiencia- dar una respuesta adecuada a la posibilidad o al tangible incumplimiento general de pagos de un deudor (persona natural o jurídica), otorgando herramientas para prevenir y/o superar dicha situación de crisis.

En esta crisis siempre existirán dos intereses contrapuestos que el derecho concursal deberá conciliar: Por un lado, la satisfacción del crédito del conjunto de los acreedores, excluyendo la ley del más fuerte y, por el otro, la continuidad empresarial siempre que medie la viabilidad económica y financiera. El derecho concursal modifica las relaciones jurídicas bilaterales reguladas bajo las normas de derecho común – el derecho civil y mercantil – para satisfacer el interés creditorio colectivo, disponiendo la apertura a un sistema de relaciones

1 Un especial agradecimiento a Andrea Collazos Delgado por su valioso apoyo en el presente trabajo.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho de la Propiedad Intelectual por la Universidad de Alicante (España). Árbitro de Derecho desde hace más 15 años y miembro de nómina de las principales instituciones arbitrales del Perú. Profesor de Derecho Concursal en la Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo de ESAN. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Socio de DPP Abogados.



de organización y justicia distributiva a través de concurrencia obligatoria de todos los acreedores vinculados al deudor en insolvencia.

En palabras de Ariel Dasso, el derecho concursal encuentra su especialidad por las condiciones extraordinarias que lo originan, conforme citamos a continuación:

“Está dirigido a evitar su consumación en la cesación de pagos o en todo caso, si este ya hubiere acontecido, evitar la quiebra, y, por fin, si a ello no alcanzare, distribuir el daño en forma equitativa entre los acreedores a través de una regulación normativa de la totalidad de las relaciones patrimoniales del deudor y el respeto de un tratamiento igualitario entre la totalidad de los acreedores”. (Dasso, 2006, pág. 7)

Pongamos un ejemplo: Una institución financiera, previa evaluación del riesgo crediticio le presta dinero a una empresa textil. Claramente, el interés económico tras este negocio jurídico es que la empresa textil pueda financiar sus actividades y así generar más riqueza para encontrarse en la capacidad económica y financiera de devolver el monto del dinero prestado por la institución financiera más los intereses compensatorios pactados. Así, ambos generan rentabilidad asumiendo sus respectivos riesgos y costos. Eso es lo esperado. Sin embargo, múltiples factores pueden generar un resultado distinto e impedir que la empresa deudora pueda cumplir con su obligación, en cuyo caso, aplicando las reglas del derecho común, las partes llegarán a un acuerdo bilateral sobre la refinanciación del crédito o en su defecto, la entidad financiera ejecutará la cobranza para así hacer liquida su colocación mediante una medida compulsiva sobre el patrimonio del deudor. Fin de la historia dentro de los márgenes y criterios del derecho común.

Sin embargo, si la empresa textil no solo se encuentra en imposibilidad de cumplir con la entidad financiera sino con una pluralidad de acreedores, ¿Solo podrán recuperar aquellos acreedores que, siendo más fuertes o rápidos, ejecuten desde una mejor posición los bienes de la empresa deudora? ¿Los acreedores en situaciones de desventaja se encontrarán desamparados y prácticamente inhabilitados de recuperar su crédito? Aquí la historia cambia, pues para la solución de esta crisis de la empresa ya no resultarán de aplicación las normas comunes, sino las del derecho concursal. Tal y como bien nos señala Marcelo Gustavo Barreiro:



“el Derecho de la Insolvencia nace como reacción a la ley del más fuerte que importa dejar librado a los arbitrios individuales de cada acreedor la posibilidad de cobro ante la crisis generalizada de un sujeto deudor importa (Barreiro, 2012, pág. 2).

Resulta no solo razonable sino necesario que, ante una situación patológica del mercado y economía, se apliquen soluciones jurídicas extraordinarias y excepcionales, que ayuden a proteger los intereses del conjunto de acreedores afectados, pacificando el conflicto de un modo distinto al que ofrecería el derecho común, que podría ser más perjudicial que el problema².

Desde la historia del derecho concursal peruano, podemos apreciar que el objeto y finalidad del derecho concursal fue variando en el tiempo. La primera norma en el derecho concursal peruano se publicó en el año 1932, la Ley 7566, la Ley de Quiebras, cuyo artículo 1º del título preliminar señalaba lo siguiente:

“Artículo 1º. – El juicio de quiebra tiene por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley.” (énfasis agregado).

Es claro que en dicha norma se buscaba proteger el cobro del crédito mediante la realización de los bienes del concursado. Esta realización de bienes significaba la liquidación de los bienes del concursado vía judicial, es decir, bajo la decisión del juez, quien bajo su discreción determinaba el destino de los bienes del deudor, y sumado a las demoras de las instancias judiciales, no se lograba una tutela idónea de los intereses de los acreedores³.

Sin embargo, la liquidación y realización de bienes de una empresa no es necesariamente la opción más idónea en el mercado, ya que la actividad empresarial tiene consecuencias positivas en una sociedad, generando trabajo y riqueza. Coincidimos con García y Tomaseti cuando señalan que:

2 Efecto domino en el sistema de pagos.

3 Es nuestra consideración de que el interés de un acreedor se verá tutelado de manera idónea siempre que éste pueda recuperar sus créditos de manera célere e íntegra, en consideración del valor del dinero en el tiempo.

En el fenómeno del fracaso, tienen un fuerte impacto los efectos externos negativos que produce la mala situación macroeconómica general y que afectan de manera global a todas las empresas en todos los territorios (García Mari, Sánchez Vidal, & Tomaseti Solano, 2016).

Tan es así, que estudios económicos que datan en el año 2016, dentro de un contexto de recesión económica en España, señalaron lo siguiente:

Este entorno de recesión económica tiene su incidencia en el fracaso empresarial, por las menores ventas a causa de la retracción de la actividad económica, el agotamiento del crédito y la falta de liquidez, provocando un aumento brutal del número de empresas que precipitan el cierre. Estas quiebras traen como consecuencia un aumento inédito del desempleo hasta escalar a cifras de 27.16 % de la población activa, equivalente a más de seis millones de desempleados (Encuesta de Población Activa, marzo, 2013). De hecho, según el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la apertura de negocios es la mayor responsable de la creación de empleo en la economía, así como el cierre de empresas lo es de la mayoría de la destrucción de empleo. En España, en los albores de la crisis, en sólo tres meses (segundo trimestre de 2008) se cerraron alrededor de 100000 empresas y se perdieron paralelamente 1227000 puestos de trabajo. (García Mari, Sánchez Vidal, & Tomaseti Solano, 2016).

Queda claro que, desde siempre, el fracaso empresarial tiene consecuencias perjudiciales para la sociedad, generando un efecto dominó en la cesación de pagos en un contexto de recesión. Lo que, en definitiva, podría agravarse cuando la única solución es la liquidación de la empresa y realización de bienes, pese a la viabilidad económica y financiera de ésta, la que podría atravesar un estado de iliquidez temporal y no de insolvencia patrimonial.

Estas desventajas fueron advertidas por los legisladores de antaño, por ello, en el año 1992 se promulgó el Decreto Ley n.º 26116, (la **“Ley de Reestructuración Empresarial”**), marcando un hito importante en nuestra regulación concursal. Se instituyó como actor decisario a la junta de acreedores, siendo una autoridad administrativa, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (el **“INDECOPI”**), la competente para sustanciar el procedimiento en sus etapas de determinación y verificación.



Asimismo, varió la concepción de la crisis derivada de la cesación de pagos estableciendo como alternativas viables no sólo la quiebra sino la reestructuración y la liquidación extrajudicial a través de un sistema de ventanilla única.

La Ley de Reestructuración Empresarial, si bien fue el primer paso hacia la modernización de nuestro sistema concursal, tuvo corta duración y en el año 1996 fue sustituida por el Decreto Legislativo 845 (la **“Ley de Reestructuración Patrimonial”**), la que posteriormente fue modificada el año 1999 por la Ley 27146, la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial.

Finalmente, en el año 2003, se publicó la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal (“LGSC”), que contiene un título preliminar que no sólo establece un objeto de la ley y una finalidad del concurso en sus artículos I⁴ y II⁵, sino que materializa legislativamente los principios de universalidad, colectividad y proporcionalidad, que desarrollaremos a continuación.

2. LOS PRINCIPIOS

a. Universalidad

En palabras de Ariel A. Dasso, el principio de universalidad es:

(...) el sometimiento del entero patrimonio del deudor al proceso concursal, el que pasa a constituir la “masa activa de la insolvencia” (Dasso, 2006, pág. 3).

Asimismo, Paolo del Águila y Pinkas Flint Blank, quienes señalan lo siguiente:

(...) los acreedores disponen de todo el patrimonio del concursado para ejercer sobre él las acciones que estimen más pertinentes. Lo anterior significa que el patrimonio del deudor queda afectado, en principio,

4 Artículo I.- Objetivo de la Ley

El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor.

5 Artículo II.- Finalidad de los procedimientos concursales

Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.



a la satisfacción de los acreedores que participan del concurso, salvo las excepciones que la propia norma concursal señala, como es el caso concreto de los bienes inembargables ante supuestos de concursos de personas naturales o las exclusiones de cierta clase de bienes que normas especiales de rango legal pudieran determinar. (Del Aguila Ruiz de Somocurcio, 2003, pág. 68).

(...) Ninguna norma de menor o igual jerarquía pueda disponer que los bienes no sean considerados dentro de la masa concursal (Blank, 2009, pág. 10).

Entonces, el principio de universalidad debe ser entendido como aquel que busca integrar el patrimonio del deudo en una sola masa, ya que una vez iniciado el concurso pasa a ser la “masa activa del concurso” sobre el cual recaerá el cobro de las acreencias.

Es así como iniciado el procedimiento concursal produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, con las excepciones establecidas propiamente por la ley (artículo IV del título preliminar de la LGSC) y no sólo incluye los activos existentes a la fecha del concurso, sino aquellos que se reintegran a la masa como consecuencia de los mecanismos de recomposición del patrimonio como las acciones de ineficacia sobre determinados actos de disposición del deudor (disposiciones voluntarias) como la de restitución de activos como consecuencia del levantamiento de medidas cautelares o actos de ejecución (disposiciones compulsivas).

En el derecho concursal, ya sea en Perú y en derecho comparado, se presume la ilicitud de determinados los actos de disposición (enajenación y/o afectación) de los activos del concursado, bajo determinadas circunstancias y en algunos casos bajo periodos determinados.

Rige en el ordenamiento concursal una presunción de ilicitud respecto de los actos de enajenación de activos durante el “periodo suspeito” o “período de sospecha”, denominación que de ordinario se usa en el estado judicial de liquidación (no así en el procedimiento preventivo) para designar el lapso que media entre la fecha de presentación requiriendo la apertura del concurso o la quiebra y un período anterior en el que la ley presume que el deudor en crisis ha realizado actos violatorios de la norma de la intangibilidad del patrimonio en el período concursal



a través de garantías o enajenaciones que en definitiva deterioran su consistencia. (Dasso, 2006, págs. 4, 5).

Lo anterior, se ve reflejado en el artículo 19.1 y 19.2 de la LGSC, que consagran un período de sospecha a todos los actos de disposición, ya sean a título gratuito u onerosos, del deudor concursado por los 12 meses anteriores al inicio del concurso, ya sea a pedido del propio deudor o a solicitud de un acreedor, cuya consecuencia de dichos actos de disposición será la ineficacia de estos frente a los acreedores del concursado. Ahora bien, será necesario que se cumplan de forma concurrente las siguientes condiciones (i) no se encuentren referidos al desarrollo normal de la actividad del deudor, y, (ii) perjudiquen el patrimonio del deudor. Asimismo, aquellos actos que se realicen en virtud de cualquier cambio o modificación del objeto social del deudor dentro del período de sospecha serán evaluados por un juez en función de la naturaleza de la operación comercial realizada.

Horacio Grillo, refiriéndose a la legislación argentina señala que:

El sistema de inoponibilidad estructurado en nuestro texto concursal vigente, tiende a evitar que los actos realizados por el deudor en el período de sospecha causen un perjuicio a los acreedores considerados como conjunto, colectividad o masa. Por tal razón, tales actos pueden ser privados de efecto por el juez con relación a dichos acreedores y en la medida del perjuicio causado. Los actos, pues, encuadrados en tal sentido, no son declarados inválidos, sino solo inoponibles a los acreedores, o sea sin efecto respecto de ellos. En consecuencia, los actos son plenamente válidos y eficaces, no solamente entre las partes, sino también con relación a terceros, con excepción de los terceros acreedores. (Grillo, 2001, pág. 2).

La presunción de ilicitud operará y la acción de ineficacia sólo podrá ser jurídicamente invocada en la medida que el concurso exista. Es decir, desde la difusión de la existencia del concurso mediante su publicación en el Boletín Concursal. Sin embargo, el período de sospecha retroactivo se computará no desde la difusión del concurso sino antes, conforme a la regla del artículo 19.1 de la LGSC: Cuando se forme el procedimiento administrativo bilateral o trilateral, dependiendo si el deudor o uno a más acreedores los que solicitan el



inicio del concurso en la fase determinativa⁶, y en caso de que sea amparada, resultará inoponible ante la totalidad de los acreedores en concurso⁷ debiendo reintegrarse los bienes del deudor materia de los actos ineficaces a la masa concursal sobre la cual se cobrarán los créditos.

En tal hipótesis el ordenamiento concursal contiene el sistema de reposición o recomposición patrimonial cuya téisis es reintegrar al patrimonio los bienes o derechos desafectados del mismo en el período de sospecha, cuya amplitud varía en los distintos ordenamientos (Dasso, 2006, pág. 5).

La LGSC no solo prevé presunciones de ilicitud de los actos de disposición del deudor de manera retroactiva al inicio del procedimiento concursal, sino también una vez iniciado éste, pues en su artículo 19.3 se establece un listado taxativo de actos del deudor que son pasibles de ser declarados ineficaces sin necesidad de probar hecho adicional⁸ que la sola realización del acto por parte del deudor siempre y cuando se hayan ejecutado entre la fecha de inicio del período de sospecha retroactivo hasta el momento en que la junta de acreedores nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso. Ello se justifica en la medida que entre la fecha de solicitud y/o emplazamiento del concursado hasta que se instaure la junta de acreedores y decida sobre la administración y/o suscriba el convenio de liquidación del concursado existe una brecha de tiempo⁹ en el cual el deudor mantiene su propia administración, por tanto, la LGSC otorga esta facultad de cuestionar los actos que se produzcan en dicho período, pero

6 19.1 El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación.

7 Considerar que no se reintegrarán los bienes en beneficio del acreedor interesado que acudió a la vía judicial, sino se integra a la masa del concurso en beneficio de la colectividad de los acreedores bajo condiciones de igualdad (*pari passu*).

8 Tal como el perjuicio patrimonial del deudor.

9 Incluyendo el plazo de publicación del concurso y el de reconocimiento de créditos.



únicamente los listados en el numeral 19.3., y marca el modus operandi o por lo menos los límites de la conducta que deberá acatar la administración del deudor.

[...] la fotografía concursal sí exige que el deudor mantenga congelada su imagen patrimonial más esencial y significativa, proscribiendo la transferencia de activos no corrientes, el gravamen de bienes, los actos y contratos ajenos al curso ordinario de su actividad, los pagos preferenciales de obligaciones no vencidas, etcétera (Puelles, 2009, pág. 200).

Si bien son acertados los criterios que ha adoptado la LGSC para proteger la masa concursal del deudor, inclusive para los actos de disposición realizados con anterioridad al inicio del concurso, existen retos y/o situaciones que no se encuentran contempladas en la norma que pueden dificultar y/o inclusive tener como resultado la inobservancia del principio de universalidad sobre la masa concursal del deudor concursado. A modo de ejemplo, la norma no prevé el plazo prescriptorio para ejercer las acciones de ineeficacia de los actos realizados por el deudor concursado¹⁰ ni desde cuándo puede ser ejercida la acción de aquel que se encuentre interesado¹¹, e inclusive la incompatibilidad entre el período de sospecha concursal con el período para solicitar la nulidad de la transferencia de dominio fiduciario¹².

- 10 En la práctica se toma de manera suplementaria el plazo de 2 años establecido en el artículo 1993 del código civil peruano, el cual es contabilizado desde que puede ejercitarse la acción, sin embargo, la LGSC no es clara desde cuando puede ejercitarse la acción de ineeficacia, pues no marca un hito sobre el cual se entienda hábil al acreedor y/o cualquier tercer interesado (incluyendo el nuevo administrador y/o liquidador designado por la junta) para ejercer la acción de ineeficacia.
- 11 A nuestro entender existen dos momentos y/o hitos dentro del procedimiento concursal en el cual se gatilla el derecho de los acreedores para ejercer la acción de ineeficacia. Estos son: (i) en caso se trate de la presunción de ilicitud retroactiva, cuando se realice la publicación del concurso de acuerdo a las provisiones del artículo 32 de dicho cuerpo legal, pues desde dicho momento el acreedor podrá tomar conocimiento de la situación concursal de su deudor; y, (ii) en caso de trate de la presunción de ilicitud dentro del procedimiento concursal, cuando sea instaurada la junta de acreedores y se designa al nuevo administrador, pues en dicha oportunidad el acreedor, el nuevo administrador y/o liquidador podrán estar en condiciones de tomar conocimiento sobre los actos de la anterior administración del deudor.
- 12 El artículo 245 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley No. 26702 (la “Ley General del



Esto respecto de los actos voluntarios. Respecto de los actos de desposesión por decisión ajena a la voluntad e intención del deudor, su restitución a la masa se encuentra adecuada y pacíficamente regulada a través del artículo 18 de la LGSC.

Asimismo, declarada la situación de concurso del deudor y difundido el procedimiento concursal en contra de éste, no procede la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados por garantías ni se podrá tramitar el inicio de cualquier procedimiento destinado exclusivamente al cobro de los créditos comprendidos en el concurso; o, en caso éstos ya hubieran iniciado se deberá suspender su tramitación (artículos 18.4 y 18.6 de la LGSC).

b. Coletividad

El principio de colectividad es entendido bajo dos vertientes. La primera como aquella búsqueda de la integridad de todos los acreedores del concursado, por ello, será conocido como la universalidad subjetiva ya que todos los mecanismos del derecho concursal se ejercen teniendo en consideración a la

Sistema Financiero") establece un plazo máximo de 6 meses para accionar en contra de la transmisión fiduciaria, en cuyo caso se deberá probar el dolo del deudor para defraudar a sus acreedores (a distinción de la LGSC que no se necesita probar el dolo). Una vez transcurrido dicho plazo, la transferencia fiduciaria es incuestionable, y, consecuentemente, los bienes salen del patrimonio del deudor para formar parte del patrimonio fideicometido, el cual no responde por las obligaciones del fideicomitente (entiéndase como el deudor). Vale la pena preguntarnos ¿Qué prima en estas situaciones? ¿Se trata de dos acciones diferentes? La respuesta a esta última pregunta es afirmativa, pues la acción regulada en la Ley General del Sistema Financiero es de nulidad del acto constitutivo del fideicomiso por tratarse de un fraude (en caso se demostrase), por tanto, el acto nunca existió y nunca se efectuó tal transferencia fiduciaria; mientras que, la acción regulada en la LGSC es de ineeficacia, la cual no ataca el acto en sí mismo, siendo éste completamente válido y eficaz al momento de su celebración, y que, posteriormente, por razones sobrevenidas (entiéndase el inicio del concurso) resultará inoponible a los acreedores en el concurso. Si bien existe una diferencia teórica importante entre estas acciones, en la práctica pasados los 6 meses de constituido el patrimonio fideicometido, es intocable; e, inclusive, si se hubiera ejecutado el acto de disposición este no habrá sido efectuado por el deudor, sino el fiduciario en ejercicio del dominio fiduciario. Consideramos que hay una oportunidad de mejora frente a estas situaciones a fin de que no exista lugar a dudas de que se trata de dos acciones; y que, prevalecerá el período de sospecha establecido en la LGSC por su especialidad en una situación tan patológica como lo es el incumplimiento generalizado de pagos.



totalidad de los acreedores del deudor concursado, independientemente de la naturaleza de sus créditos.

La universalidad subjetiva (colectividad de acreedores) significa el sometimiento en la realización de los derechos de todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación, quirógrafos privilegiados, sin excepción alguna respecto de las modalidades o características de los créditos: vencidos o no vencidos, confesados o discutidos por el deudor, líquidos o ilíquidos, puros o condicionales, hasta aún aquellos ignorados o indiferentes –no denunciados ni insinuados–. (Dasso, 2006, pág. 9)

Esta vertiente del principio de colectividad se basa en el interés, o, mejor dicho, la expectativa de cobro del crédito que debe ser tutelado y amparado jurídicamente, por tanto, se reconoce el derecho de intervenir en el procedimiento a cada uno de los acreedores del deudor sometido a concurso. Por ello, será importante que en el derecho concursal se establezcan medios idóneos de publicidad del concurso para que se procure la intervención de todo aquel interesado.

La segunda vertiente del principio de colectividad asegura el beneficio común de la colectividad de acreedores, priorizando los intereses colectivos frente a los personales.

(...) se desarrolla no en beneficio de uno o de determinado grupo de acreedores, sino de la totalidad de ellos. Esto se justifica desde una perspectiva económica porque los comportamientos racionales, maximizadores de ganancias individuales, pueden resultar perjudiciales para una asignación óptima de recursos escasos frente a la amplia gama de necesidades existentes, lo que lleva a soluciones ineficientes y acarrea una reducción de la utilidad colectiva. (Del Aguila Ruiz de Somocurcio, 2003, pág. 69) (énfasis agregado).

Así, la aplicación de este principio del derecho concursal significará la suspensión de los intereses individuales de cada uno de los acreedores para recuperar su crédito, pasando a formar parte del interés colectivo de la masa de acreedores, primando este último. El mecanismo por medio del cual se efectiviza el principio de colectividad es a través de la junta de acreedores, ya que todos



los acreedores de un deudor concursado deberán llegar a consensos para determinar el futuro del deudor; y, con ello, el cobro de sus créditos.

La definición del interés colectivo la podemos también del derecho societario, cuyas teorías son:

- Teoría institucionalista: Donde el interés colectivo es entendido como el propio interés de la sociedad, primando sobre el interés del socio en caso de incongruencia y/o conflicto.
- Teoría contractualista: Mediante el ejercicio del derecho a voto se unifican los intereses individuales de los socios, lo que no puede significar que el interés colectivo dañe el interés individual de las minorías, terceros e inclusive a la misma sociedad, de conformidad a los artículos 139, 140 y 148 de nuestra ley general de sociedades¹³.

En un ejemplo práctico, si bien un accionista de modo individual busca obtener rentabilidad¹⁴, éste sólo podrá percibirla cuando sea decidido colectivamente a través de la junta general de accionistas, para lo cual se deberán cumplir ciertas formalidades de convocatoria, quorum y mayorías establecidas en la ley. A pesar de tratarse de normas de derecho privado, la ley de sociedades prohíbe que los accionistas mayoritarios pretendan excluir totalmente a los accionistas minoritarios de dicha distribución de utilidades, sobre la base de un principio de proporcionalidad atenuada en los resultados del negocio pues permite una distribución distinta.

En el derecho concursal tenemos a la universalidad objetiva sobre el patrimonio del deudor que protege los bienes sobre los cuales se cobrarán los créditos, retornando cualquier bien enajenado a la masa concursal en beneficio de la colectividad de acreedores¹⁵. Y, por otro lado, se suspende la exigibilidad

13 No se puede dejar de lado el interés individual de los accionistas ya que es la base y justificación de la sociedad en sí misma, por lo que, la ley general de sociedades establece mecanismos para proteger a las minorías e incluso a la misma sociedad frente a los accionistas mayoritarios aprovechándose de ostentar una posición más ventajosa en la toma de decisiones; lo mismo sucede en el derecho concursal.

14 Ello considerando que la utilidad es un derecho inherente a las acciones, por lo que, toda ganancia será el activo subyacente a la acción.

15 Puede darse el caso de que un acreedor y el deudor acuerden una dación en pago durante el período de sospecha con anterioridad al concurso, el cual perjudica el patrimonio del



de las obligaciones desde que el concurso es publicado hasta que Junta apruebe el plan de reestructuración, el acuerdo global de refinanciación o el convenio de liquidación en los que se establezcan condiciones diferentes, referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el concurso, siendo de obligatorio cumplimiento para todos los acreedores del concurso (incluso para aquellos que hubieran votado en contra), así como, la suspensión de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial seguidos contra el deudor, no ordenará, bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte su patrimonio y si ya están ordenadas se abstendrá de tratarlas (artículos 17 y 18 de la LGSC)¹⁶.

Así, iniciado el concurso, los acreedores del deudor se someterán al reconocimiento de sus créditos, actuando bajo sus intereses personales, sin embargo, cada acreedor solo los podrá ver materializados si coinciden con el de la mayoría, es decir, con el interés colectivo de los acreedores, cuya formación se da a través de la junta de acreedores.

Si estuviéramos en un escenario donde la crisis económica de la empresa sólo involucrara a un acreedor, se podría esperar un arreglo bilateral entre ambos. Puede que se acuerde liquidar el patrimonio del deudor y con lo recaudado se pague el crédito o parte del mismo, caso contrario se podría acordar que se prorrogue el plazo de cumplimiento de la obligación para así darle tiempo a la empresa a recuperar su solvencia financiera. Sin embargo, cuando en este escenario aparece más de un acreedor, la situación ciertamente se complica y es necesario someter a estos agentes a otras reglas de juego con el fin de tratar de satisfacer de la manera más eficiente las acreencias. (Castellanos Sánchez, 2009, pág. 220)

deudor, imposibilitando el cobro de los demás acreedores; en cuyo caso, aquel interesado (cualquier acreedor) podrá solicitar la ineficacia de dicho acto para que los bienes retornen a la masa concursal y sirvan para el cobro de créditos bajo los mecanismos especiales del derecho concursal.

16 Es claro que la universalidad y la colectividad (también llamada universalidad subjetiva) son dos caras de una sola moneda, pues en conjunto lo que se procura es la protección del patrimonio en beneficio de la totalidad de los acreedores para que éstos puedas recuperar sus créditos bajo condiciones iguales bajo los criterios de esta ley especial.

De esta manera, las pretensiones e intereses personales de cada acreedor no pueden contravenir el bienestar grupal ni perjudicar la situación de los demás acreedores del concursado. El derecho concursal mantiene un conjunto de reglas organizativas y de justicia distributiva para que el cobro de los créditos en contra de los bienes y flujos de ingresos del deudor concursado sea previsible, equitativo y transparente.

c. Proporcionalidad

Es natural que ante una situación de crisis patrimonial de una persona (natural o jurídica) sus activos pueden o no ser suficientes para cubrir sus obligaciones de pago. Por tanto, al instalarse la junta de acreedores del concursado, los acreedores y/o el administrador que éstos designen deberán decidir soberanamente la distribución eficiente de los escasos recursos del deudor.

Teniendo en consideración lo anterior, si la decisión sobre el destino del deudor es determinada por los acreedores involucrados en el concurso, es razonable que estos sean quienes asuman la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada (artículo III del título preliminar de la LGSC).

El derecho concursal exige la justicia distributiva en las decisiones de la junta de acreedores, pues aquella decisión afectará a la totalidad de los acreedores del concursado, debiendo evitarse la prevalencia de los intereses de los más fuertes frente a los más débiles¹⁷.

Esto implica realmente, en otros términos, que a los acreedores se les debe dispensar un trato igualitario en la distribución de las pérdidas y ganancias del negocio, principio de igualdad conocido con la expresión latina “par conditio creditorum”, el mismo que se contrapone con el principio común de quien llega primera cobra antes o “prior in tempore potior in iure”, aplicable en el derecho civil. (Del Aguila Ruiz de Somocurcio, 2003, pág. 69)

De acuerdo con lo anterior, la LGSC establece el derecho de los acreedores de participar proporcionalmente en el resultado económico de los deudores en

¹⁷ En el contexto concursal, los acreedores no se verán sujetos a la ley del más fuerte donde se pueda “canibalizar” el patrimonio del deudor para satisfacer el crédito del acreedor más fuerte y avezado en detrimento de los demás.



situación de crisis, es decir, la imposibilidad de satisfacer la totalidad de sus obligaciones de pago¹⁸.

En ese orden de ideas, el principio de proporcionalidad protege el “*par conditio creditorum*” el cual brinda de igualdad de condiciones a todos los acreedores del deudor concursado, siendo expresado en dos extremos: por un lado, la reducción máxima de cualquier privilegio o preferencia ante la recuperación de créditos (primando el trato igualitario entre los acreedores), y en caso de cualquier otorgamiento de privilegios o preferencias deberán ser objetivamente justificados y razonables; y, por otro lado, mediante la asunción proporcional sobre las pérdidas o resultados del concursado¹⁹.

En efecto, la noción de un procedimiento colectivo de cobro, a diferencia del procedimiento de ejecución promovido singularmente, busca la satisfacción de todos los acreedores en igual proporción, lo cual presupone que, por regla general, todos los acreedores deben: (i) estar en la posibilidad de cobrar sus créditos en igualdad de condiciones respecto de los otros acreedores perjudicados de tal modo que se evite que ciertos acreedores cobren primero o en una cantidad distinta a los demás; y, (ii) soportar en común la situación de quebranto patrimonial del deudor, de modo tal que las circunstancias negativas que impacten en el patrimonio del deudor y ocasiones su pérdida de valor, deben ser asumidas e internalizadas por todos los acreedores, sin que ninguno de ellos quede exento de perjudicarse con dicha pérdida de valor. (Precedente vinculante del INDECOPI, 2023, pág. 19)

- 18 Este resultado económico podrá ser consecuencia de la reestructuración de la empresa, conservando la unidad productiva para seguir generando flujos y que de éstos puedan recuperar sus créditos; o, realizar los bienes del deudor y recuperar sus créditos. El fin de ello es evitar que, dentro de este incumplimiento generalizado de pagos que ocasiona el concurso, los acreedores no se vean condenados a la incobrabilidad de su crédito.
- 19 El derecho concursal parte de una premisa de una “comunidad de pérdidas”, el cual es asistido supletoriamente por, lo que doctrinariamente se conoce como, la “ley del dividendo”; lo que, básicamente es la distribución proporcional de las ganancias y/o pérdidas del negocio. Entonces, aplicado al derecho concursal, en caso de que el patrimonio del deudor concursado resulte insuficiente para el cumplimiento de sus obligaciones, los acreedores deberán distribuir aquel patrimonio a prorrata o proporcionalmente a la participación que éstos tuvieran sobre el total de las acreencias del deudor.



Ahora bien, la habilitación legal a ciertos acreedores a cobrar de manera preferente frente a los demás como excepción del principio de “*par conditio creditorum*” encuentra su justificación en las características y naturaleza de los pasivos que mantiene el deudor, flexibilizándose así el principio de proporcionalidad.

Consideramos que el orden de prelación o preferencia cumplirá sus objetivos siempre y cuando se encuentren sustentados en las diferencias de la propia naturaleza de los acreedores, esto es respetando el principio de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

La diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

Así, por ejemplo, en casos de restructuración la LGSC prevé resguardos y protecciones para determinadas clases de créditos por razón de su origen.

- En el caso de los créditos de origen laboral, no menos del 30 % de los flujos que se destinan anualmente a pagar créditos concursales, deberán ser destinados para el pago de obligaciones de origen laboral.
- En el caso de las obligaciones de origen tributario, en general les serán oponibles las mismas condiciones aplicables a la mayoría de los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos y específicamente las reguladas en el artículo 48.3 de la LGSC.

En caso de liquidación está establecido el orden de preferencia en el artículo 42 de la LGSC.

Así, os pasivos de origen laboral son prioritarios dentro del conjunto de acreedores y se protegen en su condición de acreedores más débiles que ven



peligrar la fuente ingresos para solventar sus gastos de vida²⁰. Este privilegio de los créditos laborales previsto en el artículo 42 de la LGSC que no hace más que recoger la preferencia de los pasivos laborales reconocida constitucionalmente²¹.

Por su parte, el tercer orden de preferencia -para aquellos créditos con garantía específica, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, constituidas o tratabadas según corresponda con anterioridad a la fecha de publicación del concurso- se justifica en la especialidad del derecho de garantías, en el que un bien determinado asegura el fiel cumplimiento de la obligación de pago; y, en caso de incumplimiento, el valor de realización del bien en garantía servirá, de manera forzosa, para cubrir la obligación garantizada. Lo anterior, también se justifica en un interés social de mercado, pues a fin de que el otorgamiento de créditos resulte menos oneroso para los actores será necesario establecer reglas claras y garantías necesarias para asegurar que un acreedor no se vea perjudicado frente al incumplimiento, inclusive en el derecho concursal.

Al respecto, consideramos acertado que el derecho concursal establezca esta diferenciación – y privilegio – a los acreedores garantizados, pues de esta manera el cobro de su crédito estará circunscrito al valor de realización del bien, que, en principio, se destinará de manera íntegra y exclusivamente a pagar el mencionado crédito garantizado.

Sobre este último punto, cabe señalar que la correcta aplicación del artículo 89 de la LGSC que establece la forma de pago de los pagos de los acreedores garantizados, se encuentra desarrollada en un reciente precedente de observancia obligatoria emitido por la Sala Concursal mediante Resolución 0648-2022/SCO-INDECOPI publicado el 10 de marzo de 2023 en el diario oficial “El Peruano” que establece que si bien de conformidad con el artículo 89.2 de la LGSC, si se realizarán los bienes que garantizan créditos de tercer orden para el pago de ordenes anteriores, se deberá efectuar la prorrata de todos los créditos (artículo 89.2 de la LGSC), esta prorrata no resultará aplicable a todos

- 20 No olvidemos que dentro de los pasivos laborales se encuentra no solo la remuneración, sino también los beneficios sociales, incluyéndose la compensación por tiempo de servicios (que no haya sido previamente depositada por el empleador) que sirve como una especie de seguro frente al desempleo.
- 21 El artículo 24 de la Constitución Política del Perú establece que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.



los acreedores de tercer rango, sino únicamente al acreedor que se haya visto perjudicado (excluyéndose a aquellos que su crédito se encuentra respaldado por un bien cuya realización no se ha efectuado), entonces, cuando nos encontremos en el tercer orden y se obtenga el ingreso derivado de la realización de un bien, éste será aplicado en beneficio conjunto del acreedor garantizado por dicho bien y aquel que vio perjudicado su derecho previamente. Distinto sería el caso, en el que todos los acreedores del tercer orden se vieran perjudicados, en cuyo caso si corresponde aplicar la prorrata sobre la totalidad de ellos, y de existir remanente, el mismo será considerado dentro del quinto orden (artículo 89.3 de la LGSC).

La lectura señalada deriva de una interpretación conjunta de los fundamentos del sistema de garantías y el principio de comunidad de pérdidas aplicable a cualquier procedimiento concursal, pro cuanto tal lectura: (i) respeta el carácter especial de la garantía real, esto es, que el derecho real de garantía se constituye respecto de un bien específico y plenamente identificado; (ii) confirma que la realización del bien que respalda al acreedor garantizado debe beneficiar principalmente a éste último, reivindicando de este modo la finalidad tuitiva del derecho de crédito; y, (iii) impone al acreedor garantizado el principio de comunidad de pérdidas, por cuanto verá parcialmente afectado su derecho de cobro en el tercer orden de preferencia para equilibrar el perjuicio causado al acreedor cuyo bien fue realizado para pagar órdenes preferentes, siendo que en caso exista un remanente pendiente de pago que no fue cubierto con el bien realizado, el acreedor garantizado deberá cobrar dicho remanente en el quinto orden, por mandato del quinto párrafo del artículo 42.1 de la LGSC. (Precedente vinculante del INDECOPI, 2023, pág. 23).

Es importante mencionar que, aquel acreedor cuyo bien que garantiza su crédito no haya sido realizado, éste será considerado dentro del quinto orden, y en caso de que el bien sea realizado posteriormente, el valor de realización de dicho bien será aplicado a pagar la obligación de pago garantizada descontando aquellos montos que ya hubiera recibido hasta dicha oportunidad según la prorrata del quinto orden.



LA
ADMINISTRACIÓN
COMO ENTE
RECTOR DE LOS
PROCEDIMIENTOS
CONCURSALES

La Administración como ente Rector de los Procedimientos Concursales

DANIEL SCHMERLER VAINSTEIN*
Perú

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la Ley General del Sistema Concursal, es decir, la Ley n.º 27809 y sus diversas normas modificatorias, los sujetos que califican como deudores pasibles de ser sometidos a un procedimiento concursal en el Perú son las personas naturales y las personas jurídicas, así como también las sociedades conyugales y los patrimonios autónomos, siempre que además dichos sujetos realicen una actividad de naturaleza empresarial¹.

Como es de público conocimiento, la normativa concursal peruana contempla dos (2) tipos de procedimiento concursal: El Procedimiento Concursal Ordinario, cuya finalidad es afrontar una situación de crisis patrimonial manifiesta;

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría culminados en Derecho de la Propiedad Intelectual y Competencia por la misma universidad. Certificado como Director con doble acreditación por el Programa de Alta Dirección (PAD) de la Universidad de Piura e Instituto de Estudios Superiores de la Empresa - IESE Business School. Ha sido catedrático de derecho concursal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Universidad Católica San Pablo de Arequipa, así como expositor en diversos eventos a nivel nacional e internacional. Miembro de INSOL International. Actualmente es Socio del Estudio Jurídico Diez Canseco en Lima - Perú, donde lidera el área de derecho concursal desde mayo de 2020.

1 Así lo prevé el literal c) del artículo 1 de la Ley General del Sistema Concursal.



y el Procedimiento Concursal Preventivo, que se orienta a la anticipación de una situación de crisis que podría presentarse afectando al deudor y sus acreedores en un futuro próximo.

A fin de delimitar los alcances del presente artículo, resulta oportuno precisar que nos concentraremos en los deudores personas jurídicas² domiciliados en el Perú³ y en quienes los gestionan, es decir, sus administradores, con especial enfoque en su rol como representantes del deudor dentro del Procedimiento Concursal Ordinario.

Este artículo comprenderá tanto a la administración con la que los deudores ingresan a concurso, como aquella administración que designe la Junta de Acreedores en caso, en el marco de un Procedimiento Concursal Ordinario, se opte por una Reestructuración Patrimonial de la persona jurídica concursada.

En ese orden de ideas, desarrollaremos una evaluación acerca del rol que cumple la administración de la persona jurídica deudora en la fase preconcursal, así como durante el desarrollo del propio procedimiento concursal.

2. LA ADMINISTRACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA FASE PRECONCURSAL

De acuerdo a la Ley General de Sociedades - Ley n.º 26887, en el caso de personas jurídicas de carácter empresarial, la administración de estas es ejercida por un órgano colegiado conocido como Directorio (salvo que se trate de una

2 Por supuesto, no están consideradas dentro de tales personas jurídicas, aquella expresamente excluidas de su alcance, tal como lo establece de forma clara el artículo 2.2 de la Ley General del Sistema Concursal, que dispone que: "No se encuentran comprendidas en la Ley, como deudores, las entidades que integran la estructura del Estado, tales como los organismos públicos y demás entes de derecho público; las administradoras privadas de fondos de pensiones, las personas que forman parte del sistema financiero o del sistema de seguros".

3 Téngase presente que de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley General del Sistema Concursal, la citada ley se aplica a los procedimientos concursales de deudores domiciliados en el Perú. Si bien es cierto que el artículo 6.2 de la referida ley permite también que INDECOPI conozca, en determinados supuestos, procedimientos concursales de deudores domiciliados en el extranjero en lo que respecta a sus bienes situados dentro del territorio del Perú, es oportuno señalar que ello no será materia de análisis en el presente documento.



sociedad que, en su estatuto, haya optado por no contar con el mismo) y por un Gerente, habitualmente denominado Gerente General⁴.

Conforme establece el artículo 188 de la Ley General de Sociedades, el Gerente General de la empresa, salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo en contrario de la junta general de accionistas o del Directorio, goza de las siguientes atribuciones básicas:

1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social;
2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil;
3. Asistir, con voz, pero sin voto, a las sesiones del directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada;
4. Asistir, con voz, pero sin voto, a las sesiones de la junta general de accionistas, salvo que ésta decida en contrario;
5. Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,
6. Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio.

El Gerente General de la persona jurídica de naturaleza societaria es particularmente responsable, entre otros aspectos, por lo siguiente:

1. La existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante;
2. El establecimiento y mantenimiento de una estructura de control interno diseñada para proveer una seguridad razonable de que los activos de la sociedad estén protegidos contra uso no autorizado y que todas las operaciones son efectuadas de acuerdo con autorizaciones establecidas y son registradas apropiadamente;
3. La veracidad de las informaciones que proporcione al directorio y a la junta general de accionistas;

4 Así lo dispone el artículo 152 de la Ley General de Sociedades.



4. El ocultamiento de las irregularidades que observe en las actividades de la sociedad;
5. La conservación de los fondos sociales a nombre de la sociedad;
6. El empleo de los recursos sociales en negocios distintos del objeto de la sociedad;
7. La veracidad de las constancias y certificaciones que expida respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,
8. El cumplimiento de la ley, el estatuto y los acuerdos de la junta general de accionistas y del directorio.

En el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (también conocida como E.I.R.L.) la gestión y representación de ésta recae en un Gerente designado por el Titular de la Empresa, siendo dicho Gerente el encargado de desarrollar los actos de contratación en nombre de la empresa⁵.

En lo que respecta a personas jurídicas de naturaleza distinta a la societaria, como es el caso de las asociaciones, las cuales también son pasibles de ser sometidas a procedimiento concursal⁶ – en la medida que desarrollen alguna actividad de índole empresarial –, su administración de acuerdo a lo previsto en el Código Civil la ejerce su Consejo Directivo.

Lo que acabamos de describir, son las características generales que ostenta la administración de una persona jurídica en un contexto habitual o “no concursal”, es decir, cuando dicha persona está desarrollando sus actividades con normalidad y no se encuentra enfrentando la posibilidad de ser sometida a un procedimiento concursal.

Ahora bien, ¿qué sucederá si es que se presenta una situación de posible sometimiento de la persona jurídica a un procedimiento concursal?

Al respecto, resulta oportuno mencionar que un deudor puede ser sometido a un Procedimiento Concursal Ordinario por decisión propia o por impulso de sus acreedores. A continuación, vamos a revisar ambas alternativas.

5 Así está previsto en los artículos 43 y 44 del Decreto Ley n.º 21621 – Ley que norma la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

6 Ejemplos de ello encontramos en los procedimientos concursales seguidos en el Perú respecto de entidades deportivas (clube de fútbol) y educativas (universidades y otros centros de estudios superiores), todos ellos constituidos bajo la figura de asociaciones.



De acuerdo a lo previsto en el artículo 24.1 de la Ley General del Sistema Concursal, cualquier deudor podrá solicitar el inicio de su Procedimiento Concursal Ordinario siempre que acredite encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes casos:

- a) Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagadas por un período mayor a treinta (30) días calendario;
o
- b) Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

Para dicho fin, el deudor persona jurídica por medio de su representante legal, es decir el Gerente General o la persona que ejerce su administración, deberá presentar la documentación detallada en el artículo 25.1 de la Ley General del Sistema Concursal, entre la cual destaca un resumen ejecutivo fundamentando la decisión de solicitar el sometimiento al Procedimiento Concursal Ordinario, los Estados Financieros de la persona jurídica correspondientes a los últimos dos (2) años, detalle de las fuentes de financiamiento a que ha accedido la persona jurídica, relación de obligaciones por pagar y de créditos por cobrar, así como relación detallada de los bienes de su propiedad, especificando las cargas y gravámenes que recaen en los mismos.

Es importante precisar que la información y documentación que se presenten para la solicitud de sometimiento a propio pedido al Procedimiento Concursal Ordinario, deberá ser suscrita por el representante legal del deudor, es decir, por el Administrador de la persona jurídica, tal como lo prevé el artículo 25.4 de la norma concursal.

Es menester acotar que, dicha actuación del Administrador de la persona jurídica que apunta a someterse a concurso, como toda intervención de los partícipes de los procedimientos concursales, debe adecuarse a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.⁷

7 En efecto, el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal señala que “Los sujetos del procedimiento, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes de los procedimientos concursales, deben adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. La temeridad, mala fe o cualquier otra conducta dolosa son objeto de sanción, de acuerdo a Ley”.



En concreto, esto significa que la información que presente el Administrador en representación de la persona jurídica interesada en ser objeto de un Procedimiento Concursal Ordinario, como sustento de la solicitud de inicio de concurso ante INDECOPI, debe ser información real, veraz, que refleje su auténtica situación, sin distorsionar ninguno de los elementos que deberá evaluar la administración concursal para constatar si se cumplen los requisitos legales para que proceda la declaración de concurso. De ahí la importancia de la intervención del Administrador de la persona jurídica como responsable y a la vez garante de la veracidad de la información indispensable para el análisis a cargo de INDECOPI.

Asimismo, es relevante hacer notar que en el artículo 24.2 de la Ley General del Sistema Concursal, se indica que el deudor en su solicitud de acogimiento al Procedimiento Concursal Ordinario deberá precisar si su voluntad al ingresar al mismo apunta a una Reestructuración Patrimonial (es decir, a permanecer operativo en el mercado utilizando mecanismos de reflotamiento) o si, en cambio, busca su Disolución y Liquidación (esto es, su salida del mercado).

Para dicho fin, la norma concursal peruana exige a la persona que solicita que se inicie su Procedimiento Concursal Ordinario, que en su escrito de acogimiento no solamente señale si optará por la Reestructuración Patrimonial o por la Disolución y Liquidación, sino que, en caso se incline por la primera alternativa, adjunte un informe suscrito por su representante legal y por contador público colegiado, en el que se evidencie que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado, así como que especifique los mecanismos y requerimientos necesarios para hacer viable su reflotamiento, presentando para tal fin una proyección preliminar de sus resultados y flujo de caja por un período de dos (2) años. Caso contrario, si no logra demostrar lo recién indicado, el deudor persona jurídica sólo podrá solicitar su Disolución y Liquidación.

Se aprecia con claridad que en dicho dispositivo (artículo 24.2 de la Ley General del Sistema Concursal) existe una responsabilidad especial que recae en el representante legal de la persona jurídica que se acoge a concurso, es decir, en su Administrador, como condición necesaria para que el deudor pueda acogerse a Procedimiento Concursal Ordinario con la posibilidad de que se opte por su permanencia en el mercado a través de una Reestructuración Patrimonial.

Para que ello suceda, es indispensable que el Administrador de la persona jurídica cumpla con presentar la información que exige la norma concursal, la



cual además debe ser consistente con la data que reflejan los estados financieros de su representada.

De otro lado, existe también la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser sometida a un Procedimiento Concursal Ordinario a solicitud de uno o más de sus acreedores.

En efecto, el artículo 26.1 de la Ley General del Sistema Concursal establece que “*Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor (...).*”

La Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI constatará si los créditos que sustentan el pedido formulado por los acreedores cumplen con los requisitos recién indicados y, de ser así, emplazará a la persona cuyo concurso ha sido solicitado, a fin de que ejerza su defensa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de haber sido notificada⁸.

Occurrido ello, la persona emplazada podrá apersonarse al procedimiento, ejerciendo alguna de las siguientes alternativas:

- a) Pagar el íntegro de los créditos objeto del emplazamiento.
- b) Ofrecer pagar los créditos materia de emplazamiento (oferta que deberá ser trasladada para que el acreedor se pronuncie respecto a la misma).
- c) Cuestionar la solicitud de declaración de su concurso, a cuyo fin podrá oponerse a los atributos de los créditos que han respaldado su emplazamiento (es decir, la existencia, titularidad, exigibilidad y/o cuantía de tales acreencias). Ello motivará que la autoridad concursal evalúe si dicha oposición de la persona emplazada cuenta con respaldo que la sustente o no; en función a lo que se evalúe y en mérito a las evidencias que las partes aporten, se podría determinar la culminación o la continuación del procedimiento.

8 Así está establecido en el artículo 27 de la Ley General del Sistema Concursal.

- d) Allanarse a la solicitud y aceptar la declaración de concurso que se ha solicitado por los acreedores.

Nótese que la participación de la persona jurídica emplazada en el procedimiento, para el ejercicio de las alternativas de defensa recién enunciadas, se materializará a través de la intervención de su representante legal, rol ejercido habitualmente por su Administrador.

En ese orden de ideas, la intervención del Administrador de la persona jurídica durante la Fase Preconcursal del Procedimiento, cumple esencialmente con el objetivo de coadyuvar a definir, a través de sus actuaciones ante la Comisión de Procedimientos Concursales, si la solicitud de inicio de un Procedimiento Concursal Ordinario (sea a pedido propio o impulsada por los acreedores) prosperará y motivará que se declare la situación de concurso de dicha deudora, o si por el contrario tal solicitud debe ser desestimada al determinarse que no se cumple alguno de los requisitos y/o exigencias de la normativa concursal. Eso es lo único particular y distinto respecto del rol de gestión que, de forma natural y cotidiana ejerce la Administración fuera del marco del procedimiento que nos ocupa.

3. LA ADMINISTRACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA FASE CONCURSAL ANTES DE LA FORMACIÓN DE LA JUNTA DE ACREDITADORES

A diferencia de lo explicado en el acápite precedente en lo referido a la etapa o Fase Preconcursal, si la solicitud de inicio de un Procedimiento Concursal Ordinario prospera, se producen una serie de efectos e implicancias especiales, propios a la existencia de la situación concursal y con ello, se activan también diversas responsabilidades y roles que recaen en la propia Administración.

Respecto a lo primero, es decir los efectos que produce la consumación de la situación de concurso, en razón de que se cuente con resolución consentida o firme de la Comisión de Procedimientos Concursales declarando que la persona jurídica ha quedo sometida a Procedimiento Concursal Ordinario, tenemos ante todo la divulgación de dicho estado. Así, Consentida o firme la resolución que dispone la difusión del procedimiento, la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI dispondrá la publicación de ello⁹ en el Boletín

⁹ Dicha obligación se encuentra prevista en el artículo 32.1 de la Ley General del Sistema Concursal.



Concursal¹⁰, publicación de carácter digital en la que semanalmente se comunica a la ciudadanía acerca de los nuevos deudores que han ingresado a un procedimiento concursal.

A su vez, ocurrida tal publicación de la situación de concurso, se generan las siguientes consecuencias:

- (i) Una suspensión de exigibilidad de las obligaciones¹¹ del deudor; y
- (ii) La generación de un marco de protección e intangibilidad sobre los bienes que integran el patrimonio¹² del concursado.

La Finalidad de dichas medidas establecidas por la normativa especial es que los acreedores comprendidos en el procedimiento concursal, no estén habilitados para actuar de manera individual frente al deudor en crisis (sometido a concurso), lo que implica que no puedan iniciar un procedimiento judicial, arbitral o administrativo (o proseguir el que previamente hubiesen instaurado) orientado a cobrarle al deudor, quedándoles por tanto, solamente, la alternativa de atenerse a las reglas de actuación colectiva propias al procedimiento concursal¹³.

En ese sentido, estas medidas de suspensión de exigibilidad de obligaciones y marco de protección patrimonial, tienen como propósito central el relativo a dotar de viabilidad al desarrollo del procedimiento concursal, forzando a que cualquier decisión sea adoptada por el conjunto de los titulares de créditos frente al concursado en el marco de la futura Junta de Acreedores que se conformará, respecto de un patrimonio concursal íntegro e intacto.

10 El Boletín Concursal es el mecanismo oficial de comunicación de los actos relevantes en el marco de los procedimientos concursales, que fue creado en el año 2018 a través del artículo 38 del Decreto Legislativo 1451.

11 Medida prevista en el artículo 17 de la Ley General del Sistema Concursal.

12 Esta otra medida se encuentra establecida en el artículo 18 de la Ley General del Sistema Concursal.

13 Con relación a este punto, PUELLES OLIVERA, Guillermo. Algunas consideraciones sobre las garantías de terceros en los procesos concursales. En: Informativo Legal Rodrigo & Hernández Berenguel, Volumen 166. Lima, abril 2000. Página 13 opina que “Esta protección ha sido diseñada para permitir al deudor concursado mantener el status quo existente con respecto a su patrimonio y, adicionalmente, para brindarle la posibilidad de una cesación de pagos temporal, a fin de poder abordar con tranquilidad la tarea de negociar y preparar el acuerdo con los acreedores”.



Es en atención a la referida lógica inmanente al procedimiento concursal que, cuando se difunde la situación de concurso de un deudor, se convoca a sus acreedores a fin de que soliciten el reconocimiento de sus créditos¹⁴ ante la Comisión de Procedimientos Concursales, de modo tal que la resolución de reconocimiento que expedirá dicha autoridad se constituye en el título que los habilita a integrar la Junta de Acreedores y ejercer en la misma los derechos políticos de voz y voto.

Teniendo presente lo hasta aquí explicado, resulta relevante analizar cuál es el rol de la Administración de la persona jurídica concursada. Al respecto, podemos distinguir dos (2) momentos dentro de la Fase Concursal del Procedimiento Concursal Ordinario: Un primer momento que transcurre entre la fecha en que se difunde la situación de concurso hasta que la Junta de Acreedores se constituye¹⁵; y un segundo momento, cuando la Junta de Acreedores se instala y empieza a celebrar reuniones en las que adopta decisiones inherentes a la gestión de la persona jurídica concursada.

En lo que se refiere al primer momento de la Fase Concursal, es relevante no perder de vista que la declaración de concurso de un deudor no implica el cese de su actividad empresarial¹⁶, excepto en los casos en los que la Comisión de Procedimientos Concursales declare su disolución y liquidación a la par de la difusión de la declaración de concurso, de acuerdo a lo establecido en el literal b) del numeral 24.2 del artículo 24 de la presente Ley.

Como consecuencia de ello, la Administración de la persona jurídica concursada, continuará ejerciendo el rol de gestión de la misma luego de la difusión del concurso. En ese sentido, dicha Administración será responsable de la continuidad de la ejecución y cumplimiento de los contratos que involucren

14 De acuerdo a lo previsto en el artículo 32.2 de la Ley General del Sistema Concursal.

15 En la práctica suelen transcurrir varios meses y, en ocasiones más de un año, desde que se publica la situación de concurso hasta que se conforma la Junta de Acreedores, toda vez que para que esto último suceda, primero la autoridad concursal debe analizar y emitir pronunciamiento acerca de cada una de las múltiples solicitudes de reconocimiento de créditos presentadas por quienes se consideran acreedores del concursado (trabajadores, proveedores, entidades bancarias, empresas administradoras de fondos de pensiones, autoridades recaudadoras de tributos, entre otros).

16 Ello se encuentra normativamente previsto en el artículo 31 de la Ley General del Sistema Concursal.



el uso, disfrute y/o suministro de bienes y servicios al deudor concursado, los cuales no se verán afectados con la declaración de inicio de concurso.

No obstante, ello, esa continuidad del ejercicio en el cargo por parte de la Administración, no implica que la declaración de la situación de concurso mantenga a dicho gestor operando en las mismas circunstancias que en un contexto normal o “no concursal”.

Muy por el contrario, la difusión de la situación de concurso motiva que se produzca un estado al que denominaremos de “desapoderamiento relativo”¹⁷, en virtud al que se generan responsabilidades especiales adicionales que recaen en la persona jurídica concursada y en quien la representa: El Administrador. Esas responsabilidades implican la imposición de ciertas limitaciones o deberes especiales de cuidado sobre el patrimonio de la deudora sometida a concurso.

Estas responsabilidades están relacionadas con un efecto adicional de la difusión de concurso del que aún no hemos hablado en este artículo y que es lo que se conoce como la ineficacia de actos del deudor durante el llamado “período de sospecha”.

Podemos afirmar que el “período de sospecha”, sustancialmente involucra el tiempo en que se gesta la situación de crisis de un sujeto de derecho, el tiempo previo al sometimiento formal de ese agente a un procedimiento concursal, así como los momentos iniciales de tal procedimiento administrativo hasta que los acreedores asumen pleno control sobre la masa concursal (cuando la Junta de Acreedores entra en funcionamiento). Ciertamente lo relevante en este período es lo inherente al manejo patrimonial del deudor durante todo ese tiempo.

En el artículo 19.3 de la Ley General del Sistema Concursal podemos apreciar cómo se aborda este tema en el Perú. Dicha norma dispone lo siguiente:

17 BIANCHINI AYESTA, Aldo Renzo. *El Desapoderamiento Inmediato del Deudor Concursado*. Tesis de Magíster en Derecho de la Empresa. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2014, señala que “En los marcos legales que propician esquemas reorganizativos de la empresa en crisis como, por ejemplo, el concurso preventivo argentino, el concurso voluntario español o el proceso regido bajo el Chapter VII del Bankruptcy Code, la figura utilizada es la de un “desapoderamiento atenuado” cuyo elemento común es que el deudor no pierde el control de su empresa (“debtor in possession”) pero está sometido a estrictos controles en su gestión, que van desde suministro periódico y obligatorio de información hasta la incorporación de interventores que fiscalizan in situ a los administradores”.

“El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación:

- a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;*
- b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;*
- c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;*
- d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores;*
- e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el deudor con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito;*
- f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste;*
- g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso;*
- y h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimiento patrimonial”.*

Al respecto, Beaumont y Palma¹⁸, apoyándose en las opiniones del jurista argentino Horacio Pablo Garaguso, señalan que “el estado de insolvencia o de crisis económica, no se origina de improviso, de un día para otro, sino más bien se presenta a través de un conjunto de hechos que se desarrollan por períodos relativamente prolongados; no ocurre

¹⁸ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José E. (2002) “Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal”. Gaceta Jurídica. Lima. Páginas 129 – 130.



como un hecho instantáneo (...) disminuida su capacidad patrimonial, el crédito, si es bancario, asume formas más onerosas, o bien es sustituida (SIC) por prestamistas particulares en condiciones usurarias, como secuela de ello aparecen refinanciaciones, otorgamiento de garantías personales o reales en beneficio de los acreedores más exigentes; y en general actos, todos perjudiciales y a veces fraudulentos que evidencian finalmente un estado de cesación de pagos o insolvencia. Es en esta etapa que el deudor – en la generalidad de los casos-, acude a los remedios concursales, preventivos u ordinarios. (...) En la óptica apuntada, el deudor ha realizado múltiples actos que perjudican a los acreedores, restándole capacidad patrimonial a la prenda común, sea por necesidad, negligencia, dolo o fraude”.

Claramente, La finalidad del “período de sospecha” y de las acciones cuyo ejercicio se habilitan en razón del mismo es, entonces, resguardar los derechos de los acreedores que participan en un procedimiento concursal, de modo que se puedan neutralizar los actos jurídicos (y/o implicancias de éstos) ocurridos en un momento previo a aquel procedimiento o en las etapas iniciales del mismo que perjudiquen la masa patrimonial del deudor en desmedro de los titulares de créditos concursales.

En ese orden de ideas, el artículo 19.3 de la Ley General del Sistema Concursal, le envía un mensaje claro al Administrador de la persona jurídica concursada acerca de los cuidados específicos que debe observar y los actos que debe evitar durante su gestión de la persona jurídica concursada:

- No debe pagar obligaciones aún no vencidas
- Las obligaciones vencidas las podrá pagar, pero respetando las formas previstas en el respectivo contrato.
- Deberá evitar celebrar actos o contratos (a título oneroso) que no formen parte de su actividad normal / del curso ordinario de los negocios de la respectiva persona jurídica concursada.
- No deberá efectuar operaciones de compensación de obligaciones con sus acreedores.
- Evitar transferir bienes a título oneroso o gratuito.
- Evitar constituir u otorgar garantías.



El Administrador debe ser muy meticuloso en la observancia de estas restricciones establecidas por la norma legal concursal, pues de no hacerlo, se corre el riesgo de que se inicie frente a la persona jurídica concursada un proceso judicial de declaración de ineficacia¹⁹ de los actos que haya efectuado en transgresión al ya referido artículo 19 de la Ley General del Sistema Concursal, con la consecuente orden judicial de reintegro de los bienes a la masa concursal.

En adición a ello, en caso de actuar en contravención al mencionado artículo 19, el Administrador generará el riesgo de que la persona jurídica a la que representa o, incluso el mismo, reciban en ciertos supuestos una sanción pecuniaria (multa) por parte de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOP. Esto por cuanto, en la ley concursal²⁰ se establece lo siguiente:

“La Comisión sancionará con multas no menores de una (1) hasta cien (100) Unidades Impositivas Tributarias o inhabilitación permanente, de ser el caso, al deudor, a la persona que actúa en su nombre, al administrador o al liquidador registrado ante la Comisión, que realice alguna de las siguientes conductas:

- a) Ocultamiento de bienes;
- b) Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;
- y c) *Realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones, que no se refieran al desarrollo normal de su actividad.”*
(subrayados agregados)

4. LA ADMINISTRACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA FASE CONCURSAL LUEGO DE LA FORMACIÓN DE LA JUNTA DE ACREDITORES

Una vez que la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOP ha emitido las resoluciones a través de las que se pronuncia respecto de todas y cada una de las solicitudes de reconocimiento de crédito oportunamente recibidas de parte de aquellos que se consideran acreedores de la persona jurídica concursada y que se apersonaron al procedimiento dentro del plazo de

19 Las características de dicho proceso judicial de ineficacia se encuentran previstas en el artículo 20 de la Ley General del Sistema Concursal.

20 Véase el artículo 125.2 de dicha norma.



ley²¹, dispondrá la publicación del aviso de convocatoria a instalación de la Junta de Acreedores²² en el Boletín Concursal.

En la oportunidad en que se instale la Junta de Acreedores, sus integrantes se deberán pronunciar en primer lugar por la elección de las autoridades de dicho órgano, es decir, fundamentalmente cuál de los acreedores ejercerá el cargo de presidente de la Junta de Acreedores, haciéndose cargo de su conducción.

Luego de definido ello, el siguiente aspecto esencial acerca del que se debe pronunciar la Junta de Acreedores²³ es respecto al destino de la persona jurídica concursada. En este punto, lo que deberá evaluar el colectivo de acreedores es si la deudora aún tiene condiciones de viabilidad para mantenerse operativa en el mercado, en cuyo caso se votará por su Reestructuración Patrimonial o si, por el contrario, debe salir del mercado, escenario en el que impulsará su Disolución y Liquidación.

En el presente artículo, tal como hemos anticipado, nos estamos enfocando en las empresas que se mantienen operativas, es decir aquellas en las que la Junta de Acreedores ha optado por la Reestructuración Patrimonial. En ese sentido es importante identificar que ocurre luego de que los acreedores han decidido que la concursada se mantenga en funcionamiento.

Lo que debe decidir una Junta de Acreedores, inmediatamente después de haber optado por la Reestructuración Patrimonial del deudor, es definir quien se hará cargo de su gestión. En concreto, la Junta de Acreedores debe establecer primero cual será el Régimen Temporal de Administración que se aplicará al concursado y quienes se harán cargo del mismo.

Específicamente, el artículo 61.1 de la Ley General del Sistema Concursal establece que la Junta de Acreedores contará con tres (3) alternativas de Régimen de Administración:

- a) La continuación del mismo Régimen de Administración;

21 De acuerdo al artículo 34.1 de la Ley General del Sistema Concursal, dicho plazo es de treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha de difusión del concurso del respectivo deudor.

22 Así se encuentra previsto en el artículo 43.1 de la Ley General del Sistema Concursal.

23 De acuerdo a lo establecido en el artículo 50.4 de la Ley General del Sistema Concursal.



- b) La administración del deudor concursado por un Administrador profesional inscrito ante la Comisión de Procedimientos Concursales²⁴, o,
- c) Un sistema de administración mixta que mantenga en todo o en parte la Administración del deudor e involucre obligatoriamente la participación de personas naturales y/o jurídicas designadas por la Junta de Acreedores.

La norma concursal establece que si la Junta de Acreedores opta por mantener el mismo Régimen de Administración con que ingreso la deudora al procedimiento concursal (o con el que, en todo caso, contaba al momento de instalarse la Junta de Acreedores) los directores, gerentes, administradores y representantes del deudor podrán permanecer en sus cargos hasta la conclusión de la reestructuración²⁵, sin necesidad de ratificación al término del período que se hubiese establecido en el estatuto social del deudor o en el régimen de poderes, salvo que la Junta de Acreedores disponga algo distinto.

Asimismo, en este supuesto, la Junta de Acreedores podrá designar hasta dos representantes que tendrán la facultad de asistir a las sesiones del Directorio, o el órgano que haga sus veces según la naturaleza del deudor, con derecho a voz²⁶ y a requerir información relativa a las actividades del deudor que estimen conveniente.

Por otra parte, si la opción de la Junta de Acreedores es designar a un Administrador inscrito en el registro a cargo de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI, la administración designada sustituirá de pleno derecho en sus facultades legales y estatutarias a los directores, gerentes,

24 Los requisitos para que las personas naturales y jurídicas accedan al registro de administradores del INDECOPI se encuentran previstos en el artículo 120.2 de la Ley General del Sistema Concursal y están referidos a temas tales como acreditar una experiencia no menor a tres (3) años en reestructuraciones, tener calificación crediticia “normal”, no encontrarse concursado, no tener deudas exigibles coactivamente ante la administración tributaria (SUNAT), constituir la carta fianza exigida por INDECOPI, entre otros.

25 Ello se encuentra previsto en el artículo 61.2 de la Ley General del Sistema Concursal.

26 Esta atribución está contenida en el artículo 61.3 de la Ley General del Sistema Concursal.



representantes legales y apoderados del deudor,²⁷ sin reserva ni limitación alguna, pudiendo celebrar toda clase de actos y contratos.

Finalmente, si la Junta de Acreedores opta por el régimen de administración mixto, designará a las personas que ocuparán los cargos administrativos y directivos que considere pertinentes. En este supuesto en particular la normativa concursal²⁸ establece que el presidente de la Junta de Acreedores, bajo responsabilidad, informará a la Comisión, dentro del plazo de quince (15) días de adoptado el acuerdo, sobre la nueva estructura organizativa del deudor concursado, el nombre de los responsables de cada cargo y su fecha de designación. En tanto ello no ocurra, las personas que contaban con facultades de representación del deudor mantendrán dichas facultades hasta que las mismas sean revocadas.

La regla general prevista en la normativa concursal²⁹ es que los representantes designados por la Junta de Acreedores, cualquiera sea el Régimen de Administración por el que se haya optado, tienen las facultades generales y especiales de representación establecidas en el Código Procesal Civil desde el momento mismo de su designación, salvo acuerdo expreso en contrario adoptado por el referido órgano concursal que representa al colectivo de acreedores.

Asimismo, y a fin de que no exista ningún tipo de duda o cuestionamiento, la normativa es clara en cuanto a que las disposiciones relativas al Régimen de Administración serán aplicables a las personas jurídicas constituidas bajo cualquier forma³⁰ contemplada en la legislación nacional, así como a toda organización comprendida dentro de los alcances de la Ley. Eso significa que cualquier deudor persona jurídica que haya sido sometido a concurso, sea empresa (constituida bajo cualquiera de las formas societarias que contempla la legislación en el Perú) o no (caso, por ejemplo, de una asociación) se debe regir sin distinción por las mismas reglas referidas a Régimen de Administración.

De igual modo, existe otra regla sumamente importante establecida por la norma concursal peruana, la cual se refiere a que, cualquiera sea el

27 Esto lo prevé la ley concursal en su artículo 61.4.

28 Específicamente el artículo 61.5 de la Ley General del Sistema Concursal.

29 Contenido en el artículo 61.6 de la Ley General del Sistema Concursal.

30 La norma concursal es categórica en este punto, tal como se advierte en su artículo 61.7.



Régimen de Administración elegido, la Administración designada se encuentra en la obligación de remitir periódicamente a la Comisión de Procedimientos Concursales determinada información³¹.

En efecto, de acuerdo al artículo 122.3 de la Ley General del Sistema Concursal, los Administradores están obligados a remitir trimestralmente a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPÍ un informe detallado sobre el estado de los procedimientos concursales a su cargo.

La información que el Administrador debe remitir a INDECOPÍ cada trimestre, constará como mínimo de lo siguiente:

- a) Copia del Plan de Reestructuración, que se presentará en el trimestre posterior al inicio del procedimiento y sus eventuales modificaciones.
- b) Valorización contable y tasación del total de activos recibidos al inicio del procedimiento a su cargo y del total de activos existentes a la fecha del informe.
- c) Honorarios y comisiones acordados y pagados, cuando corresponda.
- d) Relación de gastos incurridos.
- e) Venta o adjudicación de muebles e inmuebles.
- f) Relación de créditos pagados.
- g) Créditos y gastos generados con posterioridad al inicio del procedimiento.
- h) Cualquier otra información que la Comisión considere conveniente solicitar.

El incumplimiento de dicha obligación generará responsabilidad personal de quienes ejercen el cargo de Administrador, la misma que puede dar lugar a la imposición de una sanción que va desde la amonestación hasta una multa ascendente a cincuenta (50) UIT.

Con ello se pone de manifiesto el rol de fiscalización que la normativa otorga a la autoridad concursal en lo inherente al seguimiento a los actos de gestión de las administraciones designadas por las juntas de acreedores para dirigir a los deudores concursados. La relevancia de dicha función consiste en la

³¹ Dicha obligación se encuentra establecida en el artículo 61.8 de la Ley General del Sistema Concursal.



búsqueda de que los participantes en el procedimiento concursal y, en especial los acreedores, cuenten con información suficiente acerca del desempeño de la Administración del deudor y de su manejo del patrimonio del concursado, así como de su efectivo cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley, así como de aquellas otras que le haya otorgado la Junta de Acreedores; contar con dicha información les permite a los acreedores un mejor ejercicio de la defensa de sus derechos patrimoniales.

Es oportuno resaltar además que, con la adopción por parte de la Junta de Acreedores de la decisión acerca del Régimen de Administración de la persona jurídica concursada, operará propiamente lo que se conoce como “desapoderamiento pleno” del concursado.

Previamente habíamos mencionado que con la difusión de la situación de concurso, operaba un “desapoderamiento relativo” en mérito al que, la Administración del deudor se mantenía en ejercicio del cargo, pero que sobre ella recaían una serie de deberes especiales de cuidado sobre la masa patrimonial del deudor, en resguardo de los intereses de los acreedores; pues bien, cuando la Junta de Acreedores se instala y decide a quien confiar la gestión de la persona jurídica concursada y, por supuesto, el patrimonio de ésta, eventualmente removiendo a quienes han ejercido tal rol hasta ese momento, se produce el “desapoderamiento pleno” consistente en el apartamiento de los socios o accionistas de la persona jurídica concursada del control de esta y de sus bienes, el cual pasa a manos de los acreedores.

Lo anterior responde a la lógica consistente en que la viabilidad de los deudores concursados es definida por los acreedores involucrados en el respectivo procedimiento concursal³², lo que se refleja en el hecho de que durante la Reestructuración Patrimonial queda en suspenso la competencia de la Junta de Accionistas o de Asociados u órgano equivalente, cuyas funciones son asumidas por la Junta de Acreedores, siendo que ésta por sí sola, podrá adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante el procedimiento concursal³³.

32 Tal como lo proclama el artículo III del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal.

33 Dichas implicancias se encuentran expresamente desarrolladas en los artículos 63.1 y 63.2 de la Ley General del Sistema Concursal.

Eso mismo ha sido desarrollado en la jurisprudencia emitida por el propio INDECOPI, como es el caso de la Resolución n.º 120-97-TDC emitida por el Tribunal del INDECOPI en que se estableció lo siguiente:

“(...) los acreedores tienen mayores intereses comprometidos en la crisis que los titulares del patrimonio afectado y, por ello, su riesgo es mayor. Mientras que el riesgo de los primeros equivale al monto de sus créditos, el de los titulares es equivalente al valor de su patrimonio que, dada la crisis no es suficiente para pagar por completo a todos los acreedores. Ello explica por qué la legislación concursal transfiere a los acreedores la responsabilidad de las decisiones que afectan al patrimonio y la carga del impulso de los procedimientos” (subrayados agregados).

Lo siguiente que ocurrirá en un procedimiento concursal en que se ha decidido la Reestructuración Patrimonial de la persona jurídica concursada, luego de que la Junta de Acreedores ha definido el correspondiente Régimen de Administración, es que deberá aprobarse un Plan de Reestructuración,³⁴ entendido este como el instrumento a través del que se definen los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del procedimiento concursal.³⁵

En este punto, es importante señalar que la Administración elegida por la Junta de Acreedores es la responsable de elaborar y presentar la propuesta de Plan de Reestructuración para que sea analizada y, de ser el caso, aprobada por el colectivo de acreedores.³⁶

Por ello mismo, una diligencia muy especial que deberá observar la Administración al diseñar el Plan de Reestructuración, es la concerniente a

34 Esto está previsto en el artículo 65.1 de la Ley General del Sistema Concursal.

35 En el artículo 66.1 de la Ley General del Sistema Concursal se alude al Plan de Reestructuración como “el negocio jurídico por el cual la Junta define los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del mismo, en función a las particularidades y características propias del deudor en reestructuración”.

36 El artículo 65.2 de la Ley General del Sistema Concursal establece que inclusive, la Administración, puede presentar a la Junta de Acreedores más de una propuesta de Plan de Reestructuración.



que este contenga necesariamente un cronograma de pagos que comprenda la totalidad de las obligaciones adeudadas hasta la fecha de la difusión del concurso, con prescindencia de si dichas obligaciones han sido reconocidas o no en el marco del procedimiento concursal.³⁷

De igual manera, la administración deberá tener la precaución de que de los fondos o recursos que se destinan al año para el pago de los créditos, por lo menos un 30 % se asignará en partes iguales al pago de obligaciones laborales que tengan el primer orden de preferencia.

El incumplimiento de cualquiera de los dos (2) deberes recién enunciados por parte del Administrador derivará ineludiblemente en la nulidad³⁸ del Plan de Reestructuración.

En cuanto a la ejecución del Plan de Reestructuración una vez que éste ha sido aprobado por la Junta de Acreedores de la persona jurídica concursada, no debe perderse de vista que dicho instrumento obliga al deudor³⁹ (y por consiguiente a su Administración) al cumplimiento de los términos allí pactados, a un punto tal que, si no se observa escrupulosamente lo dispuesto en el citado documento, cabe el riesgo de que la persona jurídica concursada termine saliendo del mercado. En efecto, en el artículo 67.4 de la norma concursal, se dispone que “*La Comisión declarará la disolución y liquidación del deudor por incumplimiento de los términos o condiciones establecidos en el Plan de Reestructuración a solicitud de un acreedor o de oficio, cuando el incumplimiento haya sido declarado por el deudor*”.

Uno de los deberes principales que recaen en la Administración del deudor concursado sujeto a una Reestructuración Patrimonial, es el referido al pago de los créditos comprendidos en el procedimiento concursal.

A diferencia de lo que ocurre en los procedimientos liquidatorios (que en el caso peruano son los más frecuentes, puesto que alrededor del 95 % de los procedimientos concursales ordinarios terminan en una disolución y liquidación) en los que los pagos se realizan siguiendo los órdenes de prelación previstos en

37 Esto lo prevé el artículo 66.3 de la Ley General de Sistema Concursal.

38 Esa consecuencia está establecida tanto en el artículo 66.3 como en el artículo 66.4 de la Ley General del Sistema Concursal.

39 Así lo prevé el artículo 67.1 de la Ley General del Sistema Concursal.



el artículo 42.1 de la Ley General del Sistema Concursal,⁴⁰ en la Reestructuración Patrimonial la regla general es que no se aplican dichos órdenes de preferencia sino más bien el cronograma estipulado en el Plan de Reestructuración. El armado de tal cronograma y de las clases o categorías en que se agrupa en el mismo a los acreedores, obedece a consideraciones diversas tales como las características propias de los acreedores (si son entidades financieras, proveedores, trabajadores, etc.,) o del crédito (si cuenta con garantías sobre bienes de propiedad del concursado o si no cuenta con tal respaldo sustentado en derechos reales), su naturaleza estratégica o no para el reflotamiento del concursado (por ejemplo, si el acreedor va a dar facilidades de financiamiento o de provisión de bienes que permitan que el deudor optimice su operación), entre otras. Es deber del Administrador cumplir con ese cronograma.

40 Dicho artículo 42.1 señala que: "En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley; deuda exigible al Seguro Social de Salud - ESSALUD que se encuentra en ejecución coactiva respecto de las cuales se haya ordenado medidas cautelares; así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen los conceptos a que se refiere el artículo 30 del Decreto Ley N° 25897, con excepción de las comisiones cobradas por la administración de los fondos privados de pensiones.

Segundo: Los créditos alimentarios.

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabaada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos.

Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud - ESSALUD que no se encuentren contemplados en el primer orden de preferencia; sean tributos, multas intereses, moras, costas y recargos.

Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del numeral 48.3 del artículo 48, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos



La excepción a la regla se presenta cuando en el marco de la Reestructuración Patrimonial se produce un supuesto que habitualmente resulta atípico en los deudores que permanecen activos en el mercado y que más bien se aprecia frecuentemente en los deudores sujetos a una disolución y liquidación: La distribución entre los acreedores del producto de la venta o transferencia de activos fijos del deudor; solamente en ese escenario el Administrador de la persona jurídica sujeta a Reestructuración Patrimonial deberá seguir, para fines del pago a los acreedores concursales, el orden de prelación del artículo 42.1 de la norma concursal.⁴¹ Ello por cuanto, lo usual en la Reestructuración no es la venta de bienes pertenecientes al concursado (que es lo que suele ocurrir en las liquidaciones), sino la generación de recursos (dinero) mediante la continuidad de las actividades propias al giro del concursado que permanece operando en el mercado.

Cuando se produzca ese supuesto de excepción referido a la venta de activos de propiedad del concursado sometido a Reestructuración Patrimonial, el Administrador debe tener un especial cuidado. Surge las siguientes interrogantes: ¿El íntegro del valor de la venta o transferencia de un activo fijo del deudor se debe aplicar al pago de la deuda concursal siguiendo el orden de apelación establecido en el Artículo 42 de la Ley General del Sistema Concursal?

Sobre el particular, es importante recordar que los deudores concursados sujetos a Reestructuración Patrimonial, mantienen dos (2) universos de deudores: Por un lado los créditos comprendidos en el procedimiento concursal (créditos concursales), que son todos aquellos que se hayan generado inclusive hasta la fecha de difusión del concurso y, por otro lado, los créditos post concursales o corrientes, es decir, aquellos otros devengados luego de la fecha en que se hizo pública la situación de concurso del deudor. El Administrador del deudor concursado sometido a Reestructuración Patrimonial es responsable por igual de efectuar los pagos a los acreedores de ambos universos.

La regla establecida en el artículo 69.1 de la LGSC (referida a la distribución entre los acreedores del producto de la transferencia de bienes que conforman el activo fijo del deudor) contempla solamente a los créditos concursales. Sin embargo, no debe soslayarse que los créditos corrientes deben pagarse a su

41 Ello se encuentra dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley General del Sistema Concursal.

vencimiento, tal como lo denota el artículo 16.1 de la propia Ley General del Sistema Concursa.⁴²

El artículo 69.1 de la Ley General del Sistema Concursal no se refiere a que el dinero que se obtenga de la venta o transferencia de los activos fijos del deudor sujeto a Reestructuración Patrimonial, deba destinarse exclusivamente al pago de créditos concursales. Tampoco dice nada dicha norma en el sentido que esté prohibido que parte de dichos recursos se apliquen a cancelar deuda corriente.

Por ello, compatibilizando lo dispuesto por el artículo 16.1 y el artículo 69.1 de la ley concursal peruana, resultará válido que el Administrador utilice los recursos obtenidos como efecto de la transferencia del activo fijo del concursado, tanto para amortizar créditos concursales (observando en tal caso el orden de prelación previsto en la legislación de la materia) como a pagar obligaciones corrientes. Al hacer ello, el Administrador estará cumpliendo con lo previsto en ambos dispositivos.

Ahora bien, el Administrador debe tener cuidado de revisar, antes de efectuar cualquier pago, que en el Plan de Reestructuración no se haya estipulado un modo de proceder diferente al recién descrito. De haber alguna especificación acerca de este particular en el Plan de Reestructuración, entonces el Administrador deberá actuar de acuerdo a lo pactado por la Junta de Acreedores en dicho instrumento.

Otro rol que recae en el Administrador, relacionado al pago de los créditos concursales en observancia de lo establecido en el cronograma contenido en el Plan de Reestructuración, es además de abonar el importe de la cuota respectiva en favor de cada acreedor, actualizar la cuantía de los créditos reconocidos al respectivo acreedor a través de la liquidación de los intereses⁴³ compensatorios⁴⁴

42 Dicho artículo señala literalmente que “Los créditos post concursales serán pagados a su vencimiento (...).”

43 Este deber del Administrador está previsto en el artículo 69.4 de la Ley General del Sistema Concursal.

44 Es habitual que los Planes de Reestructuración contemplen la consideración de intereses compensatorios en beneficio de los acreedores, atendiendo a la facilidad que estos otorgan al concursado al generar condiciones para el reflotamiento del deudor, difiriendo o postergando la oportunidad de cobro de sus correspondientes acreencias.



que se hayan generado hasta la fecha de pago, aplicando la tasa establecida en el Plan de Reestructuración.⁴⁵

El Administrador ejerce también una función de monitoreo respecto a la permanencia o no de las condiciones que permiten que el deudor concursado permanezca operativo desarrollando las actividades propias a su objeto social.

Es así que, de presentarse circunstancias a través de las que el Administrador advierta que ya no es posible la reestructuración patrimonial del deudor, convocará de inmediato a la Junta de Acreedores⁴⁶ para que se pronuncie sobre el inicio de la disolución y liquidación de la persona jurídica concursada. La norma concursal peruana no se refiere de forma expresa a la necesidad de que, para fines de realizar tal convocatoria, el Administrador exprese una causa específica, más allá de su constatación⁴⁷ de que la Reestructuración Patrimonial ya no es viable; sin embargo, de forma razonable, Rodríguez Angobaldo y Roberto Shimabukuro opinan que cuando los administradores⁴⁸ “consideren dicha posibilidad, necesariamente deben motivarla en dificultades económicas o financieras que sustente de manera objetiva el peligro que corre la empresa si se mantiene en marcha”.

Se trata de un supuesto de excepción, pues lo habitual es que quien convoque a las reuniones de Junta de Acreedores sea el acreedor que ejerce la presidencia⁴⁹ del referido órgano colegiado concursal, o que, en defecto del mismo, lo hagan acreedores que representen al menos el 10 % de los créditos reconocidos⁵⁰ por INDECOPI. Incluso, en el caso opuesto, es decir cuando se da la oportunidad de

45 En el literal f) del artículo 66.2 de la Ley General del Sistema Concursal se indica que el Plan de Reestructuración podrá detallar un Régimen de Intereses.

46 Eso está previsto en el artículo 70.1 de la Ley General del Sistema Concursal. Cabe mencionar que ese artículo permite que alternativamente dicha convocatoria a Junta de Acreedores, ante la necesidad de variar el destino de una Reestructuración Patrimonial hacia una Disolución y Liquidación, puede ser realizada también por acreedores que representen al menos el 30% de los créditos reconocidos por INDECOPI en el procedimiento.

47 La norma simplemente dice “Cuando la administración advierta (...).”

48 RODRÍGUEZ ANGOBALDO, Fernando y SHIMABUKURO MIYASATO, Roberto. En “Ley General del Sistema Concursal – Análisis Exegético”. Editorial Rodhas. Lima, abril de 2011. Página 570.

49 Tal como lo prevé el artículo 57.1 de la norma concursal.

50 De acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 57.2, 57.3 y 57.5 de la Ley General del Sistema Concursal.

pasar de una Disolución y Liquidación hacia una Reestructuración Patrimonial, el gestor del deudor concursado, es decir, el liquidador, no goza de la misma atribución que la normativa le confiere al Administrador de la persona jurídica en Reestructuración; en efecto, la norma concursal peruana establece que⁵¹ “Cuando el liquidador constate la existencia de factores, nuevos o no previstos al momento de la adopción de la decisión sobre el destino del deudor, y siempre que considere que resulte viable la reestructuración del mismo, informará de este hecho al Presidente de la Junta para que éste, si lo considera necesario, la convoque a efectos de que ésta adopte la decisión que considere conveniente”.

La Reestructuración Patrimonial, en un contexto de pleno desarrollo en el que no se haya tenido que cambiar el destino del concursado hacia una Disolución y Liquidación, concluye luego de que el Administrador acredite ante la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPÍ que se han extinguido los créditos contenidos en el Plan de Reestructuración, caso en el cual la Comisión declarará la conclusión del procedimiento y la extinción de la Junta de Acreedores.

La extinción de los créditos contenidos en el Plan de Reestructuración, alude a todos aquellos incorporados en el referido instrumento concursal, lo que comprende tanto a los acreedores que contaron con una resolución de reconocimiento por parte de INDECOPÍ, como también a aquellos otros acreedores que sin haber obtenido una declaración de la autoridad concursal acerca de su crédito, obran en la relación de obligaciones de la persona jurídica concursada y figuran por tanto en su cronograma de pagos.

Asimismo, si bien lo más frecuente es que el concepto de extinción se relaciona con el pago por parte del concursado en favor de sus acreedores, no es excluyente de otras formas de cancelación de deuda permitidas en el ordenamiento jurídico peruano y en la propia Ley General del Sistema Concursal; en efecto, la normativa admite la posibilidad de que operen otros mecanismos de extinción de obligaciones como es el caso de la capitalización (es decir, la conversión de crédito en acciones representativas del capital social / propiedad de la persona jurídica societaria concursada), así como el supuesto de la condonación (es decir, una liberalidad mediante la que el acreedor perdoná y elimina una parte o la totalidad de la deuda, con anuencia del obligado).⁵²

51 Ello está previsto en el artículo 91.1 de la Ley General del Sistema Concursal.

52 Resulta oportuno señalar que en el literal c) del artículo 48.3 de la Ley General del Sistema Concursal se precisa que en el caso particular de los Créditos Tributarios “No



Producida la referida conclusión de la Reestructuración Patrimonial del deudor concursado, reasumirá sus funciones la Junta de Accionistas, Socios, Asociados o Titular, según sea el caso, y la administración que corresponda según los estatutos.⁵³ Eso significa que la terminación de la Reestructuración Patrimonial determina también el cese de funciones del Administrador designado por la Junta de Acreedores.

Esto responde a la lógica referida a que el régimen de administración que designa la Junta de Acreedores respecto de los concursados sujetos a una Reestructuración Patrimonial es de carácter solamente transitorio y asociado al esfuerzo de conservación y reflotamiento que se busca tenga el deudor hasta que supere la situación de crisis económico – patrimonial que lo llevó a someterse a un procedimiento concursal (de hecho, en el artículo 61.1 de la Ley General del Sistema Concursal se hace referencia expresa al “régimen de administración temporal del deudor durante su reestructuración patrimonial”).

En esa línea, los ya referidos autores Rodríguez Angobaldo y Shimabukuro explican que teniendo presente que el desapoderamiento del deudor⁵⁴ “es un efecto básicamente concursal, dicho efecto no tendría razón de ser una vez culminado dicho procedimiento y levantados todos sus efectos. De esta manera, a través del presente artículo, la Ley General del Sistema Concursal prevé que la administración de la empresa deudora vuelva al estado en que se encontraba antes de declararse su inicio de concurso, devolviéndole las facultades de representación y dirección a la Junta de Accionistas, Socios, Asociados o Titular, según sea el caso, y la administración que corresponda según el Estatuto. Ello, por cuanto una vez levantados los efectos del concurso, se levanta también el referido desapoderamiento del deudor”.

Es oportuno indicar que los Administradores serán pasibles de ser sancionados por la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOP, en caso incurran en determinados incumplimientos previstos en la normativa.

serán capitalizados ni condonados los créditos. No obstante pasará al quinto orden de preferencia la parte de los créditos de origen tributario que, encontrándose en el cuarto orden de preferencia, sea equivalente al porcentaje promedio capitalizado o condonado por los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos”.

53 Esto se encuentra establecido en el artículo 72.1 de la Ley General del Sistema Concursal.

54 Op. Cit. Página 580.

Así, en adición al tema ya comentado en el presente artículo de la sanción que se puede generar para el Administrador que incumpla con remitir el informe trimestral a INDECOPI, es menester acotar que también los citados gestores de empresas en Reestructuración deben ser cuidadosos de atender oportunamente los requerimientos de información que les formule la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI, pues de no hacerlo ello puede acarrearles una sanción.⁵⁵

También la legislación contempla la posibilidad de que se impongan sanciones al deudor y a la persona que actúa en su nombre (lo que claramente incluye al Administrador) que oculte bienes, simule deudas (entre otras conductas), o realice actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones que no se refieran al desarrollo normal de su actividad.⁵⁶

Es importante mencionar que la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI mantiene competencia para investigar y sancionar los actos constitutivos de infracción que se hayan realizado en el transcurso del procedimiento, siendo que dicha competencia no se ve afectada por la conclusión del procedimiento.⁵⁷ Ello implica que, en el caso específico de un Administrador, existe la posibilidad de que se le fiscalice y eventualmente se le sancione si es que se detecta alguno de los incumplimientos a que alude la normativa concursal, lo que puede suceder inclusive luego de la culminación del ejercicio de su cargo y hasta cuatro (4) años después de que se haya cometido la posible infracción.⁵⁸

55 En el literal a) del artículo 125.1 de la Ley General del Sistema Concursal se establece que los administrados que omitan atender los requerimientos de la autoridad concursal podrán ser sancionados con multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias.

56 En efecto, en el artículo 125.2 de la Ley General del Sistema Concursal se señala que en estos casos la sanción podrá ser de hasta cien (100) Unidades Impositivas Tributarias. En el caso específico que el Administrador sea uno registrado ante INDECOPI, la sanción podría ser de inhabilitación permanente.

57 Este tema se encuentra previsto en el artículo 125.4 de la Ley General del Sistema Concursal.

58 Ello de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 252.1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece el plazo prescriptorio de cuatro (4) años para el procedimiento administrativo sancionador.



5. CONCLUSIONES

1. Cuando una persona jurídica no se encuentra sometida a un procedimiento concursal, las funciones de su Administración serán esencialmente similares a las de cualquier otra entidad (empresa o asociación) en situación normal, es decir, dedicada al desarrollo de sus actividades habituales.
2. En caso la persona jurídica tome la decisión de solicitar a propio pedido su sometimiento a un Procedimiento Concursal Ordinario, su Gerente General o la persona que ejerce su administración, será responsable de la elaboración y presentación de la documentación exigida por la Ley General del Sistema Concursal para que prospere dicho pedido de inicio de concurso. La información que presente el Administrador en representación de la persona jurídica ante INDECOP, debe ser información real, veraz, que refleje su auténtica situación, sin distorsionar ninguno de los elementos que deberá evaluar la administración concursal para constatar si se cumplen los requisitos legales para que proceda la declaración de concurso.
3. Existe también la posibilidad de que la persona jurídica pueda intentar ser sometida a un Procedimiento Concursal Ordinario a solicitud de uno o más de sus acreedores. En tal supuesto, la participación de la persona jurídica emplazada en el procedimiento, para el ejercicio de su derecho de defensa en la búsqueda de eventualmente evitar que se declare el concurso, se materializará a través de la intervención de su representante legal, rol ejercido habitualmente por su Administrador.
4. Como consecuencia de lo indicado en las dos (2) conclusiones previas, la intervención del Administrador de la persona jurídica durante la Fase Preconcursal, cumple esencialmente con el objetivo de coadyuvar a definir, a través de sus actuaciones ante la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOP, si la solicitud de inicio de un Procedimiento Concursal Ordinario (sea a pedido propio o impulsada por los acreedores) prosperará y motivará que se declare la situación de concurso de dicha deudora, o si por el contrario tal solicitud debe ser desestimada al determinarse que no se cumple alguno de los requisitos y/o exigencias de la normativa concursal.



5. Se pueden distinguir dos (2) momentos dentro de la Fase Concursal del Procedimiento Concursal Ordinario (aquella que se inicia luego que se hace pública la situación de concurso de la persona jurídica): Un primer momento que transcurre entre la fecha en que se difunde la situación de concurso hasta que la Junta de Acreedores se constituye; y un segundo momento, cuando la Junta de Acreedores se instala y empieza a celebrar reuniones en las que adopta decisiones inherentes a la gestión de la persona jurídica concursada. En cada uno de esos dos (2) momentos se producen efectos importantes que inciden en la Administración de la persona jurídica concursada.
6. En cuanto al primer momento de la Fase Concursal, es decir, antes de que se conforme la Junta de Acreedores, en el común de los casos, la Administración de la persona jurídica concursada continuará ejerciendo el rol de gestión de la misma, dado que como regla general la declaración de concurso de un deudor no implica el cese de su actividad empresarial. No obstante ello, esa continuidad del ejercicio en el cargo por parte de la Administración, no implica que la declaración de la situación de concurso mantenga a dicho gestor operando en las mismas circunstancias que en un contexto normal o “no concursal”.
7. Por el contrario, la difusión de la situación de concurso motiva que se produzca un estado de “desapoderamiento relativo” del deudor, en virtud al que se generan responsabilidades especiales adicionales que recaen en la persona jurídica concursada y en quien la representa: El Administrador. Esas responsabilidades implican la imposición de ciertas limitaciones o deberes especiales de cuidado sobre el patrimonio de la deudora sometida a concurso, en resguardo principalmente de los derechos e intereses de los acreedores; esas responsabilidades están relacionadas con un efecto adicional de la difusión de concurso, que es lo que se conoce como la ineficacia de actos del deudor durante el llamado “período de sospecha”.
8. La normativa concursal establece reglas claras destinadas al Administrador de la persona jurídica concursada acerca de los cuidados específicos que debe observar y los actos que debe evitar durante su gestión de la persona jurídica concursada, durante el “período de sospecha” (no debe pagar obligaciones aún no vencidas;



las obligaciones vencidas las podrá pagar, pero respetando las formas previstas en el respectivo contrato; deberá evitar celebrar actos o contratos a título oneroso que no formen parte del curso ordinario de los negocios de la persona jurídica concursada; no deberá efectuar operaciones de compensación de obligaciones con sus acreedores; deberá evitar transferir bienes a título oneroso o gratuito).

9. El Administrador debe ser muy meticuloso en la observancia de las restricciones establecidas por la norma legal concursal recién referidas, pues de no hacerlo, se corre el riesgo de que se inicie frente a la persona jurídica concursada un proceso judicial de declaración de ineficacia de los actos que haya efectuado en transgresión a las limitaciones propias al “período de sospecha”, con la consecuente orden judicial de reintegro de los bienes a la masa concursal.
10. En cuanto al segundo momento de la Fase Concursal, este se inicia cuando constituida la Junta de Acreedores, dicho órgano se reúne y decide el destino de la persona jurídica concursada, optando por su continuidad en el mercado a través de una Reestructuración Patrimonial. En ese escenario, la Junta de Acreedores deberá definir cuál será el Régimen Temporal de Administración que se aplicará al concursado y quienes se harán cargo del mismo; con ello además se produce el “desapoderamiento pleno” consistente en el apartamiento de los socios o accionistas de la persona jurídica concursada del control de esta y de sus bienes, el cual pasa a manos de los acreedores.
11. La normativa le otorga a la Junta de Acreedores tres (3) alternativas de Régimen Temporal de Administración: a) La continuación del mismo Régimen de Administración; b) La administración del deudor concursado por un Administrador profesional inscrito ante la Comisión de Procedimientos Concursales; o, c) Un sistema de administración mixta que mantenga en todo o en parte la Administración del deudor y que involucre obligatoriamente la participación de personas naturales y/o jurídicas designadas por la Junta de Acreedores.
12. Como regla general, los representantes designados por la Junta de Acreedores, cualquiera sea el Régimen de Administración por el que se haya optado, tienen las facultades generales y especiales de



representación establecidas en el Código Procesal Civil desde el momento mismo de su designación.

13. De igual modo, existe otra regla sumamente importante establecida por la norma concursal peruana, la cual se refiere a que, cualquiera sea el Régimen de Administración elegido, la Administración designada se encuentra en la obligación de remitir periódicamente (al cierre de cada trimestre) a la Comisión de Procedimientos Concursales determinada información. La presentación de dicha información es muy relevante, pues permite que la autoridad concursal, los acreedores y demás participes en el procedimiento concursal, cuenten con una herramienta para fiscalizar el desempeño de la Administración del deudor y su manejo del patrimonio del concursado.
14. La Administración elegida por la Junta de Acreedores es la responsable de elaborar y presentar la propuesta de Plan de Reestructuración para que sea analizada y, de ser el caso, aprobada por el colectivo de acreedores. El mencionado Plan es el instrumento a través del que se definen los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del procedimiento concursal; la Administración deberá tener el cuidado de que su propuesta cumpla con las pautas que exige la normativa concursal, a fin de evitar que se genere la nulidad del Plan de Reestructuración.
15. En cuanto a la ejecución del Plan de Reestructuración, una vez que éste ha sido aprobado por la Junta de Acreedores, no debe perderse de vista que dicho instrumento obliga al deudor (y por consiguiente a su Administración) al cumplimiento de los términos allí pactados, a un punto tal que si no se observa debidamente lo dispuesto en el citado documento, cabe el riesgo de que la persona jurídica concursada termine saliendo del mercado (que INDECOPI declare su Disolución y Liquidación). Uno de los deberes principales que recaen en la Administración del deudor concursado sujeto a una Reestructuración Patrimonial, es el referido al pago de los créditos comprendidos en el procedimiento concursal, de acuerdo a lo previsto en el cronograma de pagos del Plan de Reestructuración.



16. El Administrador ejerce también una función de monitoreo respecto a la permanencia o no de las condiciones que permiten que el deudor concursado permanezca operativo, de modo que, presentarse circunstancias a través de las que el Administrador advierta que ya no es posible la reestructuración patrimonial del deudor, convocará de inmediato a la Junta de Acreedores para que se pronuncie sobre el inicio de la disolución y liquidación de la persona jurídica concursada.
17. Cuando se produzca la conclusión de la Reestructuración Patrimonial del deudor concursado por haberse extinguido los créditos comprendidos en el concurso (sea por pago o por algún otro mecanismo que tenga el mismo efecto), reasumirá sus funciones la Junta de Accionistas, Socios, Asociados o Titular, según sea el caso, y la administración que corresponda según los estatutos. Eso significa que la terminación de la Reestructuración Patrimonial determina también el cese de funciones del Administrador designado por la Junta de Acreedores; ello por cuanto, el régimen de administración que designan los acreedores respecto de los concursados sujetos a una Reestructuración Patrimonial es de carácter solamente transitorio y asociado al esfuerzo de conservación y reflotamiento que se busca tenga el deudor hasta que supere la situación de crisis económico – patrimonial que lo llevó a someterse a un procedimiento concursal.



**COMENTARIOS A LA DIRECTIVA N.º
001-2020-DIRCOD-INDECOPI QUE
REGULA LAS REUNIONES VIRTUALES
DE LA JUNTA DE ACREDITORES,
IMPLEMENTACIÓN Y FORMALIDADES
PARA SU REALIZACIÓN Y SU RELACIÓN
CON LA MODERNIZACIÓN DEL
PROCEDIMIENTO CONCURSAL**

Comentarios a la Directiva n.º 001-2020-DIRCOD-INDECOPÍ que regula las reuniones virtuales de la Junta de Acreedores, implementación y formalidades para su realización y su relación con la modernización del procedimiento concursal

CARLOS ALBERTO CARBAJAL RUIZ*
Perú

1. ASPECTOS GENERALES

Como consecuencia de la emergencia sanitaria declarada por el gobierno central de Perú, se emitieron diversas normas legales con la finalidad de afrontar dicha, las cuales tuvieron impacto en todas las áreas de competencia del Estado. Es así como, el derecho concursal no fue ajeno a lo antes descrito, pues en este escenario se emitió el Decreto Legislativo n.º 1511 que creó el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (en adelante, “PARC”).

Posteriormente, el 22 de mayo de 2020 se publicó en el diario oficial “*El Peruano*” la Directiva n.º 001-2020-DIRCOD-INDECOPÍ (en adelante,

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios de posgrado en derecho administrativo. Ha sido director de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Asociación Civil Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es participante seleccionado para el programa Insol Future Leaders – Perú (2024) organizado por INSOL International. Actualmente, es asociado del área de Reestructuración Empresarial y Derecho Concursal del Estudio Muñiz (Lima-Perú).



“la Directiva”), que regula las reuniones virtuales de Junta de Acreedores, implementación y formalidades para su realización (en adelante, la “Directiva”), aprobada mediante Resolución n.º 000055-2020-PRE/INDECOPI.

Esta Directiva se emitió con la finalidad de regular la implementación de la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo n.º 1511, en lo concerniente a la emisión de disposiciones especiales para la realización de las reuniones de la Junta de Acreedores en los procedimientos concursales previstos en la Ley n.º 27809, Ley General del Sistema Concursal (en adelante, “LGSC”) y/o en otras normas especiales de naturaleza concursal, mediante cualquier medio o acceso remoto.

Dicha Directiva entró en vigencia el día 23 de mayo de 2020, y versa principalmente sobre la convocatoria a Junta de Acreedores, la participación de los acreedores en ella, la verificación del quórum, el desarrollo de las reuniones virtuales de Junta de Acreedores y la elaboración de las actas. Habiendo transcurrido más de 4 años desde su entrada en vigencia, haremos un breve análisis de los aspectos generales de la Directiva antes señalada, así como su relación con la modernización del procedimiento administrativo, particularmente el procedimiento concursal.

2. LA DIRECTIVA n.º 001-2020-DIRCOD-INDECOPI

Respecto a la convocatoria a Junta de Acreedores, la Directiva señala que esta se debe realizar conforme lo establecido en los artículos 43º y 57º de la LGSC y la Directiva n.º 009-2018/DIR-COD-INDECOPI, “Directiva que regula la implementación de la publicación del Boletín Concursal del INDECOPI”, debiendo indicar en la publicación, el enlace u otra forma de acceso remoto a la reunión virtual de la Junta de Acreedores, los cuales son estrictamente de uso personal del deudor o acreedor o de quien ejerza la representación en Junta.

En cuanto a la participación de acreedores y verificación del quórum la Directiva señala que, en el caso de las Juntas de Acreedores en las que obligatoriamente tenga que participar un representante de la Comisión, dicho representante tendrá la función de administrador de la plataforma que se utilice, pudiendo permitir o denegar el acceso a las personas que accedan a la plataforma luego de verificar su identidad.



El representante de la Comisión dejará constancia en el expediente administrativo de la participación del deudor y los acreedores que hayan asistido, así como de la realización o no de la reunión virtual de la Junta de Acreedores. En caso la Junta se realice sin la participación de dicho representante, la verificación de la participación del deudor y de los acreedores estará a cargo del presidente de la Junta, reunión que deberá ser grabada. Mientras que, en el caso de los PARC, las funciones del representante de la Comisión son realizadas por el Notario Público.

El acceso a la reunión virtual se realizará utilizando la cuenta de correo electrónico que hayan señalado el deudor y los acreedores en el procedimiento concursal, debiendo Indecopi velar por la correcta protección y adecuado tratamiento de los datos personales que le puedan ser remitidos por los participantes en las juntas. Asimismo, la Directiva precisa que, en caso de presentarse información falsa referida a la identidad o facultades de representación, se sancionará con multas no menores de una (1) ni mayores de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiera corresponder.

Por otro lado, en lo relacionado al desarrollo de las sesiones de Junta de Acreedores, la Directiva establece que, la verificación del quórum y las mayorías requeridas para la adopción de los acuerdos serán de responsabilidad del representante de la Comisión o de quien presida la Junta de Acreedores, en caso de ausencia de este.

De igual manera agrega que, corresponderá a quien conduzca la reunión virtual de la Junta de Acreedores permitir el ejercicio de los derechos políticos de las partes, realizándose las votaciones en línea. Estas reuniones virtuales se considerarán realizadas en la ciudad en la que se encuentre la Comisión competente a cargo de la tramitación del procedimiento concursal.

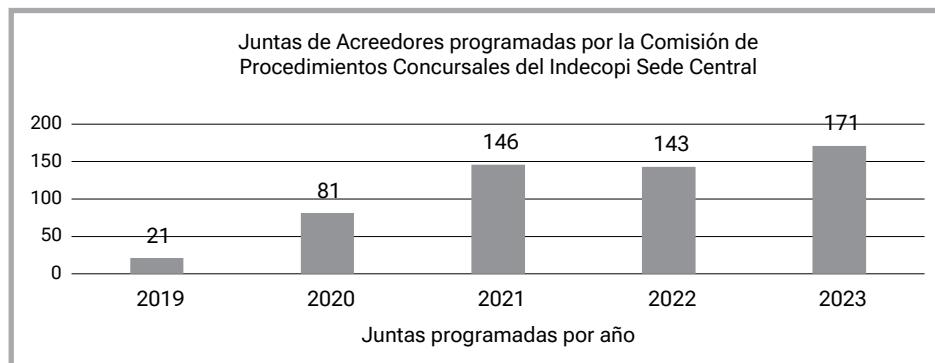
La plataforma o cualquier medio tecnológico que se utilice para las reuniones virtuales deberá permitir grabar el audio y video de la misma, adicionalmente, en aquellas reuniones en las que no participe el representante de la autoridad concursal, se deberá adjuntar la grabación de la reunión virtual. Es importante que dicha plataforma pueda asegurar el rápido acceso de los participantes a las Juntas de Acreedores y facilitar el cómputo del quorum y mayorías, así como la acreditación de los deudores y acreedores, además de velar por la seguridad y la privacidad de las reuniones virtuales que se lleven a cabo.



Por otro lado, en lo referido al acta de la sesión virtual de Junta de Acreedores, la Directiva señala que esta se elaborará conforme a lo establecido en la LGSC y la Directiva n.º 004-2003/CCO-INDECOPI, siendo responsable el presidente de la Junta de Acreedores de dicha elaboración. Sin embargo, en el caso de los PARC, la elaboración del acta será de competencia del Notario Público, quien la suscribirá y remitirá a la Comisión.

Desde la entrada en vigencia de la Directiva, se programaron Juntas de Acreedores virtuales en un número mayor al que se realizaba antes de la emergencia sanitaria y aprobación de dicha directiva.

Cuadro 1



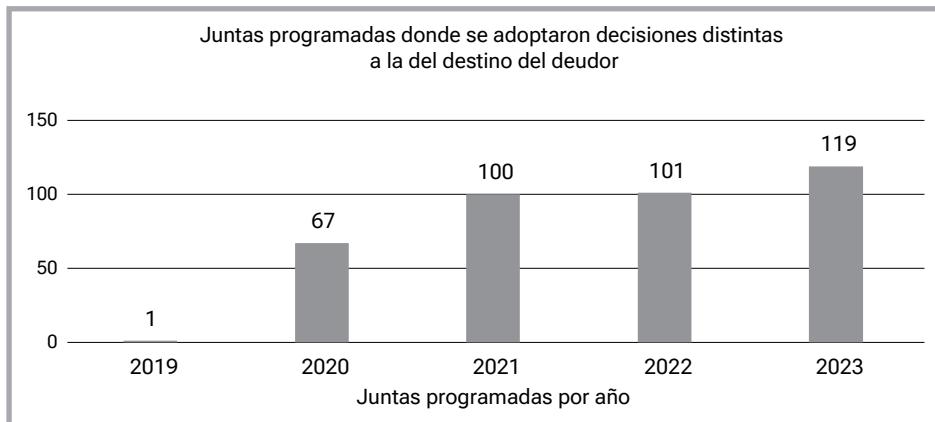
Fuente: Anuario de Estadísticas Institucionales del Indecopi¹

Lo anterior nos permite advertir que la implementación de la Directiva ha permitido que la autoridad concursal pueda convocar a un mayor número de Juntas de Acreedores para tratar los diversos asuntos susceptibles de ser agendados en dichas reuniones, desde las decisiones a las que se refiere el artículo 50.4 de la LGSC, hasta otros aspectos relacionados a la tramitación de los procedimientos concursales después de la primera instalación de la Junta de Acreedores (aprobación posterior de instrumentos concursales, y otras diferentes al destino del deudor).

¹ Información disponible en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/colecciones/3289-anuarios-estadisticos-institucionales-del-indecopi>



Cuadro 2



Fuente: Anuario de Estadísticas Institucionales del Indecopi

Por lo tanto, es evidente que la aplicación de la Directiva fue un motivo para que la autoridad concursal pueda incrementar el número de programación de reuniones virtuales de Junta de Acreedores. Pues en efecto, lo que se obtiene con lo regulado por la Directiva es una simplificación de la logística para ello, la cual se materializa con la incorporación de una plataforma virtual como Zoom que es la que actualmente se utiliza.

Es así como, el día de hoy los acreedores y el deudor que forman parte de un procedimiento concursal en sede administrativa cuentan con la posibilidad de acceder a las reuniones virtuales de Junta de Acreedores, previa inscripción, sin importar su ubicación geográfica. Este hecho no es de menor importancia, pues guarda relación con la finalidad de los procedimientos concursales que ha establecido la LGSC.²

Consideramos que, el escenario actualmente es positivo, pues al programarse Juntas de Acreedores de forma virtual no solo se fomenta la posibilidad de asistencia de la totalidad de acreedores, sino que, se facilita que

2 Ley General del Sistema Concursal. Título Preliminar. Artículo II.- Finalidad de los procedimientos concursales.

Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.

el acuerdo de voluntades en cuanto a lo que respecta al destino de una deudora y los acuerdos posteriores, se concreten con gran asistencia de quórum, dando continuidad a la tramitación del procedimiento concursal tratado ante la autoridad concursal.

Por otro lado, la publicación de las convocatorias a Junta de Acreedores en el Boletín Concursal del Indecopi es otro de los aspectos que permiten afirmar que el día de hoy, las partes que participan un procedimiento concursal tienen acceso a dichas convocatorias y a la plataforma para su registro, siendo menester de la autoridad concursal la verificación posterior de la validez de la inscripción, así como de la representación de las partes, de ser el caso.

En resumen, después de más de 4 años de vigencia y aplicación de la Directiva, podemos afirmar que las reuniones virtuales de Junta de Acreedores en materia concursal no solo han incrementado, sino que han sido y son un puente para la efectiva participación de los acreedores y deudor en el procedimiento concursal, sin perjuicio de que, concreten o no dicha posibilidad mediante su asistencia.

El efecto antes señalado puede ser analizado -no habría razón para no hacerlo- desde la óptica de la modernización del procedimiento administrativo, tal como lo exponemos a continuación.

3. LA MODERNIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL EN SEDE ADMINISTRATIVA

No es un tópico nuevo ni por descubrir el carácter administrativo del procedimiento concursal regulado en la LGSC. Por ello, al igual que todos los procedimientos que se tramitan en sede estatal, este se rige por lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444 -“Ley del Procedimiento Administrativo General” (en adelante, “LPAG”). Es decir, que la norma concursal en su aplicación no puede ser ajena a los principios y regulaciones de la LPAG, cuya aplicación supletoria se encuentra regulada en la Primera Disposición Complementaria y Final de la LGSC³.

3 Ley General del Sistema Concursal. -Disposiciones Finales. Disposiciones Transitorias.
PRIMERA. - Aplicación supletoria de las normas



Del mismo modo, el concepto de modernización del procedimiento administrativo no es un concepto nuevo en la doctrina del derecho administrativo. Dicha modernización viene a ser aquella que actualmente es planteada como consecuencia de la globalización y el incremento del uso de las Tecnologías de la Información. Estos aspectos, actualmente constituyen un reto para el estado y sus dependencias, las cuales tienen como objetivo la mejora y modernización de sus procesos, y en general, la modernización de la gestión pública.⁴

En este escenario descrito, podemos referirnos a la simplificación administrativa, la promoción del gobierno electrónico y el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) como soporte para la gestión de los procedimientos administrativos. Tales conceptos, tienen como finalidad, entre otras, fomentar la transparencia y la participación de los administrados.

Conforme a lo anterior, podemos afirmar que el uso de las TIC, así como su aprovechamiento son un aspecto inseparable de la gestión pública el día de hoy. Este aprovechamiento se materializa en la implementación de cambios en el procedimiento administrativo. En ese sentido, corresponde preguntarnos si la Directiva tiene alguna relación con la modernización del procedimiento administrativo, en este caso en la materia que nos ocupa, el procedimiento concursal regulado en la LGSC.

Para atender dicha inquietud debemos tener en consideración en primer lugar, la finalidad de los procedimientos concursales, la cual tiene como menester generar un ambiente adecuado para la negociación entre los acreedores y el deudor. En esta línea, es evidente que la Directiva ha establecido un canal adecuado para que esto ocurra, pues mediante la administración de una plataforma digital de acceso a las Juntas de Acreedores, la autoridad concursal puede atender el registro y permitir la participación de un mayor número de acreedores en las reuniones de junta virtuales.

En todo lo no previsto en la presente Ley, rigen las normas contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Código Procesal Civil y la Ley General de Sociedades.

4 CHÁVEZ, Ricardo

2018 “Retos del procedimiento administrativo ante la modernización de la gestión pública y la globalización”. En Estudios de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano. Innovación y Reforma. Lima: Gaceta Jurídica, pp.312-314.

Por otro lado, el acceso al registro e inscripción a las sesiones de juntas de acreedores mediante una dirección de correo electrónica permite advertir la clara orientación al favorecimiento de la simplificación del acceso a participar de un procedimiento concursal, en este caso en la Junta de Acreedores. Dicha simplificación para el registro de las sesiones virtuales es positiva considerando que el día de hoy las cuentas de correo electrónicos son masivas y de instantáneo acceso. Sin perjuicio de ello, el representante del Indecopi verificará la validez y representación acreditada del participante inscrito.

De igual modo, en cuanto a la elaboración de las Actas de Junta de Acreedores, si bien es cierto están siguiendo estando a cargo del presidente de la Junta, las mismas pueden ser remitidas a través de la mesa de partes virtual del Indecopi para su revisión y/u observaciones, con lo cual se ha simplificado lo relacionado a dicho aspecto regulado en la LGSC y la Directiva n.º 004-2003/CCO-INDECOPI.

En consecuencia, la regulación de las reuniones virtuales de Junta de Acreedores establecida en la Directiva ha dado un paso importante hacia la modernización del procedimiento concursal en sede administrativa, pues permite actualmente la posibilidad de acceso a todas las partes involucradas sin reserva u obstáculo por su ubicación. Sin embargo, aún restan aspectos por ampliar en su aplicación, como lo es, por ejemplo, que las Juntas de Acreedores se programen y realicen de forma virtual por todos los órganos del Indecopi a nivel nacional que tramitan procedimientos concursales.

No obstante, consideramos que este avance en el empleo de las TIC para la tramitación de los procedimientos concursales permite avizorar un panorama positivo para la simplificación administrativa⁵ y modernización del referido procedimiento mediante el componente digital. En ese sentido, la futura implementación del acceso al expediente administrativo de forma digital mediante una plataforma directa, por ejemplo, consideramos serían herramientas que van a coadyuvar a que se alcance dicho objetivo.

5 FERNEY, Luis y William GALLO

2019 “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria”. Revista de Derecho Administrativo. Lima, Número 17, pp. 251-252.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22174/21490>



4. REFLEXIÓN FINAL

La Directiva que regula las Juntas de Acreedores Virtuales, en el marco de los procedimientos concursales regulados en la LGSC, ha permitido el incremento de la programación y realización de dichas juntas por parte de la autoridad concursal para la adopción de los acuerdos relacionados a la decisión del destino de la deudora, así como otros relevantes en la tramitación del procedimiento concursal.

Del mismo modo, la Directiva puede ser considerada como una que contribuye a la modernización del procedimiento administrativo, en particular el procedimiento concursal, toda vez que introduce la aplicación de una plataforma digital para el desarrollo de las Juntas de Acreedores.

Finalmente, consideramos que la vigencia y aplicación de la Directiva es un paso importante en el camino hacia la digitalización del procedimiento administrativo concursal, el cual se puede ver reforzado con un mecanismo de acceso al expediente concursal digital, por ejemplo, que permitiría una participación debidamente informada de los acreedores y deudor asistentes a las Juntas de Acreedores.



ACCIONES DE REINTEGRACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR

Una comparación entre el derecho inglés y el peruano sobre las acciones de reintegración patrimonial del deudor¹

ANTHONY LIZÁRRAGA VERA-PORTOCARRERO*

1. INTRODUCCIÓN

Cuando una compañía empieza a retrasarse en sus obligaciones de pagos tales como préstamos, facturas, etc., o peor aún, no le es posible cumplir con dichas obligaciones, el derecho concursal o de la insolvencia otorga algunas herramientas o mecanismos de solución a estos problemas.

1 La idea original de este trabajo se produjo como parte de mi Research Essay para titularme en mi maestría en derecho corporativo en la University College London (Reino Unido).

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LLM (Master of Laws) en Derecho Corporativo por University College London (Reino Unido). Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN, además, cuenta con postgrados en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España) y Cornell Law University y Universidad de Paris 1 Panthéon-Sorbonne (París, Francia). Ha sido docente del curso de Derecho Concursal de pregrado y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM. Asimismo, es autor del libro “La Ineficacia Concursal: Estudio doctrinario y jurisprudencial en el sistema concursal peruano”. Miembro de INSOL International, International Insolvency Institute, the Younger Academics Network of Insolvency Law (YANIL), Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Capítulo Peruano y su consejo directivo y del Consejo Académico de Dictum Abogados (España). Asimismo, ha sido seleccionado como miembro del Next Generation Class IX (2020) por el International Insolvency Institute. Actualmente, es socio senior y director del área de Reestructuración Empresarial y Derecho Concursal del Estudio Muñiz (Lima-Perú).



Así, el sistema concursal provee reglas particulares de rescate empresarial o de una salida ordenada del mercado de la compañía, dicha decisión dependerá de la situación financiera de la empresa y su estructura de deuda, cómo, por ejemplo, el cobro de acreedores basado en el principio *pari passu*², decisiones colectivas en junta de acreedores, sus relaciones laborales y con proveedores y acciones de ineficacia concursal, entre otros.

Siguiendo la línea anterior, una institucional crucial en el derecho concursal moderno son las acciones de reintegración patrimonial al deudor³ donde permite recuperar, restituir o prevenir actos de disposición de bienes del deudor en contra de los demás acreedores.

En este trabajo describiremos la regulación de esta institución tanto en el derecho inglés como en el peruano, haciendo una comparación entre ambas jurisdicciones y concluyendo con algunas mejoras en la legislación peruana.

2. ANTECEDENTES DE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN PATRIMONIAL

En un escenario de preinsolvencia, puede ocurrir que los deudores (a través de sus accionistas, directores o representantes legales) quieran disponer de activos a favor de ciertos acreedores o de terceros tales como transferencias a favor de personas vinculadas o relacionadas al deudor, donaciones, transacciones por debajo de su valor, entre otros, con la idea de disponerlos en un futuro para su propio beneficio.

Asimismo, en la mayoría de los casos, estas disposiciones buscan beneficiar a partes relacionadas al deudor en perjuicio de los demás acreedores, incluso estos terceros o acreedores adquirentes no buscan causar un detrimiento patrimonial al deudor o perjudicar acreedores, pero son actos celebrados en condiciones desventajosas para el insolvente.

Por esta razón, la mayoría de las legislaciones en materia de insolvencia protege a los activos del deudor contra este tipo de acciones, dado que es importante mantener un comportamiento colectivo respecto a uno de los más importantes principios del derecho concursal, como el principio de *pari*

² En la práctica, existen algunas excepciones a este principio.

³ Denominados en otras jurisdicciones como ineficacias concursales, acciones rescisorias, revocatorias concursales, voidable transactions, clawback actions, etc.



passu⁴, donde los activos del deudor deberían ser distribuidos entre todos los acreedores por iguales.

En ese sentido, hay cuatro principales razones por la que las legislaciones concursales regulan la protección de los activos del deudor: (i) restringir las acciones individuales de cobro de acreedores debido a que, la distribución de los activos debe ocurrir en el procedimiento concursal y no en una etapa de pre-concurso; (ii) prevenir el desmembramiento de la masa concursal por transacciones celebradas en un periodo antes del concurso⁵; (iii) facilitar las reestructuraciones corporativas porque estas medidas previenen la disposición de activos de manera prematura; y, (iv) evitar transacciones antes del concurso, pues este tipo de regulaciones podrían disuadir actos de disposición de activos en esta etapa.

3. VOIDABLE TRANSACTIONS EN EL DERECHO INGLÉS

En la legislación inglesa hay algunas acciones de ineficacia tales como *transactions at an undervalue*, *preferences*, *transactions defrauding creditors*⁶, *avoidance of certain floating charges*⁷ y *extortionate credit transactions*⁸; no obstante, nosotros describiremos y desarrollaremos las dos primeras, siendo a nuestro criterio las más importantes.

3.1. *Transactions at an undervalue*

En la sección 238 de la Insolvency Act inglés de 1986 (en adelante, la IA) regula las transacciones o actos de disposición de activos del deudor que reduce su patrimonio, cuando este realice una donación, no reciba contraprestación alguna por la operación o el monto recibido sea significativamente menor. La idea de esta regulación es prevenir algún acto de disposición e intentar conservar el conjunto de activos del deudor; además, de prevenir malas conductas del

4 A mayor abundamiento, ver, Mokal, Rizwaan. "Priority as pathology: The Pari Passu myth". En: Cambridge Law Journal, 60 (3), November 2001, pp. 581-621.

5 Van Zwieten, Kristin, y, Roy, Goode. Goode on Principles of Corporate Insolvency Law. Ed. Kristin van Zwieten. 5th student edition. Sweet & Maxwell, 2019, p. 650.

6 Ver, sección 423 de la Insolvency Act.

7 Ver, sección 245 de la Insolvency Act.

8 Ver, sección 244 de la Insolvency Act.



insolvente frente a sus activos, pues estos deberían estar incólumes para el pago de los acreedores.

En la mencionada sección, para ser catalogado como *transactions at an undervalue*, estos deben de cumplir con tres condiciones:

3.1.1. El deudor insolvente se debe encontrar en un proceso de liquidación

Esta regulación solo aplica si el deudor se encuentra en un procedimiento concursal, siendo más preciso en un proceso de liquidación, lo contrario, sería que no habría razón para otorgarle este derecho a algún interesado, pues la empresa está en actividad de manera cotidiana sin contingencia alguna derivada de la insolvencia.

Adicionalmente a ello, los acreedores de una empresa que no está en liquidación tienen otras formas de recuperar sus deudas y no necesariamente mediante *voidable transactions*, sino a través de mecanismos de protección propios⁹.

Es pertinente mencionar que, de acuerdo a la sección 238 de la IA una *transaction at an undervalue* puede ser alegada por el *office holders* de la compañía como el liquidador, este derecho es más claramente asignado en la sección 246ZA de la IA donde se establece que los liquidadores, por ejemplo, tienen el derecho a interponer estas acciones; por lo que, la legitimidad de demandar *voidable transactions* le corresponde al liquidador más no a los acreedores.

3.1.2. Transacciones por debajo de su valor

Es importante señalar por más que parezca obvio que, para que un acto sea calificado como una *transaction at an undervalue*, el deudor debe de ser parte de dicha transacción, de lo contrario los jueces ingleses rechazarán el caso¹⁰.

Asimismo, en la sección 238 (4) de la IA establece que el deudor celebra una *transaction at an undervalue* si el insolvente: (i) realiza una donación con un persona o celebra una transacción con una persona en términos que no le corresponda, al deudor contraprestación alguna; o, (ii) realiza una transacción con una persona por una contraprestación, cuyo valor, en dinero o valor

9 Van Zwieten, Kristin, y, Roy, Goode. *Goode on Principles of Corporate Insolvency Law*, op. cit. p.650.

10 See, *Re Hampton Capital Ltd* (2015) EWHC 1905.



monetario recibido, es significativamente menor que el valor, en dinero o valor monetario, de la contraprestación otorgada por el insolvente.

En este punto, es importante definir qué se podría entender como transacciones, donaciones, contraprestación y el valor de venta de un activo.

En referencia al concepto de transacción, la regulación inglesa no ha hecho hincapié sobre ello pero en una transacción debe concurrir ciertos elementos de trato entre las partes como por ejemplo disposición de activos, opuestamente, si el deudor transfiere u otorga al algún monto en dinero a su contraparte sin forma alguna de trato o acuerdo entre las partes no sería considerada una transacción; es decir, en una transacción deben incluirse algunos elementos como (i) el celebrar una transacción; (ii) con una persona (natural o jurídica); y, (iii) en términos, ya sea de trato o de acuerdos¹¹.

Existen casos en los cuales los jueces han incluido como transacción a las donaciones, acuerdos para realizar ciertas obligaciones sin contraprestación alguna, compra de bienes con un valor de mercado inferior al precio pagado, arrendamientos de activos por encima de su valor de alquiler, venta de activos a precio inferior a su valor de mercado, entrega de activos en arrendamiento por debajo de su valor de alquiler, aceptación de servicios a ser (i) pagados por una suma que excede su valor y/o (ii) brindados por una suma inferior a su valor, proporcionar una garantía con o sin beneficio inferior al valor del beneficio conferido por la garantía y proporcionar una garantía para un préstamo que previamente no lo estaba¹².

No obstante, en el caso *Re MC Bacon Ttd* (2009), la corte determinó que el otorgamiento de una garantía por parte del deudor no podía considerarse como una transacción, pero en el caso *Hill v Spread Trustee Co Ltd* (2006) la corte sugirió que una garantía podría ser considerada como una transacción a un valor infravalorado, es decir, creemos que este tipo de actos de disposición deberían analizarse caso por caso bajo las reglas de *voidable transactions* y cuál de ellos cumple con los elementos requeridos.

11 Van Zwieten, Kristin, y, Roy, Goode. *Goode on Principles of Corporate Insolvency Law*, op. cit. p.628.

12 Todos estos actos de disposición han sido mencionados por los autores. *Ibidem*, p. 660,



Sobre las donaciones o el no recibir contraprestación alguna estas se encuentran prohibidas siendo la lógica preservar la masa concursal para cancelar las obligaciones de los acreedores siempre que la compañía se encuentre en un procedimiento de insolvencia.

Por otro lado, no hay regulación alguna que defina la contraprestación, pero esta podría ser denominada como aquello que se da a cambio de una promesa¹³. En el caso, *Re MC Bacon Ttd* (2009), la corte señaló que son los representantes de la compañía deudora quienes deben establecer una infravaloración significativa proporcionando valores de la contraprestación otorgada por las partes de la transacción, pero en términos de dinero, siendo trabajo del liquidador demostrar con pruebas que la contraprestación pagada estaba infravalorada.

Finalmente, respecto al valor de la contraprestación y a lo que esta representa, debe valorarse a la fecha de la transferencia realizada, evaluando circunstancias reales, descartando hechos positivos o negativos que ocurran con posterioridad a dicha transferencia. En el caso, *Phillips v Brewin Dolphin Bell Lawrie Ltd* (2001), la corte señaló que el precio pagado por el bien podría presumirse como precio de mercado y no infravalorado, siempre que, la transferencia se haya realizado después de negociaciones en condiciones de competencia y de una comercialización adecuada; además, si las partes actuaron con conocimiento, prudencia y sin coacción, es decir, si el precio se pagaba por alguien en condiciones de plena competencia y se tenía publicidad de ello, era un precio de mercado.

Adicionalmente, las cortes no han desarrollado el significado de “significativamente menor”, especialmente en un contexto general, en esos casos, ellos debían evaluar cada caso en concreto a través de los hechos y medios probatorios provistos por las partes¹⁴.

13 Keay, Andrew, y, Peter, Walton. *Insolvency Law: Corporate and Personal*, 5th edition,, LexisNexisUK, 2020, p.565.

14 En la sección 23.9 “what constitutes significantly less” de su libro, los autores describen algunos casos donde los jueces tienen diferentes análisis sobre “significantly less” no habiendo una idea uniforme y metodología que determine este concepto. Ver, Bailey, Edward, y, Hugo, Groves. *Corporate Insolvency -Law and Practice*, 5th edition, LexisNexisUK, 2017.



3.1.2.1. La transacción debe ser celebrado en un periodo de tiempo relevante

Para que el liquidador pueda cuestionar algún acto de disposición celebrado por el deudor, este debe ser celebrado en un periodo de tiempo relevante, siendo conocido como periodo de sospecha¹⁵ o *the twilight zone*¹⁶.

Ahora bien, el periodo de tiempo para impugnar una *transaction at an undervalue* es de dos años anterior al inicio del proceso de liquidación y de acuerdo a la IA este será en: (i) liquidaciones voluntarias o pedido del deudor cuando se emita la resolución de liquidación (sección 86 de la IA); (ii) liquidaciones a pedido de acreedores a la presentación de la solicitud de concurso (sección 129 (2) de la IA); y, (iii) en liquidaciones ordenadas por la corte será en la fecha de la orden (sección 129 (1) de la IA).

No obstante, la sección 241 (2) de la IA establece que el tiempo de dos años no será relevante si la compañía fue incapaz de pagar sus deudas (a) en ese tiempo; o, (b) como consecuencia de la transacción a ser cuestionada.

Asimismo, de acuerdo con la sección 238 (5) de la IA, entre los medios de defensas que posee el deudor están que, la corte no debería revertir alguna *transaction at an undervalue* si (i) la compañía que celebró la transacción actuó de buena fe y fue con el propósito de continuar con su negocio; y, (ii) que al momento en que el acto se realizó había motivos razonables para creer que la transacción sería beneficiosa para la compañía.

3.1.3. Protección a terceros adquirentes

La sección 241 (2) de la IA establece la protección a terceros adquirentes, actores que no participaron en la transacción cuestionada, dado que este adquirió el activo de alguien que no es el deudor concursado, por lo que, el juez no debe perjudicar; y, sobreponer interés alguno sobre el bien que haya sido adquirido por alguien distinto al deudor, de buena fe y a título oneroso.

No obstante, según el artículo 242 de la IA señala las reglas del tercero de buena fe, así cuando una persona que adquiere el bien del deudor de alguien

15 A mayor abundamiento ver, Lizárraga Vera-Portocarrero, Anthony. “La Ineficacia Concursal: estudio doctrinario y jurisprudencial en el sistema concursal peruano”. Lex & Iuris, 2018, pp. 477.

16 Keay, Andrew, y, Peter, Walton. Insolvency Law: Corporate and Personal, op. cit. 566.



distinto a este o ha recibido un beneficio de una *transaction at an undervalue* al momento de la adquisición y tuvo conocimiento de las *relevant surrounding circumstances* y de los *relevant proceedings* o estuvo relacionado o vinculado con el insolvente, existe una presunción de mala fe.

La actuación del juez sí concluye que ha existido una *transaction at an undervalue* consiste en dictar una orden que re establezca a la situación a la que habría sido, si la transacción no se hubiera celebrado¹⁷.

En resumen, los jueces deben evaluar cuando una *transaction at an undervalue*, siendo que la empresa insolvente se deba encontrar en un proceso de liquidación, dicho acto cuestionado fue celebrado por el deudor como una donación, no recibió contraprestación o esta fue significativamente menor en el período de dos años antes del inicio del procedimiento concursal.

3.2. Preferences

El objeto de esta regulación es evitar que la empresa deudora coloque a un acreedor, poco antes del inicio del procedimiento concursal en una mejor posición que otros. Esto va de la mano con el principio *pari passu* que busca que el deudor no realice acciones que proporcionen beneficios a los acreedores, especiales de los quirografarios, pues estos podrían recibir pagos anticipadamente antes del inicio formal del procedimiento de insolvencia para sí evitar continuar en dicho procedimiento.

Es importante mencionar que, con esta regulación se busca que los acreedores deban compartir los beneficios de obtener el pago de sus deudas dentro del concurso, pero también las desventajas, como el no recupero, cuando los deudores dan preferencia a los acreedores¹⁸.

17 En el caso, *Re Brookman Home Ltd (In Liq.)* (2021), per Halliwell J señaló que “The statutory jurisdiction in Section 238(3) is discretionary and the court's discretion is exercisable in the light of the circumstances as a whole, including, in the present case, the nature and extent of the services for which the Payments were made and the understanding on which they were provided”.

18 The Cork review committee Report on insolvency law and practice 1982 (whose report led to the IA) estableció que “The preferring of one creditor (or more than one) by paying him the whole or part of his debt, or otherwise treating him more favourably than other creditors of like degree; for example, by providing security or further security for an existing debt, or by returning goods which have been delivered but not paid for, to the detriment of the general body of creditors”.



De conformidad con la sección 241 de la IA, una transacción será catalogada como *preference* cuando:

a. El deudor insolvente esté en liquidación

Es el mismo razonamiento que en las *transactions at an undervalue*, los jueces deben analizar que la empresa deudora se encuentre inmersa en un proceso de liquidación para admitir el caso.

b. Que la preferencia haya sido otorgada en un periodo de tiempo relevante y aún acreedor del insolvente

Una transacción debe ser celebrada en un periodo de tiempo relevante para ser declarado como *preference*, habiendo dos tramos. El primero, los actos de disposición realizados dentro de los seis meses antes del inicio del procedimiento de insolvencia; y el segundo, si el adquirente o demandado¹⁹ está vinculado o relacionado al insolvente²⁰, en este caso el tiempo será de dos años antes del inicio del procedimiento de insolvencia. Asimismo, en un *preference* quién recibe este privilegio debe ser un acreedor del deudor insolvente incluso quién pueda poseer alguna garantía o no, de un bien del deudor.

c. Mejorar la posición de un acreedor

Los liquidadores deben probar que el destinatario (acreedor o garante) se encontraría en una mejor posición que la que habría tenido si no se le hubiera otorgado un *preference* y, siempre y cuando, la empresa hubiera iniciado un proceso de liquidación.

En este caso, la “mejor posición” no se puede comparar con el resto de los acreedores, así Van Zwieten y Goode²¹ mencionan que la sección 239 (4) (b) de la IA no se refiere a preferir sobre otros acreedores, si no que la prueba es que si la transacción se realizó para colocar a un acreedor en una mejor posición al momento de la liquidación de la que hubiera estado si no se hubiera hecho.

Aunque el mencionado autor señala que, es lo mismo (es una preferencia sobre otros acreedores) por que el efecto de los pagos u operaciones que realiza

19 The respondent.

20 Las secciones 249 y 435 de la IA establecen quiénes son las personas y/o empresas relacionadas a un insolvente.

21 Van Zwieten, Kristin, y, Roy, Goode. Goode on Principles of Corporate Insolvency Law, op. cit. p. 470.



el insolvente es mejorar al acreedor en el proceso de liquidación, ocasionando costos hacia los demás acreedores²².

d. Desire como un elemento clave

La sección 239 (5) de la IA establece que la corte no dictará una orden conforme esta sección respecto a un *preference* otorgado a cualquier acreedor a menos que la empresa deudora que lo otorgó estuviera influenciada por un *desire* de producir con esa persona el efecto mencionado (darle una preferencia).

En el caso *Re MC Bacon Ttd* (2009), señaló que los liquidadores no deben de probar que el insolvente tenía el *desire* de realizar la transacción que se discute como *preference*, sino que debe acreditar que el deudor deseaba mejorar la posición del acreedor. No obstante, si la decisión del insolvente de celebrar la transacción estuvo influenciada por presiones comerciales, no podría alegarse *preference*.

En resumen, los jueces deben evaluar cuando una transacción es un *preference*; así, la empresa deudora debe estar en un proceso de liquidación, siendo la otra parte su acreedor, el acto cuestionado debe ser realizado dentro de los seis meses o dos años (si es una persona o empresa relacionada o vinculada al deudor) anteriores al inicio del procedimiento de insolvencia y un *desire* del deudor de poner a su acreedor en una mejor posición dentro de un proceso de liquidación.

3.2.1. Excepciones a los preferences

En el caso *Peter Herbert Fowlds v Wilson* (2020)²³, la corte declaró que conserva la discreción de ordenar un acto como *preference* incluso cuando este está convencido de que los acreedores recibieron un pago como un *preference*.

Si bien en este caso, los trustees demandaron un *preference* según la sección 340 de la IA (regulación de un procedimiento de insolvencia de persona natural), siendo este perfectamente aplicable a *preference* regulado bajo la sección 239 de la IA. La demandada, destinataria del *preference*, fue la hijastra del señor Fowlds, quién recibió un pago por sus servicios contables antes del inicio del procedimiento.

22 Ibidem.

23 EWHC 1200.



La corte señaló que este caso cumplió con todos los requisitos para ser un *preference* exitoso tales como: (i) el pago se había realizado a un acreedor dentro del periodo de tiempo relevante; (ii) el deudor fue insolvente en el momento pertinente; (iii) la demandada quedó en mejor posición que la que habría tenido si no se hubiera realizado el pago; y, (iv) el insolvente fue influenciado por el *desire* de poner al demandado en una mejor posición.

Sin embargo, la corte mencionó que, aunque se haya determinado que se cumplen con los requisitos de un *preference*, en circunstancias excepcionales puede actuar “*out of the norm*”, siendo la carga del demandado demostrarlo.

En el caso descrito, el tribunal mencionó cuatro factores para actuar “*out of the norm*”: (i) la deuda surgió de una relación comercial ordinaria, no estando influenciada por la condición de persona relaciona al concursado (hijastra); (ii) la demandada no participó del *preference*, solo recibió el pago actuando de buena fe; (iii) el pago ya no estaba disponible para ella, pues no tenía activos disponibles adquiridos con el dinero que recibió; así, la demandada cambió de posición sobre la base de haber recibido el pago de buena fe; y, (iv) la demandada no tenía fondos suficientes para reintegrar el pago a menos que venda su casa, hecho desproporcionado.

Finalmente, tanto los conceptos de *transaction at an undervalue* como *preference* son distintos donde un acto de disposición puede ser el primero pero no el segundo, pero, por el contrario, hay situaciones donde una transacción puede constituir en ambos conceptos²⁴.

3.3. Principales casos ingleses

3.3.1. *Phillips v Brewin Dolphin Lawrie Ltd (2001)*

El liquidador de AJ Beknor & CO (en adelante, AJ), el señor Phillips, buscaba recuperar £725,000 por la empresa que fue transferida a una subsidiaria y que a su vez fue adquirida por Brewin Dolphin (en adelante, BD) por £1. Esta última acordó que su empresa matriz pagaría cuotas de £312,000 por el alquiler de equipos informáticos en un período de cuatro años; sin embargo, AJ fue declarado insolvente, por lo que, los equipos le fueron restituidos negándose BD a cancelar las cuotas, con lo cual, el señor Phillips demandó argumentando que la operación

24 Fletcher, Ian. The Law of Insolvency. 5th edition. Sweet & Maxwell, 2017, pp. 806 y 807.

de venta a BD por £1 fue realizada por debajo de su valor ello de conformidad con la sección 238 de la IA.

En referencia a las transacciones, la corte indicó que no era necesario dilucidar el tema bajo una sola transacción, sino que es posible que se trate de transacciones interconectadas a un valor real inferior; además, este caso no era referido a la transacción sino a la contraprestación recibida²⁵. Asimismo, se indicó que el liquidador debió argumentar que la transacción fue celebrada a un valor inferior y no a un valor real, otorgando al deudor un monto considerablemente menor a lo que le fue entregado.

Finalmente, la corte señaló que, el precio pagado por el activo podría presumirse que se realizó a un precio de mercado y no a uno inferior si la venta se realizó después de negociaciones en condiciones de mercado y luego de una comercialización adecuada, por lo que, en el caso en mención, el pago fue a un precio inferior al valor real, pues las negociaciones no se llevaron a cabo en condiciones de mercado.

3.3.2. Re MC Bacon Ltd (2009)

Un banco le otorgó al deudor un sobregiro de £300,000 sin garantía alguna con el cual la empresa operaba. Al poco tiempo, la empresa empezó a atravesar problemas financieros, por lo que el banco, al enterarse de ello, exigió una garantía (*fixed* y *floating charge*) la cual fue otorgada antes del inicio del procedimiento concursal del deudor, en ese sentido, el liquidador demandó el otorgamiento de la garantía como un *preference* de conformidad con la sección 239 de la IA.

La corte señaló que la intención es objetiva y el deseo subjetivo y no es suficiente que este último sea para realizar un pago u otorgar una garantía, sino que debe haber existido un deseo de producir a favor del acreedor una mejor respecto a la liquidación del deudor, por lo que, una transacción no se considerará como *preference*, a menos que el deudor desee mejor la posición de un acreedor en la liquidación.

25 “If a company agrees to sell an asset to A on terms that B agrees to enter into some collateral agreement with the company, the consideration for the asset will, in my opinion, be the combination of the consideration, if any, expressed in the agreement with A and the value of the agreement with B”. Ver, Keay, Andrew, y, Peter, Walton. *Insolvency Law: Corporate and Personal*, op. cit. p. 661.



El deseo no es el único factor a probar en un *preference*; además, no hay preferencia cuando el acreedor-receptor proporcionó apoyo financiero al insolvente y luego a este el deudor le pagó dicho apoyo, siendo esto derivado de consideraciones comerciales; adicionalmente, el sobreiro fue otorgado para la continuidad comercial de la empresa, no habiendo deseo alguno de mejorar la posición de dicho acreedor.

4. ACCIONES CONCURSALES DE REINTEGRACIÓN PATRIMONIAL EN EL PERÚ

4.1. Antecedentes de la ley concursal peruana

La ley concursal peruana, Ley n.º 27809 (en adelante, LGSC²⁶) regula los procedimientos concursales o de insolvencia, donde la autoridad concursal peruana no es un juez civil o comercial si no un organismo público del Estado denominado Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en otras palabras, nuestro sistema concursal no es judicial sino administrativo.

Asimismo, existen dos tipos de procedimientos concursales, el preventivo y el ordinario. El primero como su propio nombre lo indica, el deudor busca prevenir su insolvencia, pues no se encuentra en una crisis incipiente y la pérdida de valor de la empresa es mínima y con este procedimiento busca refinanciar o reprogramar sus deudas a través de su instrumento concursal²⁷. En este procedimiento no está permitido liquidar la empresa y tampoco que el deudor pierda la administración de la misma, además, bajo lo regulado en la LGSC no opera, por ejemplo, el cese colectivo de trabajadores, por lo que, en caso de realizarlo se deberá cumplir con las normativas laborales pertinentes.

El segundo procedimiento concursal denominado ordinario lo podemos dividir en dos supuestos: (i) el iniciado por el propio deudor siempre que acredite encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes casos: (a) que más de un tercio (1/3) del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagadas por un período mayor a treinta (30) días calendario; o, (b) que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado; en ambos escenarios, el deudor deberá presentar una serie de documentos societarios, contables y financieros para acreditar encontrarse en

26 Ley General del Sistema Concursal.

27 Acuerdo Global de Refinanciación.



un estado de falencia de liquidez o de patrimonio, (ii) el iniciado por uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos por más de treinta (30) días calendario y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación²⁸, podrán solicitar el inicio del procedimiento concursal ordinario de su deudor.

En este procedimiento concursal ordinario, los acreedores a través de diversas sesiones de junta de acreedores decidirán como destino del deudor una reestructuración patrimonial o una disolución y liquidación. Una de las opciones como destino sería la reestructuración patrimonial donde el deudor puede mantener la administración, ser removido e ingresar un nuevo administrador o administrar conjuntamente con un tercero (administración mixta), lo cual será determinado por la junta de acreedores. Lo que busca el deudor es que los acreedores aprueben el Plan de Reestructuración, que incluirá obligatoriamente un cronograma de pagos y mencionará las acciones tendientes de la empresa para generar el flujo con el cual cancelar las deudas reprogramadas a los acreedores.

Por otro lado, la otra opción como destino es la disolución y liquidación del deudor donde este perderá la administración, pues los acreedores designarán a un liquidador registrado ante INDECOPÍ quién ejercerá esa función. Dicho liquidador realizará todas las acciones tendientes a recuperar activos y/o cuentas por cobrar del deudor, venderlos y cancelar a los acreedores de acuerdo al orden de preferencia regulado en la LGSC, este orden de preferencia no es aplicable en una reestructuración patrimonial salvo en determinadas situaciones. Asimismo, el cese colectivo si es permitido en este proceso liquidatorio una vez se suscriba el Convenio de Liquidación del deudor.

Finalmente, la conclusión de la disolución y liquidación se da cuando: (i) el liquidador haya cancelado todos los créditos; (ii) cuando no haya activos con que pagar a los acreedores, donde el liquidador solicitará la quiebra judicial del insolvente; o, (iii) no exista liquidador interesado en llevar un proceso de liquidación conducido por la autoridad concursal.

Ahora bien, entre los diversos efectos del concurso se encuentra la facultad de que cualquier acreedor reconocido, administrador y/o liquidador puede interponer demandas de ineeficacia concursal, para reintegrar activos al

28 Aproximadamente USD 71,000 para el año 2024.



insolvente, sobre los actos celebrados por el deudor que (a) se hayan celebrado a título oneroso o gratuito, no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, causen un perjuicio al patrimonio del deudor y se hayan realizado un año antes desde que: (i) se presentó la solicitud para acogerse a un procedimiento concursal (procedimiento concursal preventivo u ordinario a pedido de deudor); (ii) el deudor fue notificado de la resolución de emplazamiento (procedimiento concursal ordinario a pedido de acreedor) (en adelante, “fechas de ineficacia”), este tramo temporal de tiempo es comúnmente denominado como “período de sospecha” regulado en el numeral 1 del artículo 19 de la LGSC; o, (b) desde los hechos descritos anteriormente hasta que la junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo convenio de liquidación, según sea el caso, detallados en el numeral 3 del artículo 19 de la LGSC a continuación pasaremos a describir cada uno de ellos.

4.2. Marco legal de la ineficacia concursal en el Perú²⁹

Este es un remedio legal que sirve para restituir activos del patrimonio del deudor que fueron transmitidos antes del inicio del procedimiento concursal e incluso después de esta fecha, habiendo dos niveles.

4.2.1. Reglas generales

4.2.1.1. El deudor se debe encontrar en un procedimiento concursal

Al igual que en el derecho inglés, el sistema concursal peruano establece que, para interponer una demanda de ineficacia concursal, el deudor se debe encontrar inmerso en un procedimiento concursal y que este haya intervenido como parte en el acto de disposición a ser cuestionado.

4.2.1.2. El juez como autoridad para declarar la ineficacia concursal

Como hemos mencionado anteriormente, la autoridad concursal peruana es una entidad administrativa (INDECOPI); sin embargo, de acuerdo con la constitución peruana³⁰, la autoridad para resolver cuestionamientos sobre nulidad, anulabilidad, ineficacia, etc., de actos jurídicos son los jueces, por lo

29 La ley concursal peruana no hace diferencia entre los actos jurídicos a ser pasibles de demandas de ineficacia concursal si el deudor es una empresa o una persona natural y si se encuentra en liquidación o restructuración.

30 Constitución Política del Perú. Principios de la Administración de Justicia.

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:



que, si bien, los temas materia de insolvencia son resueltos por el INDECOPI, los actos de disposición que conllevan a una demanda de ineficacia concursal son resueltas por los jueces.

Ello en la práctica acarrea un problema, dado que no existe una interconexión entre la autoridad concursal y los jueces, con lo cual estos últimos muchas veces resuelven los casos sin tener en cuenta lo que ocurre en el procedimiento concursal del deudor.

4.2.2. Primer nivel

La ley concursal peruana señala que el juez declarará ineficaces los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, celebrados a título gratuito u oneroso por el deudor si estos no han sido celebrados como parte del desarrollo normal de la actividad del deudor, causen perjuicio al patrimonio del deudor y dentro del plazo de un (1) año anterior a las fechas de ineficacia.

Todos estos supuestos ocurren en la etapa pre concursal, es decir poco antes de que se publique el inicio del concurso del deudor. De configurarse tales supuestos, la autoridad jurisdiccional declarará inoponibles los actos realizados por el deudor frente a los demás acreedores.

La inoponibilidad concursal significa que no existen los efectos del acto impugnado respecto de los acreedores concursales, pero mantiene su validez y eficacia entre las partes y frente a terceros.

4.2.2.1. Desarrollo normal de la actividad del deudor

Uno de los elementos a analizar si un acto jurídico de disposición de bienes del deudor se encuentra en este primer nivel es que estos no calcen dentro del desarrollo normal de la actividad del deudor.

Así, si bien la norma concursal peruana no describe como los jueces deberían analizar y determinar este concepto, en la práctica incluyen su análisis en que el acto cuestionado sea contrario al objeto social de la empresa³¹ (ello

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

31 Similar a lo regulado en la sección 31 de la UK companies law “Statement of company’s objects”.



regulado en el artículo 11 de la ley societaria peruana³²⁾, con los cuales dichos actos no ingresarían dentro del desarrollo normal de la actividad del deudor.

En ese sentido, la definición de “desarrollo normal de la actividad del deudor” tiene relación directa con el objeto social de la compañía y de operaciones tales como transacciones y/o nuevas garantías se celebren en beneficio de maximizar su valor y los ingresos de la empresa y no en detrimento de esta y de los acreedores.

4.2.2.2. El acto de disposición haya disminuido el patrimonio del deudor

Otro requisito en este nivel para que se produzca la ineficacia concursal de un acto de disposición es que este haya afectado el patrimonio del deudor, teniendo en cuenta que por afectación se entiende como disminución patrimonial. Sin embargo, en el caso *Welcome v Gambarini* (2007)³³⁾, los jueces mencionaron que no basta con causar un perjuicio al patrimonio del deudor, sino un menoscabo a los acreedores en su derecho de recuperar sus deudas.

Si bien, este requisito es un criterio judicial, ello hace mucho sentido, pues en un procedimiento concursal la parte importante la tienen los acreedores en su conjunto, pues buscan maximizar los recursos del deudor para el recupero de sus créditos.

4.2.2.3. Período de tiempo relevante

Como lo hemos señalado anteriormente, en este nivel el periodo de tiempo relevante es que el acto jurídico a ser cuestionado se haya realizado un año antes desde que: (i) se presentó la solicitud para acogerse a un procedimiento concursal; o, (ii) el deudor fue notificado de la resolución de emplazamiento.

Como se puede observar, la ley concursal peruana no toma como fecha de inicio la publicación del procedimiento concursal o de insolvencia del deudor, a

32 Ley General del Sociedades. Artículo 11.-Objeto Social.

La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.

La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.

33 Lizárraga Vera-Portocarrero, Anthony. “La Ineficacia Concursal: estudio doctrinario y jurisprudencial en el sistema concursal peruano”, op. cit. pp. 291-295.

diferencia de lo que ocurre en el derecho inglés, ello porque en el Perú, el tiempo que transcurre entre que el deudor se sometió a un procedimiento concursal o su acreedor le iniciaron dicho trámite y la publicación de concurso es de varios meses incluso años.

4.2.3. Segundo nivel

El juez declarará ineficaces cualquier acto de disposición celebrado por el deudor dentro del periodo de tiempo determinado en el segundo nivel, es decir, de las fechas de ineficacia hasta que los acreedores designan o ratifican a la administración o se aprueba el convenio de liquidación en los siguientes supuestos:

- a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;
- b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;
- c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;
- d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores;
- e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el deudor con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito;
- f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste;
- g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y,
- h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimento patrimonial.

En este segundo nivel de actos de disposición a ser cuestionados son aquellos celebrados entre el pedido de inicio de concurso del deudor o acreedor y finaliza cuando los acreedores designan el destino y el instrumento concursal del deudor, sin embargo, es importante saber que la fecha de inicio del procedimiento concursal es efectiva cuando este hecho se publica en el



boletín oficial del INDECOPI, y no cuando el deudor o acreedores presente el procedimiento concursal como en el derecho inglés.

5. COMPARACIÓN ENTRE LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN PATRIMONIAL DEL DEUDOR EN LA REGULACIÓN INGLESA Y PERUANA

5.1. Tipos de ineficacias

En la regulación inglesa, hay tipos de *voidable transactions* que los liquidadores pueden cuestionar para reintegrar actos de disposición celebrados por el deudor tales como *transactions at an undervalue, preferences, transactions defrauding creditors, avoidance of certain floating charges y extortionate credit transactions*.

Por el contrario, en el Perú no existen tipos de actos de disposición como en el derecho inglés, sino existen actos a cuestionar, que de acuerdo a la temporalidad que fueron celebrados pueden ser declarados ineficaces³⁴.

En primer lugar, en el derecho inglés existe una regulación diferente en cuanto se trata de operación celebrada a un precio inferior al valor real y el otorgamiento de alguna preferencia a un acreedor, teniendo ambos fines distintos, donde la primera busca cuestionar actos en la que el deudor donó un bien, no recibió monto alguno por la transferencia o dicho monto fue significativamente menor, mientras que la segunda es el deseo de colocar al acreedor en una mejor posición en la liquidación, mientras en el Perú como lo hemos mencionado anteriormente no existe tales diferencias.

En segundo lugar, en nuestro país, los actos celebrados con personas vinculadas al deudor tienen las mismas reglas, que con aquellos que no lo son, lo que hace que en la práctica muchos actos de disposición a ser cuestionados sean realizados con personas o empresas relacionadas al deudor.

Finalmente, en el derecho inglés, las *preferences* aumentan el período de tiempo relevante, cuando una de las partes del acto de disposición es una persona vinculada o relacionada al insolvente, de seis meses a dos años, siendo la intención de esta disposición de que, una persona relacionada al deudor posee información privilegiada o sensible del deudor y puede conocer de antemano la crisis que el deudor atraviesa o este atravesando.

34 Ver, el subcapítulo 4.2. del presente trabajo.



5.2. Restitución de los activos

El derecho inglés mencionada qué si la corte concluye que ha existido un acto de disposición celebrado a un valor inferior al real, debe de emitir una orden que restablezca a la posición en que se encontraba si esta no se hubiese realizado, incluso en el caso *Re Brookman Home Ltd (In Liq.)* (2021), se indicó que los jueces pueden ordenar restaurar pagos o activos a la masa concursal.

Por otro lado, si bien la ley concursal peruana en su numeral 2 del artículo 20 establece que el juez al declarar la ineffectuación del acto cuestionado ordenará su reintegración a la masa concursal, no obstante, en la práctica los jueces no suelen ordenar una restitución de los activos a favor de la masa, pues los jueces señalan que los liquidadores o acreedores reconocidos, que impulsan la demanda de ineffectuación, deben solicitar entre sus pretensiones la reintegración de activos, algo extraño y poco práctico, teniendo en cuenta que la norma peruana establece la restitución inmediata.

En ese sentido, los jueces peruanos deberían incluir la experiencia inglesa en la cual las cortes al emitir las sentencias ordenan la reintegración del activo a la masa concursal.

5.3. Buena fe

La ley concursal peruana establece que los terceros adquirentes reciben la protección por actuar de buena fe, siempre y cuando, el bien materia de controversia sea inscribible en el registro mercantil peruano, así no se verían afectados por la declaración de ineffectuación, no obstante, en la práctica, ello solo opera para bienes tales como bienes inmuebles (propiedades), vehículos y otros activos inscribibles, pero no abarca todos los activos que pueda poseer un deudor.

Contrario a esto, la sección 241 (2) de la IA otorga protección al tercero adquirente que no participa en el acto cuestionado, pues este adquirió de una persona o empresa que no era insolvente. No obstante, la sección 241 (2A) de la IA establece reglas sobre la buena fe del tercero, así cuando este adquiere el bien del insolvente de alguien distinto al deudor o ha recibido un beneficio del acto de un valor inferior al valor real al momento de la adquisición, tuvo conocimiento de las *relevant surrounding circumstances*³⁵ y de *relevant proceedings*³⁶ o estaba relacionada o vinculada con el deudor, existe una presunción de no existir buena fe.

35 Ver definición en la sección 241 (3) de la IA.

36 Ver definición en la sección 241 (3B) de la IA.



6. CONCLUSIONES

Definitivamente, la LGSC podría adoptar alguna de las regulaciones del derecho inglés y de su jurisprudencia al momento de cuestionar actos de disposición celebrados por el deudor concursado (ineficacia concursal). Es por ello, que no todos los actos realizados por el deudor deberían de tener el mismo tratamiento al ser cuestionados, así el derecho inglés desglosa transacciones como *transactions at an undervalue* o *preferences*.

Asimismo, la norma concursal peruana no regula o no hace diferencia alguna sobre actos de disposición celebrados a favor de personas o empresas relacionadas o vinculadas al deudor concursado, contrariamente sí en el derecho inglés donde establece un plazo diferenciado de declarar un acto de disposición como *preference*, por ejemplo.

Es de suma importancia, que la regulación concursal peruana adopte este tipo de diferenciación, teniendo en cuenta que la mayoría de los actos de disposición, por la propia naturaleza del deudor, busque transferir activos a favor de personas o empresas vinculadas o relacionadas al deudor.

Finalmente, en cuanto a la restitución al derecho inglés al momento de la retroacción del acto, inmediatamente ordena la reintegración del bien a la masa concursal, cuando en el Perú ha habido casos, donde los jueces han determinado que la restitución se debe realizar como parte de otra demanda, hecho que en la práctica toma mucho tiempo y hace casi imposible el recupero de los activos.



**DEBER
FIDUCIARIO DEL
EMPRESARIO
EN EL ÁMBITO
CONCURSAL**

Análisis Comparado a los deberes de los directores en Zona de Insolvencia: El Camino hacia la modernización del Derecho Concursal

PAMELA PIJAL TERÁN*

Ecuador

1. INTRODUCCIÓN

El conflicto y desalineamiento de intereses entre accionistas y acreedores nace cuando la compañía está en una zona de insolvencia o en insolvencia (Gurrea Martínez et al., 2019). En esta situación, los accionistas pueden desarrollar un comportamiento oportunista que conlleva a la destrucción del valor de la compañía y a un consecuente perjuicio a los acreedores (Gurrea-Martínez, 2021). Para contrarrestar este problema y proteger a los acreedores, las jurisdicciones han implementado distintos deberes a los directores (Davies, 2006; Wood, 2007). Gurrea-Martínez (2021) identifica seis tipos de deberes mayormente adoptados a nivel global. Los países con economías desarrolladas, tales como Estados

* Abogada por la Universidad de las Américas, UDLA (Ecuador). LLM (Master of Laws) en Derecho Corporativo por University College London (Reino Unido). Programa de Derecho International y Derecho Comparativo por Cornell Law University y Universidad de Paris 1 Panthéon-Sorbonne (París, Francia). Mentora de Estudiantes de Pregrado en la University College London (Reino Unido). Empower LATAM UK, Mentora de jóvenes latinoamericanos en el Reino Unido. Revisora Externa de UDLA Law Review en la Universidad de las Américas (Ecuador).



Unidos y Reino Unido, se inclinan por deberes como maximizar el valor para los accionistas o minimizar las pérdidas de los acreedores, respectivamente. Los países con mercados emergentes tienen una preferencia a los deberes de iniciar un proceso de liquidación o de recapitalizar o liquidar la compañía.

Estos últimos han sido ampliamente criticados por varios académicos. Según Gurrea-Martínez (2021), la liquidación de compañías no favorece al crecimiento económico del país, el acceso al crédito y la generación de empleo. Para Davies (2006), que fomenta una cultura de rescate de compañías viables en crisis, la liquidación es una solución muy radical. De igual manera, Enriques y Macey (2001) no están a favor de que la insolvencia se mida por el resultado del balance general de una compañía pues aquel no refleja con exactitud su situación real y económica.

Para alcanzar un modelo eficiente de deberes de los directores en zona de insolvencia, Gurrea-Martínez (2021) plantea 5 aspectos que deben ser considerados por los legisladores al momento de elaborar el marco de insolvencia: (i) la estructura societaria que prevalece en el país, (ii) la estructura de la deuda, (iii) la eficiencia del sistema judicial, (iii) la eficacia de los procesos de liquidación, y, (iv) la realidad económica del país. Debido a que los países con economías desarrolladas cumplen con varios de estos aspectos, el derecho concursal debe prestar especial atención a países con mercados emergentes, por dos razones: la notable presencia de pequeñas y medianas compañías (Pymes en adelante), y la ineficacia del sistema concursal (Gurrea-Martínez, 2020).

El Banco Mundial (2021) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI en adelante) (2021) recomendaron la adopción de un régimen de insolvencia simplificado para PYMES que permita la liquidación ágil, sencilla, flexible y de bajo costo para compañías no viables y la reestructuración de compañías viables. Gurrea-Martínez (2021) sugiere la adopción de acuerdos preconcursales, aprobados por la mayoría de los acreedores, como condición previa a la liquidación. Es decir, si los acuerdos no son cumplidos, la compañía se considera no viable y se procede a su liquidación. Para tal efecto, las compañías deberían tener dos opciones: (i) un procedimiento de liquidación formal para grandes corporaciones; y (ii) un procedimiento simplificado de liquidación para PYMES, por cuanto cuentan con menos recursos.

Adicionalmente, se recomienda el reconocimiento de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (2019), con el objeto de



otorgar una mayor protección a los acreedores, mediante el acceso a un régimen concursal más avanzado y favorable. Por lo tanto, las jurisdicciones alrededor del mundo deben incorporar las recomendaciones antes mencionadas para alcanzar un eficiente marco de insolvencia. Sin embargo, aquellas reformas demanda grandes esfuerzos económicos, legislativos, institucionales y políticos.

2. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE DEUDORES Y ACREDITORES EN ZONA DE INSOLVENCIA

2.1. La Conducta Oportunista de Accionistas (*Shareholder Opportunism*)

Los problemas de agencia (*agency problems* en inglés) se originan con la separación entre propiedad y control. Existen tres tipos de problemas de agencia: (i) los conflictos entre accionistas y directores debido a que éstos últimos pueden estar incentivados por maximizar sus intereses personales, a costa de los primeros; (ii) los conflictos entre accionistas mayoritarios y minoritarios, generalmente por abuso de poder u opresión por parte de los primeros (Armour et al., 2017); y (iii) los conflictos entre accionistas y terceros, tales como los acreedores cuando la compañía está en una zona de insolvencia o en insolvencia (Gurrea Martínez et al., 2019). Los dos primeros conflictos son objeto de estudio del derecho de sociedades. El tercer conflicto es materia del derecho concursal.

Cuando una compañía está en proximidad de la insolvencia o en insolvencia, los intereses de los socios o accionistas (*shareholders* en inglés) no están alineados a los intereses de los acreedores, pues las dos partes buscan el retorno del capital. Así, en empresas familiares, los *shareholders* cumplen funciones de directores, por ende, buscarán precautelar sus intereses por sobre los intereses de los acreedores; y en compañías con accionistas de control, los directores tendrán más incentivos por maximizar los intereses de los *shareholders*, a fin de evitar ser removidos de sus cargos (Wood, 2007; Davies, 2006). En ambos escenarios, los acreedores están en una situación de desventaja, por un comportamiento oportunista de los *shareholders* (*shareholder opportunism* en inglés). Aquello conlleva a la destrucción del valor de la compañía y a un consecuente perjuicio a los acreedores (Gurrea-Martínez, 2021).

Esta conducta oportunista se ve reflejada en seis conflictos de intereses. El primer conflicto sucede cuando *shareholders* prefieren correr el riesgo de perseguir inversiones de alto riesgo tendientes a incrementar el valor de la compañía y/o a superar la crisis financiera, porque cualquier costo por pérdidas



recae en los acreedores (Gurrea-Martínez, 2018); mientras que los acreedores prefieren inversiones de bajo riesgo para conservar el capital social y no correr el riesgo de no recuperar lo adeudado o recibirlo en una cantidad reducida. El segundo conflicto tiene lugar cuando *shareholders* buscan pagos de dividendos u otros desembolsos, o activos en condiciones favorables, ante el total desconocimiento de acreedores; estos últimos, por su parte, buscan ejecutar las garantías otorgadas en contratos. El tercer conflicto acontece cuando *shareholders* deciden mantener la compañía en marcha con la expectativa de mejorar la liquidez y solvencia; al contrario, los acreedores se inclinan por la liquidación de la compañía con el objeto de afianzar el cobro de la deuda (Gurrea-Martínez, 2021; Davies, 2006).

El cuarto conflicto surge cuando *shareholders* desisten de realizar inversiones con gran rendimiento porque no son los beneficiarios directos (Wood, 2007). El quinto conflicto se produce cuando *shareholders* resuelven mantener la compañía en marcha, a pesar de que no sea viable, ya sea para evadir los costos de liquidación, por desconocimiento, apego emocional o exceso de optimismo. El sexto conflicto sobreviene cuando *shareholders* ocultan activos a acreedores o desvían fondos con la intención de que no formen parte del acervo social líquido (Gurrea-Martínez, 2021; Davies, 2006). La asimetría de la información entre las partes agrava el conflicto, pues solamente los *shareholders* manejan la información real y económica de la compañía.

El impacto del *shareholder opportunism* es negativo para la compañía y para la sociedad. Por una parte, la compañía debe asumir un incremento en los costos de agencia (Wood, 2007) y una posible destrucción de su valor o desvío de fondos (Gurrea-Martínez, 2021); lo cual menoscaba los derechos de los acreedores. Por otra parte, la sociedad se ve afectada por la operación de compañías económicamente no viables¹, y la falta de predisposición de acreedores para extender créditos (Gurrea-Martínez, 2021). Las jurisdicciones alrededor del mundo han contrarrestado este problema otorgando mayor protección a los acreedores, a través del gobierno corporativo, esto es, con la imposición de

1 “Cuando el valor de una empresa en funcionamiento es negativo o, en su caso, inferior a su valor en liquidación, se dice que la empresa es económicamente inviable (...). Esta situación supondrá que la empresa generará (o se le extraerá) un mayor valor liquidándose que manteniéndose en el mercado.” (Gurrea-Martínez, 2014, p.13).



deberes y responsabilidades a directores (Davies, 2006; Gurrea-Martínez, 2018; Wood, 2007).

2.2. Los Deberes y Responsabilidades de los Directores (Directors' Duties)

Los deberes de los directores (*directors' duties* en inglés) de compañías en proximidad de la insolvencia responden a la necesidad de mitigar los conflictos que se generan entre *shareholders*/directores y acreedores; así como de tutelar los derechos de estos últimos, como titulares residuales de dichas compañías. La aplicación de *directors' duties* no es unánime, sin embargo, seis tipos de *directors' duties* son mayormente aplicados en el contexto global: (i) el deber de iniciar el procedimiento de liquidación o solicitud de concurso, (ii) el deber de cumplir con los derechos de los acreedores; (iii) el deber de maximizar el valor para los accionistas; (iv) el deber de recapitalizar o liquidar la compañía; (v) el deber de no incurrir en nuevas deudas; y (vi) el deber de no incurrir en nuevas deudas que no puedan ser completamente satisfechas (Gurrea-Martínez, 2021).

El primer tipo es el deber de iniciar el procedimiento de liquidación o solicitud de concurso que es muy común en países miembros de la Unión Europea, pero también utilizado por países como Vietnam, Camboya y Emiratos Árabes Unidos (Gurrea-Martínez, 2021). Los directores deben dar cumplimiento a este deber conforme al plazo establecido por cada jurisdicción, y que varía entre semanas o meses. Tomando a Alemania como ejemplo, si una compañía se encuentra en situación de insolvencia, los miembros de la junta de administración tienen un plazo de tres semanas para iniciar el proceso de liquidación, y de no hacerlo serán responsables por daños (Wood, 2007). Otros países implementan distintas responsabilidades, como son, inhabilitación, responsabilidad por deudas, y hasta responsabilidad penal (Gurrea-Martínez, 2021). La insolvencia en este tipo se mide por el resultado del balance general de la compañía (*the balance-sheet test*²), es decir, es una insolvencia patrimonial (Gurrea Martínez, 2017; Wood, 2007).

Las principales críticas a este deber son los altos costos directos e indirectos vinculados a la liquidación (Davies, 2006); así como la falta de precisión para determinar el momento exacto en que una compañía está atravesando una situación de insolvencia, pues se basa solo en los resultados del balance-

2 La compañía es insolvente cuando el valor de sus activos no es suficiente para extinguir sus deudas y responsabilidades (Gurrea-Martínez, 2021), y los costos de liquidación (Davies, 2006).

sheet test (Gurrea-Martínez, 2021). Otra desventaja es la imposibilidad de llegar a acuerdos entre shareholders/directores y acreedores que generen menos costos y permitan el rescate de compañías económicamente viables (Gurrea-Martínez, 2021). La ventaja fundamental es la reducción de riesgo de shareholder opportunism pues el proceso está sometido a la ley, y a cargo de terceras partes, tales como un juez y/o liquidadores de ser el caso (Gurrea-Martínez, 2021; Wood, 2007).

El segundo tipo engloba ciertos derechos otorgados a los acreedores alrededor del mundo. Por ejemplo, el deber de considerar los intereses de los acreedores, que es utilizado por varios países, entre ellos, Reino Unido, Australia y Singapur. Otro ejemplo es el deber de no realizar pagos a acreedores existentes adoptado por Austria y suprimido por Alemania en el año 2021. Por último, el deber de evitar conductas imprudentes que puedan producir un daño a los acreedores instaurado por Nueva Zelanda, y también aplicable para compañías solventes en Sudáfrica (Gurrea-Martínez, 2021).

En el Reino Unido, el deber de considerar los intereses de los acreedores está asociado con el deber de minimizar las pérdidas. A diferencia del modelo alemán, la responsabilidad nace en la zona de insolvencia, y, se denomina *wrongful trading*. De acuerdo con la Sección 214 de la Ley de Insolvencia Británica de 1986, los directores son responsables por cualquier decisión tomada a partir del tiempo que conocieron, o debieron conocer, que la compañía no podía evadir la liquidación, y por no actuar razonablemente para disminuir las pérdidas de los acreedores (*standard of the reasonable director*) (Davies, 2006). De ser encontrados culpables pueden ser inhabilitados o sancionados penalmente (Gurrea-Martínez, 2021).

Es importante resaltar que la insolvencia en este deber es financiera (*the cash-flow test*)³, es decir, la compañía no es insolvente por el solo hecho de no pagar sus obligaciones a tiempo sino por la imposibilidad de ser pagaderas a futuro (Gurrea-Martínez, 2021). Por lo tanto, si una compañía posee liquidez para refinanciar sus deudas, es financieramente solvente y los directores tienen

3 El cash-flow test examina el estado de flujo de caja de la compañía para determinar si sus ingresos son mayores a sus egresos, y, por tanto, puede continuar operando, y cumpliendo sus obligaciones dentro de plazos satisfactorios para los acreedores (Re Brian D Pierson (Contractors) Ltd [1999] BCC 26; Davies, 2006).



un motivo suficiente para continuar con las operaciones (Davies, 2006; Wood, 2007). A esto se conoce como la cultura de rescate (*the rescue culture*) (Davies, 2006).

Dado que las partes pueden llegar a un acuerdo voluntario reestructurando los pagos y obligaciones (*schemes of arrangement*), no existen costos de liquidación. No obstante, el *shareholder opportunism* sigue siendo un riesgo porque los intereses de las partes no están alineados. Los directores pueden tomar dos caminos: invertir en proyectos de alto riesgo o dejar de invertir, con la sola motivación de aminorar las pérdidas de los acreedores. Las dos opciones terminan siendo perjudiciales para la compañía y para la sociedad. Es indiscutible que el nivel de protección a acreedores en estas jurisdicciones es alto, pero eso no significa que sea óptimo, ya que los jueces también gozan de un alto grado de discrecionalidad (Gurrea-Martínez, 2021). Por este motivo, en países con un ineficiente sistema judicial, este deber no sería una respuesta efectiva (Gurrea-Martínez, 2020).

El tercer tipo es el deber de maximizar el valor para los accionistas, aun cuando la compañía sea insolvente. Estados Unidos y Canadá han implementado este modelo (Gurrea Martínez, 2021). Por ejemplo, en 1991, el Tribunal de Delaware en *Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathé Communications Corporation*, WL 277613 (Del. Ch. 1991) resolvió que los directores de compañías en zona de insolvencia pueden tomar decisiones en que no solamente consideren los intereses de la compañía y sus *shareholders*, pues están protegidos por la regla del juicio empresarial (*business judgement rule* en inglés) (Wood, 2007). En 2004, el Tribunal de Delaware dentro del caso *Production Resources Group, LLC v. NCT Group, Inc.*, 863 A.2d 772 (Del. Ch. 2004) aclaró que la decisión de *Credit Lyonnais* confiere el derecho a acreedores de perseguir acciones derivadas en contra de directores, en su calidad de beneficiarios residuales, pero que no significa que los directores tengan deberes para con los acreedores.

Tres años más tarde, el Tribunal Supremo de Delaware en *North American Catholic Educational Programming Foundation v. Gheewalla*, 930 A.2d 92 (Del. 2007) rechazó la decisión de *Credit Lyonnais* y afirmó que los directores de compañías en proximidad de la insolvencia deben velar por los intereses de la compañía y por el beneficio económico de los *shareholders* (*shareholder theory*). Por lo tanto, los intereses de los acreedores no deben ser tomados en cuenta. A pesar de ello, los acreedores todavía gozan del derecho para interponer acciones



derivadas en contra de directores, y los últimos pueden ser responsables por agravamiento de la insolvencia (Gurrea Martínez, 2017). Al contrario, el Tribunal Supremo del Reino Unido dentro del caso de *BTI 2014 LLC v Sequana S.A.* [2022] UKSC 25 confirmó que los directores de compañías en zona de insolvencia o en insolvencia deben considerar los intereses de los acreedores, y buscar un balance en caso de conflicto de intereses.

Según Wood (2007), el deber de maximizar los intereses de *shareholders* mitiga los conflictos entre *shareholders/directores* y acreedores. En cambio, Gurrea Martínez (2021) señala que el *shareholder opportunism* representa un riesgo para compañías en zona de insolvencia porque los directores solamente consideran intereses de los *shareholders*, para continuar en sus cargos y no por beneficio de la compañía. Aunque resalta algunas ventajas, como son el ahorro de costos de liquidación, a través de acuerdos voluntarios entre las partes y reestructuración de la compañía; y la limitación en la toma de decisiones de inversión que signifiquen alto riesgo, especialmente en compañías en zona de insolvencia.

El cuarto tipo es el deber de recapitalizar o liquidar una compañía cuando está generando pérdidas. Este modelo ha sido acogido por algunos países de Europa y América Latina, como son Francia, España, Italia, Suecia, Argentina, Uruguay, México, Perú, entre otros. No obstante, la regla de recapitalizar o liquidar (*the recapitalise or liquidate rule* en inglés) es implementada de forma distinta por cada jurisdicción, ya sea por la pérdida total, de la tercera o cuarta parte, o del 50% del capital social. Los directores están obligados a convocar a los accionistas y proponer un aumento de capital o la liquidación de la compañía; so pena de ser responsables por daños o pérdidas. Ahora bien, esta medida protege a acreedores, pero es muy radical, dado que obstaculiza el crecimiento económico del país, el acceso al crédito y genera desempleo (Gurrea-Martínez, 2021). Además, Enriques y Macey (2001) sostienen que es incompatible con el principio de responsabilidad limitada, y es ineficiente porque limita la toma de riesgos, y porque el *balance-sheet test* no refleja con exactitud la situación real y económica de una compañía.

El quinto tipo es el deber de no incurrir en nuevas deudas implementado por Australia y Sudáfrica. Este deber se activa cuando la compañía está en un estado de insolvencia. La excepción a la regla son los planes de reestructuración para mantener el negocio en marcha. De incumplir este deber, los directores



podrían acarrear una responsabilidad personal por deudas o inhabilitación. Aunque a simple vista, este modelo presenta ventajas como la liquidación de compañías no viables, recolocación de esos recursos en el mercado, protección a acreedores no asegurados y medidas correctivas a tiempo y oportunas. También ocasiona graves desventajas a la economía, dado que, promueve la apertura de procedimientos de liquidación que, a su vez, generan altos costos para la compañía y eliminan puestos de trabajo (Gurrea-Martínez, 2021).

El sexto tipo es el deber de no incurrir en nuevas deudas que no puedan ser completamente satisfechas. Para jurisdicciones como Singapur y Nueva Zelanda, la posibilidad de que una compañía incurra en deudas depende de la expectativa razonable de cumplir con la totalidad del pago. En contraste con Australia y Sudáfrica, esta imposición aplica tanto para compañías solventes e insolventes, y su inobservancia acarrea responsabilidad por deudas o inhabilitación. Por esta razón, Gurrea-Martínez (2021) lo califica como una regulación modelo de *directors' duties* en zona de insolvencia, pues existe una prohibición permanente de no contraer nuevas deudas sino se han satisfecho las anteriores. Adicionalmente, esta medida permite la operación de compañías viables en tiempos de crisis. Lamentablemente, los efectos adversos pueden ser el difícil acceso al crédito (Gurrea-Martínez (2021), en especial para compañías donde la inversión juega un papel importante para su desarrollo, pero también representa un gran riesgo, tales como las *start-ups*.

La Directiva (UE) 2019/1023 dio un paso más adelante: los *directors' duties* nacen desde el momento que una compañía empieza a afrontar o pronosticar dificultades financieras (zona de pre-insolvencia). Los directores deben considerar los intereses de acreedores, *shareholders* y personas interesadas (*stakeholders*); prevenir insolvencia, y no actuar negligentemente. El problema recae en la ineficacia para distinguir o predecir el comienzo de una crisis financiera. Los directores, por lo tanto, se pueden ver desmotivados para asumir inversiones de alto riesgo que generalmente producen mayor rendimiento a la compañía (Gurrea-Martínez (2021)).

Como se aprecia, la imposición de *directors' duties* no es uniforme. Por un lado, los países que se rigen bajo un sistema anglosajón, como son Estados Unidos y Reino Unido, ofrecen mayor protección a *shareholders* y acreedores (Davies, 2006), y los *directors' duties* se activan en zona de insolvencia. Por otro lado, los países con un sistema de derecho civil, como Alemania y en Latinoamérica,



otorgan una menor protección a los acreedores, pero tienen mecanismos de aplicación más eficientes (Wood, 2007). En estos países, los *directors' duties* se activan cuando la compañía está en situación de insolvencia. Davies (2006) cuestiona el uso de *directors' duties* cuando opera la insolvencia, y califica de drástica la decisión de liquidar una compañía sin previamente emplear un mecanismo legal para enfrentar la crisis financiera (*the rescue culture*). Por su parte, Gurrea-Martínez (2021) concuerda que la adopción de *directors' duties* debe ser en proximidad de la insolvencia y afirma que ningún modelo actualmente existente es efectivo. Igualmente, coincide con promover una cultura de rescate (Gurrea-Martínez, 2020).

3. UN MODELO EFICIENTE DE DIRECTORS' DUTIES DEMANDA UN DERECHO CONCURSAL MODERNO

En la búsqueda de un modelo eficiente de *directors' duties* en zona de insolvencia, se debe considerar 5 aspectos: (i) la estructura societaria que prevalece en el país, (ii) la estructura de la deuda, (iii) la eficiencia del sistema judicial, (iii) la eficacia de los procesos de liquidación, y, (iv) la realidad económica del país (Gurrea-Martínez, 2021). Cada aspecto plantea la utilización de un deber específico; sin embargo, la adopción de un determinado modelo debe responder al conjunto de todos sus aspectos. Esta es precisamente la tarea de los legisladores.

Para los países con economías desarrolladas, eficientes sistemas judiciales y procesos de liquidación, varias fuentes de financiación, y un elevado porcentaje de compañías de propiedad dispersa, tales como Estados Unidos y Reino Unido, los *directors' duties* no deben ser estrictos, ya que existe un bajo riesgo de *shareholder opportunism*, la presencia de directores independientes y una cultura de rescate. Por lo tanto, pueden adoptar el deber de disminuir las pérdidas de los acreedores, o el deber de no incurrir en nuevas deudas que no pueden ser completamente satisfechas⁴ (Gurrea-Martínez, 2021). Por otro lado, el nombramiento de un liquidador no es indispensable, pero puede agregar valor al proceso. La moratoria (conocido como *automatic stay*) es además útil para

⁴ El deber de iniciar el procedimiento de liquidación no encaja en un sistema que prioriza la cultura de rescate.



prevenir que los acreedores interpongan acciones individuales y no colectivas (Gurrea-Martínez, 2020).

Para los países con mercados emergentes, procedimientos de insolvencia ineficaces, un sistema bancario como principal fuente de financiación, y un extenso número de empresas familiares, se requiere un modelo de *directors' duties* más estricto debido a la desalineación de intereses entre *shareholders* y acreedores, y porque en la mayoría de los casos, los *shareholders* también cumplen funciones de directores (Gurrea-Martínez, 2020). Las soluciones más efectivas son: (i) el deber de iniciar acuerdos pre-concursales⁵ (workouts en inglés), o un procedimiento híbrido⁶ con el propósito de proveer mecanismos legales para la reestructuración de compañías viables que afrontan crisis financieras o la liquidación ordenada de compañías no viables; y (ii) el deber de no incurrir en nuevas deudas para resguardar los derechos de los acreedores (Gurrea-Martínez, 2021). El deber de solicitar el concurso de acreedores no es pertinente por dos razones: la notable presencia de pequeñas y medianas compañías (PYMES en adelante), y la deficiencia del derecho concursal (Gurrea-Martínez, 2020).

De acuerdo con los modelos de *directors' duties* analizados en la sección anterior, se deduce que los países con economías desarrolladas, tales como Estados Unidos y Reino Unido, se inclinan por deberes como maximizar el valor para los accionistas o minimizar las pérdidas de los acreedores, respectivamente. Es decir, existe una cultura de rescate de compañías viables. En cambio, los países con mercados emergentes tienen una preferencia a los deberes de iniciar el proceso de liquidación, y de recapitalizar o liquidar la compañía.

Los países con mercados emergentes se caracterizan por no gozar de un marco de insolvencia eficiente, y por este motivo, la imposición de un deber de iniciar el proceso de liquidación solo acarrea efectos negativos. Por un lado, los *shareholders* no cuentan con un mecanismo de apoyo que les permita mantener

- 5 Es un mecanismo legal que consiste en un acuerdo voluntario entre *shareholders* y acreedores para refinanciamiento de la deuda y reestructuración, con el objeto de prevenir una liquidación formal de la compañía, que ocurre solo en caso de incumplimiento del acuerdo (Gurrea-Martínez, 2020).
- 6 Un procedimiento híbrido incorpora procesos simplificados y procesos formales de liquidación, según el tipo de compañía, a fin de disminuir los costos, particularmente para PYMES. Actualmente es adoptado por Reino Unido, Singapur y la Unión Europea (Gurrea-Martínez, 2021).



los negocios en funcionamiento ya sea para salir de la crisis económica o poder incrementar el valor de la compañía a favor de los acreedores en caso de que la liquidación sea la única salida (Gurrea-Martínez, 2014). Por otro lado, la sociedad se ve afectada porque la compañía ya no genera riqueza, impuestos y empleos (Gurrea-Martínez, 2020). Por este motivo, Davies (2006) afirma que el concurso es una decisión radical, y en su lugar, fomenta una cultura de rescate.

El derecho concursal, entonces, debe prestar especial atención a países con mercados emergentes. Es preciso destacar que, en estos países, la mayoría de las compañías son PYMES. Por lo que, imponer un procedimiento formal de liquidación resulta muy costoso (Gurrea-Martínez, 2020). Por ello, el Banco Mundial (2021) y la CNUDMI⁷ (2021) recomiendan la adopción de un régimen de insolvencia simplificado para PYMES que permita la liquidación ágil, sencilla, flexible y de bajo costo para compañías no viables y la reestructuración de compañías viables; así como, la exoneración total o condicional de pago, a empresarios individuales, a través de autoridad competente. Tras la pandemia por COVID-19, varios países han adoptado el régimen simplificado de manera temporal o permanentemente para evitar la liquidación forzosa de compañías viables en crisis económicas y garantizar una liquidación ordenada a aquellas no viables (Gurrea-Martínez, 2021).

La reestructuración de compañías viables es posible mediante acuerdos preconcursales o *workouts*, aprobados por la mayoría de los acreedores. Si los acuerdos no son cumplidos, la compañía se considera no viable y se procede a su liquidación. Gurrea-Martínez (2020) sugiere que los *workouts* deberían ser una condición para la iniciación de procedimientos simplificados de compañías no viables. Si procede la liquidación, las compañías deberían tener dos opciones: (i) un procedimiento de liquidación formal para grandes corporaciones, donde los *shareholders* y acreedores, sin intervención de una autoridad, pueden nombrar a un liquidador para reducir asimetrías de información entre las partes; y (ii) un procedimiento simplificado de liquidación para PYMES, por cuanto cuentan con menos recursos, donde los *shareholders* / directores pueden estar en posesión de los bienes (*debtor-in-possession* en inglés), y sin necesidad de nombrar a un liquidador, dar inicio a una subasta pública y electrónica, en la cual los acreedores

⁷ Mayormente conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés.



o cualquier persona pueden enviar ofertas de subasta para adquirir la compañía o incluso presentar un plan de reestructuración (Gurrea-Martínez, 2021).

Los países con mercados emergentes deben, además, reconocer la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (2019), a fin de facilitar el inicio y ejecución de un proceso único de insolvencia, en coordinación y cooperación transfronteriza con tribunales extranjeros, dentro de un régimen concursal más avanzado y favorable para todos los acreedores de las compañías que pertenezcan a un grupo empresarial. Así, las compañías, en sus contratos de constitución, pueden escoger el foro de insolvencia al cual deberán someterse los conflictos, siempre que sea favorable para los acreedores (Gurrea-Martínez, 2020).

Esta Ley Modelo evitaría los inconvenientes suscitados en *In re Avianca Holdings S.A.*, et al., 2023 WL 480610, Case No. 20-11133-mg (Docket No. 2710) (Jan. 27, 2023), donde 150 acreedores en Colombia y Brasil se negaron a desestimar las acciones individuales en dichas jurisdicciones, a pesar de que el caso estaba en conocimiento del Tribunal de Quiebras para el Distrito Sur de Nueva York, debido a Avianca en el año 2021 y frente a la crisis financiera por motivos del COVID-19, se acogió al Chapter 11 de la Ley de Quiebras de Estados Unidos y solicitó un plan de reorganización empresarial y refinanciamiento de deuda.

Las recomendaciones analizadas en este trabajo fueron acogidas por el Ecuador, en el Decreto-Ley Orgánica de Reestructuración Empresarial (2023) que buscaba derogar la Ley de Concurso Preventivo (1997), y que desafortunadamente, no entró en vigor. Una de las razones que motivó a la Corte Constitucional a rechazar su promulgación, es que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros no contaba con los recursos legales, humanos, técnicos y económicos para la implementación efectiva e inmediata del Decreto-Ley, conforme consta de su Dictamen (2023). De haberse aprobado el Decreto-Ley, el Ecuador se hubiera convertido en el primer país en reconocer la Ley Modelo de la CNUDMI⁸.

Pese a esto, el Ecuador sigue siendo un país modelo en la región, tras la serie de reformas societarias y concursales de los últimos años. Para ilustrar, la

8 Desde el año 2022, el Reino Unido está discutiendo la incorporación de la Ley Modelo a su marco de insolvencia, que involucra el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, pero contradice la regla impuesta en *Antony Gibbs & Sons v La. Société Industrielle et Commerciale des Métaux* (1890) LR 25 QBD 399 que solo permite dicho reconocimiento si es ley aplicable al contrato (Coverdale, 2023).

regla de recapitalizar o liquidar que estaba en vigencia desde 1994, fue derogada mediante la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo (2023). Sin embargo, la fallida reforma a la Ley de Concurso Preventivo en Ecuador es un claro ejemplo de que la modernización al derecho concursal en países con mercados emergentes no es posible sin el fortalecimiento de sus sistemas legales, institucionales, económicos y judiciales.

En resumen, en países con un régimen de insolvencia ineficiente, los *workouts* y los procedimientos simplificados son de suma importancia, y el camino hacia un marco de insolvencia eficiente demanda grandes esfuerzos económicos, legislativos, institucionales y políticos. Tales como, un derecho concursal y un sistema judicial eficientes, unos profesionales de derecho altamente calificados en la materia, una limitada intervención de jueces en procesos de liquidación, libertad de las partes para llegar a acuerdos voluntarios y pre-concursales con el objeto de refinanciar la deuda (Gurrea-Martínez, 2020), una cultura de rescate de compañías viables en crisis (Davies, 2006), o en su defecto una liquidación ordenada y de bajo costo, especialmente para las PYMES. Por último, es necesario impulsar el estudio y debate sobre la importancia del derecho concursal para instar a más países a la reforma de sus marcos de insolvencia.

4. CONCLUSIÓN

La aplicación de deberes a los directores como un mecanismo para mitigar el riesgo de una conducta oportunista de los accionistas cuando una compañía está en zona de insolvencia o en insolvencia, no es unánime ni efectivo. En países con economías desarrolladas, aquellos deberes se activan en la proximidad de la insolvencia pues existe una cultura de rescate de compañías viables en crisis. Mientras que, en los países con mercados emergentes, que generalmente carecen de un régimen de insolvencia eficiente, y tienen un alto número de PYMES, aquellos deberes operan cuando la compañía se encuentra en un estado de insolvencia; por ejemplo, el deber de iniciar el procedimiento de liquidación. Sin embargo, la liquidación conlleva a la destrucción de valor para *shareholders* y acreedores, como para la sociedad porque disminuye riqueza, impuestos y fuentes de empleos.

En consecuencia, este artículo insta a los países, especialmente a aquellos con mercados emergentes, a adoptar las recomendaciones efectuadas por



el Banco Mundial, la CNUDMI y académicos, esto es, a instaurar un modelo eficiente de *directors' duties* cuando la compañía se encuentre en una zona de insolvencia. Por medio de acuerdos preconcursales que permitan la reestructuración de compañías viables en crisis; y procedimientos híbridos como son el procedimiento formal de liquidación para grandes corporaciones y el procedimiento simplificado para PYMES, por cuanto cuentan con menos recursos. Estas reformas deben estar orientadas a alcanzar una cultura de rescate en el derecho concursal. No obstante, la aplicación de estas reformas no puede ser uniforme, y debe responder a las necesidades específicas de cada país. Aquello, indiscutiblemente, supone enormes esfuerzos económicos, legislativos, institucionales y políticos que deberán ser tomados en cuenta por los legisladores.

5. REFERENCIAS

Armour, J., Hansmann, H. y Kraakman, R. (2017). *Agency Problems and Legal Strategies* en J. Armour, L. Enriques, et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (3ra ed., Vol. pp.29-47). Oxford University Press.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI. (2021). *Cuadro de concordancia entre las Recomendaciones legislativas de la CNUDMI sobre la insolvencia de las microempresas y las pequeñas empresas y las recomendaciones que figuran en otras partes de la Guía*. https://uncitral.un.org/es/insolvency_table_of_concordance_part_5

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL). (2021). *Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises* (2021). <https://uncitral.un.org/en/lrimse>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI. (15 de julio de 2021). *Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas* (2009). <https://uncitral.un.org/es/mlegi>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL). (2021). *UNCITRAL Model Law on Recognition and Enforcement*



of Insolvency-Related Judgments with Guide to Enactment [Archivo PDF]. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/ml_recognition-gte.pdf

Coverdale, H. (13 de Julio de 2023). UK looks to become first country to adopt UNCITRAL Model Law on Enterprise Group Insolvency. *Norton Rose Fulbright Blog: Bankruptcy and insolvency.* <https://www.nortonrosefulbright.com/en/restructuring-touchpoint/blog/2023/07/uk-looks-to-becomes-first-country-to-adopt-uncitral-model-law-on-enterprise-group-insolvency>

Davies, P. (2006). *Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency.* European Business Organization Law Review, EBOR, 7(1), 303-307. <https://doi.org/10.1017/S1566752906003016>

Decreto de 07 de julio de 2023 mediante el cual se emite el Decreto Ley Orgánica de Reestructuración Empresarial. Oficio No. T.483-SGJ-23-0190. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3NvcnRlbycsIHV1aWQ6J2IzOTJmYWEzLTJIZTktNGI-0YS04MzIzLWVkJzKm2EzMDY2Yy5wZGYnfQ==

Dictamen 4-23-UE/23 de 28 de julio de 2023 [Corte Constitucional del Ecuador]. Por el cual se emite dictamen no favorable respecto del decreto-ley de urgencia económica denominado Decreto Ley de Reestructuración Empresarial. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUuLcb1dWlkOic2MTkyYje3Zi05N-2QxLTQwZGMtOGMwMC1jZWE5ZmM1OWIzYWUucGRmJ30=

Enriques, L., y Macey, J. (2001). *Creditors Versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules.* Cornell Law Review, 86(6)(1), 1165-1204. <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol86/iss6/1>

Gurrea Martínez, A. (2014). La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores en A. Rojo, J. Quijano, y A. Campuzano Laguillo, *La Liquidación de la masa activa* (pp.829-848). Editorial Civitas. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400128>

Gurrea Martínez, A. (5 septiembre de 2017). *Los deberes y la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia: Una perspectiva económica y comparada.* Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas.



<https://www.derechoyfinanzas.org/los-deberes-y-la-responsabilidad-de-los-administradores-en-situaciones-de-insolvencia-una-perspectiva-economica-y-comparada/>

Gurrea-Martínez, A. (2018). *The Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions: An Economic and Comparative Approach*. Chicago-Kent Law Review, 93(3), 711-750; Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice (2017); Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF), Working Paper Series 10/2016. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2845101>

Gurrea Martínez, A., Cabanellas, G., Coronel Jones, C., García de Enterría, J., Mendoza, J., Paz-Ares, C., Reyes Villamizar, F. y Vives, Fernando. (2019). *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en el Ecuador*. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF), Working Paper Series 2/2019. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3383861>

Gurrea-Martínez, A. (2020). *Insolvency Law in Emerging Markets*. Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper 3/2020. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3606395>

Gurrea-Martínez, A. (2021). *Implementing an insolvency framework for micro and small firms*. International Insolvency Review (2021), 1-21. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3715654>

Gurrea-Martínez, A. (2021). *The Future of Insolvency Law in a Post-Pandemic World*. International Insolvency Review (2022), Singapore Management University School of Law Research Paper 14/2021. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3916244>

Gurrea-Martínez, A. (2021). *Towards an optimal model of directors' duties in the zone of insolvency: an economic and comparative approach*. Journal of Corporate Law Studies (2021), 1-31. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3717631>

Ley de Concurso Preventivo de 1997, reformada mediante Registro Oficial Suplemento No. 422 de 21 de diciembre de 2006.

Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 269 de 15 de marzo de 2023.

Ley de Insolvencia Británica de 1986 (Insolvency Act 1986). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>



The World Bank. (2021). *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*. International Bank for Reconstruction and Development. <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/3824fe8e-edb3-5f9b-aa28-f5afc759e562/content>

Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales. *Antony Gibbs & Sons v La. Société Industrielle et Commerciale des Métaux* (1890) LR 25 QBD 399).

Tribunal de Sociedades de Inglaterra y Gales. Chancery Division. *Re Brian D Pierson (Contractors) Ltd* [1999] BCC 26.

Tribunal de Delaware. *Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathe Communications Corporation*, WL 277613 (Del. Ch. 1991).

Tribunal de Delaware. *Production Resources Group, LLC v. NCT Group, Inc.*, 863 A.2d 772 (Del. Ch. 2004).

Tribunal Supremo de Delaware. *North American Catholic Educational Programming Foundation v. Gheewalla*, 930 A.2d 92 (Del. 2007).

Tribunal Supremo del Reino Unido. *BTI 2014 LLC v Sequana S.A.* [2022] UKSC 25.

Wood, J. (2007). *Director Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany and Japan*. Penn State International Law Review, 26(1)(5), 139-168. <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol26/iss1/5>



EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO CONCURSAL

La indicencia de la declaración de concurso sobre la cláusula arbitral en la legislación española

JOSÉ PAJARES ECHEVERRÍA*

La incidencia de la declaración de concurso de acreedores sobre el arbitraje es enorme y, como tal, una cuestión muy controvertida en España teniendo en cuenta que su alcance lo es antes y después de haberse declarado el concurso de acreedores y su interpretación, además de doctrinal, lo ha sido, y muy divergente, por los Tribunales de Justicia.

En efecto, el arbitraje ya constituido antes de la declaración del concurso de acreedores tendrá el mismo recorrido que los litigios en trámite: hasta dictarse el laudo. Mientras, ¿qué ocurre con los arbitrajes no iniciados al tiempo de declararse el concurso? Esto será el objeto de mi reflexión en este artículo.

Para abordarlo aludiré a un caso que ha tenido repercusión pública en España por la “fama” de una de las partes: en concreto, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander el 30 de septiembre de 2019, que admitió la demanda interpuesta por una Sociedad declarada en concurso para

* Abogado, Árbitro y Mediador. Socio Director del Departamento de Restructuración e Insolvencia en Cremades & Calvo-Sotelo Abogados. Presidente de la Comisión de Insolvencias de la Unión Internacional de Abogados (2008-2012). Representante de la UIA y del IIDC en el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Profesor de Derecho Concursal para el Máster de la Abogacía y Procura impartido por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.



suspender los efectos del convenio arbitral firmado con el artista David Guetta, sometido a la legislación inglesa y al Tribunal Arbitral de Londres, cuando se le iba a demandar por incumplimiento del contrato al no haberse presentado el día de su actuación y haber devuelto sólo una parte de su remuneración.

La pretensión de la Sociedad española ante el Juzgado de Mercantil de Santander no fue otra que evitar la sumisión a arbitraje cuando se iba a demandar al artista solicitando del Juzgado, al fin y a la postre, evitar mayores perjuicios (al parecer, la declaración de concurso fue consecuencia directa de la cancelación de esa actuación) y poder hacerlo en España y conforme la ley española.

Sustentando su protección en la Ley Concursal española que, como después indicaré, establece que la declaración de concurso no afecta a los convenios arbitrales a menos que supongan un perjuicio para la tramitación del concurso, en cuyo caso se faculta al Juez para “suspender sus efectos”, cual acordó ese Juzgado.

La concursada argumentó en la demanda que un eventual procedimiento arbitral supondría un grave perjuicio para el concurso por dos motivos: la falta de concreción de la cláusula arbitral que, al no indicar árbitro ni normas rectoras del procedimiento, retrasaría la iniciación del arbitraje y, por otra parte, los gastos inasumibles para la concursada relativos al desplazamiento a Londres y a los honorarios de árbitros y Abogados¹.

Sobre esa base tan interesante desarrollaré mi trabajo, para lo que es ya necesario transcribir el artículo 140 del Texto Refundido de la Ley Concursal española en que se amparó dicha sentencia:

“ARTICULO 140.- PACTO DE MEDIACIÓN, CONVENIO Y PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

1. *La declaración de concurso, por si sola, no afectará a la vigencia de los pactos de mediación ni a los convenios concursales suscritos por el deudor.*
2. *Los procedimientos de mediación y los procedimientos arbitrales en tramitación a la fecha de la declaración de concurso continuarán hasta la tramitación de la mediación o hasta la firmeza del laudo arbitral.*

¹ Natalia Font Gorgorio: “El efecto del concurso de acreedores en el convenio arbitral inerte”. La ley 8753/2020



3. *El juez del concurso, de oficio o a solicitud de concursado, o de la administración concursal, es causa de suspensión, podrá acordar antes de que comience el procedimiento de mediación o de que se inicie el procedimiento arbitral, la suspensión de los efectos de esos pactos o de esos convenios, si entendieran que pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Queda a salvo lo establecido en los tratados internacionales.*
4. *En caso de fraude, el administrador concursal podrá impugnar ante el juez del concurso los pactos de mediación y los convenio y procedimientos arbitrales.”*

Para comprender adecuadamente el actual alcance de la norma conviene decir que la Ley Concursal de 2003 nada decía sobre el particular para, mediante la Ley 11/2011 de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, introducir un artículo 52 muy confuso que generó mucha controversia y que, sin embargo, conforme al artículo 140 del texto refundido de la Ley concursal antes transcrita no se ha logrado vencer. Analicémoslo.

Según la Ley Concursal, los convenios arbitrales suscritos por una Sociedad concursada no se ven, con carácter general, alterados por la declaración concursal, motivo por el que los mismos despliegan todos sus efectos, en particular, el efecto positivo de obligar a las partes a acudir al arbitraje como vía para solucionar sus controversias.

A la vista del citado artículo 140, claro que puede seguirse cualquier tipo de procedimiento arbitral contra una entidad concursada salvo que el juez, en las condiciones que indicaré, lo suspenda “antes de que comience el procedimiento arbitral”.

Conforme a ello, el juez del concurso puede excepcionalmente suspender los efectos de un convenio arbitral -o un arbitraje iniciado con posterioridad a la declaración de concurso de acreedores- si aprecia que el contrato puede suponer un perjuicio para la tramitación del concurso de acreedores.

Ahora bien, ¿qué se entiende -o se debe entender- por perjuicio para la tramitación del concurso? ¿Existe normativa internacional que lo regula o algún condicionante en la legislación española? ¿Y qué se debe entender, entonces, como prejuicio para la tramitación del concurso?



El Convenio de Nueva York 10 de junio 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, únicamente regula las cuestiones relacionadas con el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero, tales como el reconocimiento y la validez formal del convenio arbitral y un régimen de declinatoria preferencial, mientras el Convenio de Ginebra de 21 de abril 1961 se centra en los aspectos organizativos del arbitraje institucional o arbitraje ad hoc, la elección del árbitro, la determinación del lugar sede del arbitraje y la fijación de las normas que deben regir la actuación de los árbitro. Es decir, ninguno de los convenios analiza la materia que estamos analizando, por lo que tendrá los efectos que la Ley Concursal española establezca.

En efecto, el Reglamento Europeo Insolvencia, que sería de aplicación entre miembros de la Comisión Europea, se somete a la Ley del Estado que haya abierto el concurso: *lex fori concursus*. (Reglamento UE 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia). Así, en su considerando 66 se avanza la regla general de la aplicación de la *lex concursus* (la del Estado Miembro en que se haya abierto el procedimiento) que determinará todos los efectos del procedimiento de insolvencia, tanto procesales como materiales, sobre las personas y las relaciones jurídicas implicadas. Y el artículo 7 (antiguo art. 4) indica en su apartado 1, en sintonía con el considerando 66, que la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y sus efectos (que han de ser reconocidos en el resto de Estados miembros-arts. 19 y 20-) será, salvo disposición en contra, del Reglamento Europeo la *lex concursus*, especificando en el apartado 2 que dicha ley determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular, y en lo que ahora interesa:

- los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos vigentes en los que el deudor sea parte; y
- los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales, con excepción de los procesos en curso.

La Exposición de Motivos de la Ley 11/2011 de 20 de mayo, antes citada, afirma que la reforma del artículo 52.1 (sustituido por el artículo 140 del texto refundido de la Ley Concursal) pretendía mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso. Es el caso, entre otras, las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de



un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal y los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura. No obstante, lo anterior, se faculta al órgano jurisdiccional competente, para suspender de efectos los pactos o convenio arbitrales previamente suscritos, si entendiese que los mismos pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso².

Sin embargo, se advierte un obstáculo de naturaleza procesal pues se refiere “para la tramitación” y no “para el concurso”; por otra parte, no se puede identificar con las costas de los Abogados o las consecuencias económicas propiamente dichas, cuestiones sobre las que nada dice el artículo 140 del Texto Refundido de la Ley Concursal que pretendía resolverlas. Podría entenderse, en principio, como cualquier obstáculo para el interés de la masa y de sus acreedores.

En efecto, el perjuicio previsto en la Ley Concursal no se corresponde con el interés del concursado ni el de sus acreedores, sino con la ordenada tramitación del concurso de acreedores. De esa forma parece que solo una eventual injerencia en la tramitación del proceso concursal derivada de la aplicación del convenio arbitral podría justificar la excepcional suspensión de efectos de un convenio arbitral.

Siendo materia de interpretación del Juez del concurso, deberá reconocerse que no se le facilita la labor porque si se tratara solo de una cuestión procesal parecería evidente que se pudiera controlar por él mismo, pero si se condiciona a la tramitación del concurso y no se aclara, pudiendo alcanzar a las costas, honorarios de Abogado, normativa de otros países..., la aplicación comienza a debilitarse.

Tal es así que hasta la fecha en España, como sucedió en el caso de David Guetta, ha habido decisiones judiciales para todos los gustos:

- a) “la carencia o insuficiencia de medios económicos para afrontar el coste del procedimiento arbitral (...) no es una razón jurídica válida para establecer la ineficacia del convenio arbitral”. (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de abril de 2009);

2 Ana Belén Campanario: “Efectos del concurso sobre el arbitraje”, NUNTIA, octubre 2019

- b) queda “en manos del Juez del concurso el decidir si tal suspensión de efectos del pacto arbitral se produce o no, pero ese caso deberá atender a circunstancias procedimentales en aras a una ordenada, rápida y coordinada tramitación del concurso” (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 2 de septiembre de 2014);
- c) acordando la suspensión del arbitraje iniciado con posterioridad a la declaración del concurso sin necesidad de alcanzar ni conocer el prejuicio, porque este requisito solo es exigible para “el convenio arbitral pero no al procedimiento arbitral propiamente dichos” (Auto del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, de fecha 20 de febrero de 2018);
- d) denegando la suspensión porque es posible iniciar el arbitraje tras la declaración del concurso, siempre y cuando el convenio arbitral y el procedimiento arbitral no ocasione un perjuicio para la tramitación del concurso (Auto del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 30 de Julio de 2018);
- e) “quedó claro que la voluntad del legislador es dar validez y eficacia plena a los convenios arbitrales iniciados por la concursada por terceros debiendo estar a lo pactado por las partes. El que la eventual reclamación derivada del arbitraje resulte más o menos costosa, proyecte más ventajas patrimoniales o de otra índole en el concurso no es indicativo ni determina la procedencia de dejar sin efecto el convenio arbitral” (Auto del Juzgado de Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 2 de septiembre de 2013);
- f) “lo que debe resultar perjudicado, según el tenor de la norma, es la tramitación del concurso” (Auto del Juzgado Mercantil de Madrid de 21 de noviembre de 2016); y
- g) decidiendo que el “perjuicio para la tramitación del concurso no debería entenderse en un sentido meramente adjetivo, procesal abstracto”, sino vinculado al “sentido, finalidad, utilidad y eficacia del procedimiento concursal,” pues la ley habla de “perjuicios para la tramitación” y no de “perjuicios para el concurso”, lo que supondría a su vez que “este eventual perjuicio no podría identificarse con los costes de arbitraje o las consecuencias económicas para el concurso o los acreedores” (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Santander de 30 de septiembre de 2019).



Más reciente la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1^a del 18 de enero de 2023, autorizó la suspensión por entender que podía suponer un perjuicio para la tramitación del concurso al haberse prescindido del trámite de audiencia.

Suspensión que debe significarse que tiene carácter excepcional y restrictivo pues:

- Implica modificar la autonomía de la voluntad de las partes (1255 cc).
- El Reglamento Europeo Insolvencia establece la necesidad de respetar las competencias de otros órganos jurisdiccionales para las cuestiones que no guarden conexión/vinculación con el Arbitraje (materia extraconcursales).
- Y porque deben mantenerse aquellas cuestiones que pudiendo afectar al concurso pueden plantearse con independencia al propio concurso.

Una cuestión a tener en cuenta para evitar esa aplicación de la norma española es el carácter del arbitraje pues si las partes tienen domicilios en Estados diferentes, el lugar del cumplimiento sustancial de las obligaciones o el lugar donde se genera la controversia o se someten a arbitraje está fuera de España será calificado como arbitraje internacional, y, en este caso, deberá tenerse en cuenta que el artículo 140 dispone que “queda a salvo lo establecido en los tratados internacionales”.

Si se puede acordar la suspensión “antes de que se inicie el procedimiento arbitral” debe aclararse cuándo se entiende iniciado: cuando se acude al Tribunal Arbitral y se insta el arbitraje, no cuando se notifica al demandado en el arbitraje el inicio del mismo, tal y como se colige del artículo 27 de la Ley Arbitral española y como ha resuelto la Jurisprudencia.

Concluyo diciendo que si el laudo se ha dictado deberá constar en la lista de acreedores dándole el tratamiento concursal correspondiente, aunque no sea firme, pudiéndose impugnar ante el juez los convenios y procedimientos arbitrales en los que se entienda hubo fraude (140.4 texto refundido de la Ley Concursal).

En definitiva, es una materia dispositiva por el Juzgado del concurso que genera inseguridad jurídica para, por lo menos, una de las partes que, en cualquier caso, no parece la de mayor objeto de protección.



REESTRUCTURACIÓN Y VALORACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS

La actuación de los administradores societarios en las reestructuraciones preconcursales de la legislación española de insolvencia¹

ANA BELÉN CAMPUZANO*
España

1. CONSIDERACIÓN GENERAL

La legislación concursal española responde a determinados postulados de política legislativa que han ido variando a lo largo del transcurso del tiempo y

1. El trabajo se integra en el marco de las investigaciones desarrolladas en el Proyecto Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial PID2021-125466NB-I00 (financiado por MCIN/ AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE) y en el Grupo de Investigación de la Universidad San Pablo CEU Gobierno Corporativo y Gestión de Riesgos (G20/1-01) y de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña.

* Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo (Madrid, España). Vocal Permanente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho y Economía de CEU Escuela Internacional de Doctorado. Vicepresidenta Académica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Codirectora del Anuario de Derecho Concursal de la editorial Civitas. Coordinadora de la Colección Empresas y de la Colección Concursal de la editorial Tirant Lo Blanch. Investigadora Principal del Proyecto de Investigación Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial (PID2021-125466NB-I00), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/ AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE.).



que, en particular, han sido objeto de una profunda modificación tras la reforma del texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (TRLC), por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que transpone la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). La referida reforma del texto refundido de la Ley Concursal no sólo ha supuesto la incorporación al Derecho español de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019, sino que también se ha aprovechado para incluir en la legislación concursal modificaciones derivadas de la experiencia acumulada en la aplicación de la derogada Ley Concursal de 2003.

Desde una perspectiva sistemática, el texto refundido de la Ley Concursal incluye ahora un libro segundo de Derecho preconcursal, en el que se integran la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y los planes de reestructuración dirigidos a ser homologados judicialmente. La previsión de procedimientos de reestructuración en situaciones de crisis financieras o económicas no es una opción novedosa, al menos desde la óptica del análisis de la normativa europea y, en consonancia con ella, también de la legislación española de los últimos años. En particular, la reestructuración, vinculada a la recapitalización y resolución, se ha desarrollado en el ámbito de las entidades financieras y progresivamente en relación con empresas no financieras². En efecto, la reestructuración de empresas no financieras en crisis se ha ido plasmando en diversas disposiciones europeas, que han evolucionado

2 La recapitalización, reestructuración y/o resolución de entidades bancarias conformó una de las medidas asociadas a la gestión de la crisis de las entidades financieras. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, B. “Principios de reestructuración y resolución de entidades de crédito en España y Ley Concursal”, en Crisis y reforma del sistema financiero (A. Recalde / I. Tirado / A. Perdices), Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 249-263; MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. “La Ley 9/2012 de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito”, Revista de Derecho de Sociedades, núm. 40, 2013, págs. 489-517; PALOMAR OLMEDA, A. / CAMPUZANO, A.B. “La reestructuración y la resolución de las entidades de crédito”, en La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos (A. Martínez-Echevarría / A.B. Campuzano / R. Minguez), La Ley, Madrid, 2015, págs. 189-239; VÁZQUEZ LEPINETTE, T. “La Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito como derecho de excepción”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 30, 2013, págs. 181-194.



hacia la generalización de estos procedimientos. Así, el primer considerando de la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE) señala que *el objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía*. Mientras que el considerando 10 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia resalta que su ámbito de aplicación, *en particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios*.

En este proceso resulta decisiva la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). El objetivo de la Directiva, como señala en su primer considerando, es *contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva (...), eliminando tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad (...) y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración*. En este contexto, las legislaciones europeas han ido avanzando en las soluciones negociadas a las crisis empresariales, en el entendimiento de que las mismas procuran un marco de resolución más rápido y, en definitiva, eficiente a las mismas³.

3 Es previsible que en un futuro próximo se introduzcan nuevas modificaciones en la normativa concursal. Y ello porque en diciembre de 2022 se publicó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia. Dicha Propuesta persigue mejorar el grado

La invocación a la Directiva y el correspondiente proceso legislativo para su incorporación es el camino que ha seguido la legislación concursal española. La Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal ya destacaba en el momento de su publicación que *la imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado*. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad⁴. Ello supone un paso más en la evolución, y

de armonización de las legislaciones de insolvencia de los Estados miembros en ámbitos concretos, mientras que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, como destaca, es un instrumento de armonización específico que se centra en dos tipos específicos de procedimientos: los procedimientos previos a la insolvencia; y los procedimientos de exoneración de deudas para empresarios que han fracasado. Ambos procedimientos eran nuevos y no figuraban en los marcos nacionales de insolvencia de la mayoría de los Estados miembros. Los procedimientos de reestructuración preventiva [título II de la Directiva (UE) 2019/1023] son regímenes disponibles para los deudores en dificultades financieras antes de que se conviertan en insolventes, es decir, cuando la insolvencia sea inminente. Se basan en el hecho de que existe una posibilidad mucho mayor de salvar a las empresas en dificultades cuando estas pueden acceder a las herramientas para reestructurar sus deudas en un momento muy temprano, antes de convertirse definitivamente en insolventes. Las normas mínimas de armonización de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre los marcos de reestructuración preventiva solo se aplican a las empresas que aún no son insolventes y persiguen precisamente el objetivo de evitar procedimientos de insolvencia para empresas que aún pueden restablecer su viabilidad.

4 También se destacaba este proceso de reforma en el ámbito de las medidas concursales temporales adoptadas para paliar los efectos del COVID-19. Así, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre —que recogió estas medidas concursales temporales— fue sucesivamente modificada y prorrogadas temporalmente algunas de sus medidas, hasta que su ámbito temporal ha decaído. Pues bien, en una de esas modificaciones de la Ley (la operada por el Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo) se señalaba en su parte expositiva que articula la prórroga de moratorias... concursales, precisando que se extienden hasta finales de año las moratorias para el desencadenamiento automático de procesos concursales, con el fin



parece que consolidación, de las alternativas negociadas en el seno de lo que viene denominándose Derecho preconcursal, como vía para la resolución de las crisis empresariales. En este devenir se han ido perfilando aspectos tan esenciales de estas soluciones negociadas como la de su naturaleza en atención al presupuesto objetivo fijado —insolvencia probable, inminente y actual— y la necesaria viabilidad de la empresa. A partir de ahí, las herramientas para alcanzar la resolución de la crisis pueden ser diversas y simultáneas: refinanciar, reestructurar y/o reorganizar la deuda empresarial para superar la situación de dificultad económica o financiera.

La regulación del preconcurso es, en efecto, uno de los aspectos relevantes en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal operado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre⁵. Así, se introduce un nuevo modelo de preconcurso en el que

de dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la pandemia puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso. Además, se mantienen las mejoras de agilidad en el proceso concursal, mientras se completa la modernización del régimen concursal español en el marco de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Añadiendo que la moratoria concursal proporcionará el marco adecuado para abordar el proceso de análisis y refuerzo de los balances y de reestructuración financiera, en el curso de 2021, en paralelo con la modernización del marco concursal con ocasión de la transposición de la correspondiente Directiva. De esta manera, el conjunto de medidas contempladas en el Real Decreto-ley permitirá apoyar a las empresas con problemas de solvencia desde las situaciones más leves hasta las más severas, siempre con el objetivo de apoyar el mantenimiento de la actividad y el empleo.

5 Junto a este objetivo, la reforma, además, incorpora un procedimiento especial para microempresas (invocando la atención que la Directiva destaca deben procurar las legislaciones de insolvencia a micro y pequeñas y medianas empresas) e introduce diversas modificaciones en el concurso de acreedores, derivadas no sólo de la transposición de la Directiva, sino también de la experiencia acumulada en los últimos años de aplicación de nuestra legislación concursal. En este sentido, resultaban recurrentes las críticas a nuestro modelo tradicional de solución concursal —entendiendo por tal el consagrado en la derogada Ley Concursal de 2003— que, aunque partía de considerar el convenio como la solución normal del concurso había encontrado en la liquidación el modo habitual de finalización del mismo. La exposición de motivos de la Ley 16/2022 de reforma del texto refundido de la Ley Concursal considera que este es un error de concepción: la consideración de que el convenio es la «solución normal» del concurso, cuando la realidad demuestra que el convenio es solución excepcional. Más del noventa por ciento de los



los planes de reestructuración ocupan un lugar prevalente. El propio Preámbulo de la referida Ley 16/2022 los considera un *instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia o a superarla*, en cuya regulación se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo. En el régimen de los planes de reestructuración destaca la posibilidad, en los términos legales, de extender sus efectos a acreedores disidentes dentro de una clase, a clases enteras de acreedores disidentes o incluso a los socios, esto es, excepcionando con ello el juego de las reglas generales del Derecho civil o mercantil⁶.

concursos tramitados finalizan por liquidación. Si ésta es la consideración general del convenio, ni que decir tiene que las expectativas creadas respecto al convenio anticipado —que la reforma del texto refundido de la Ley Concursal de septiembre de 2022 suprime, como consecuencia lógica de la articulación de un derecho preconcursal— nunca llegaron a cumplirse. En todo caso, la supresión del convenio anticipado en favor de los planes de reestructuración no supone que el fracaso de la reestructuración conduzca siempre necesariamente a la liquidación concursal. Ciertamente, permitir tras este fracaso la opción del convenio frente a la liquidación tiene el gran inconveniente de retrasar —quizás más de lo deseable— la apertura del procedimiento de liquidación. No obstante, subyace en la reforma proyectada la voluntad de dar prevalencia a las soluciones negociadas —se entiende, siempre que haya viabilidad— y configurarlas en ciertos términos de equivalencia, es decir, procurando no situar en mejores condiciones a una herramienta sobre otra, lo que suele derivar en el uso de la mejor tratada en detrimento de la peor considerada (en términos técnicos o de consecución de la misma). Por otro lado, las críticas a la liquidación concursal se extienden también respecto al coste temporal —con demasiada frecuencia se llega “tarde” al procedimiento de liquidación— y en cuanto al propio proceso liquidativo —lento y costoso—. En buena medida considera la reforma que el exceso de procesalismo y de judicialismo impide un proceso más ágil y eficiente que, en definitiva, conforma uno de los objetivos de las modificaciones contempladas en el proceso concursal.

6 Es lo que diversos autores han calificado como cambio de modelo, al menos para grandes (y medianas) empresas: los acreedores se pueden quedar con todo o parte del negocio (en insolvencia actual e inminente). Ahora bien, también se ha destacado que uno de los riesgos del modelo es que se propicien conductas expropiatorias por parte de los acreedores, lo que requiere que se incorporen ciertas garantías y salvaguardas (principalmente, identificadas con el presupuesto objetivo de la reestructuración y con el valor que se asegura a los acreedores). GARCIMARTÍN, F. “La reforma del Derecho preconcursal: algunas reflexiones sobre sus fundamentos”, en *La reestructuración como solución de las empresas viables* (Díaz Moreno / León Sanz / Brenes Cortés / Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 33-61, en particular págs. 37-39. PULGAR, J. “Los nuevos planes de reestructuración: un año de aplicación práctica”, *Diario La Ley*, núm. 10374, 2023 y “Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor



En particular, en el ámbito del deudor persona jurídica, el planteamiento legal arranca de una cierta identificación entre la sociedad (el deudor persona jurídica) y sus socios. Y aunque la propuesta de planes de reestructuración parte de la negociación entre el deudor persona jurídica (a través de su órgano de administración) y los acreedores -con los efectos correspondientes sobre acreedores afectados y socios- procede plantearse cuál es la actuación de este deudor persona jurídica en dicho proceso de negociación, en cuanto los planes de reestructuración no implican el desapoderamiento del deudor y éste ha de diferenciarse de las personas de los socios, no sólo desde una perspectiva conceptual, sino también desde la óptica del deber de los administradores de las personas jurídicas de actuar en defensa del interés social (que no es siempre coincidente con el interés de los socios)⁷.

2. LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSALES

2.1. Los marcos de reestructuración preventiva: las alertas tempranas y la probabilidad de insolvencia

La incorporación de un nuevo procedimiento para atender dificultades financieras, económicas o patrimoniales puede ir acompañada también de la determinación de su presupuesto objetivo. En estos casos, se define el estado de insolvencia que permite el acceso al procedimiento y se establecen los principios y funciones que informan la concreta regulación que finalmente se adopte, porque en la tensión legislativa entre unidad o diversidad de procedimientos para afrontar las crisis económicas y financieras, esta última es la que en los últimos tiempos se está reforzando, aunque entre esos diversos procedimientos haya puntos o aspectos comunes e incluso en ocasiones una posible consecución de uno a otro. En esa medida, algunos procedimientos pueden resultar más o menos idóneos en atención al grado de deterioro financiero o económico del deudor.

interés de los acreedores”, Revista de Derecho Mercantil, núm. 323, enero-marzo 2022; MARTÍNEZ MUÑOZ, M. “La reestructuración forzosa”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 58 extraordinario, 2023, págs. 385-412.

7 RECAMÁN, E. “La transposición de la Directiva 2019/1023 y su influencia en el estatuto jurídico del administrador en la crisis en España”, en Reestructuración de empresas y exoneración de deuda en Portugal y España (De Soveral Martins / Gómez Asensio), Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2023, págs. 157-176 (https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte04_2).

A partir de ahí, es recurrente la consideración de que es necesario atender a las dificultades económicas del deudor con prontitud, para que las medidas que se adopten tengan mayor posibilidad de resultar exitosas. Ese principio de “alertas tempranas” informa la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio⁸. La Ley 16/2022 de reforma concursal incide en que lo tiene en cuenta, incorporando lo que considera como *algunos mecanismos de alerta temprana que permitan al deudor responsable detectar la necesidad de actuar para evitar o para encauzar la insolvencia*. No obstante, la opción legislativa en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal es notoriamente reducida en lo que a la inclusión de alertas tempranas se refiere, conformándose con incorporar el estado de insolvencia probable (probabilidad de insolvencia) que, además, convive con la insolvencia inminente y actual en el ámbito del preconcurso; el preconcurso podría haberse configurado como una alternativa realmente previa al concurso, pero, sin embargo, se ha optado por admitirlo tanto en caso de insolvencia probable como de insolvencia inminente y actual.

En estos términos se incorpora en la legislación concursal la probabilidad de insolvencia como estado previo a la insolvencia inminente y a la actual, vinculada fundamentalmente con el derecho preconcursal -aunque el preconcurso también sea posible en caso de insolvencia inminente y actual- e integrándose también la probabilidad de insolvencia en el presupuesto objetivo del procedimiento especial para microempresas y en el concurso de acreedores en el supuesto de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva (en ambas también se contempla la insolvencia inminente y actual). La característica principal de la probabilidad de insolvencia recogida en la normativa concursal es su determinación temporal; en términos objetivos indica la Ley 16/2022 de 5 de septiembre. Ahora bien, la Directiva sobre reestructuración

8 ROJO, A. “La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 42, 2017, págs. 99-111; MARTIN ZAMORA, M.P. / HERNÁNDEZ LINARES, R. “Anticiparse a la insolvencia empresarial. Los mecanismos de alerta temprana”, en La reestructuración como solución de las empresas viables (Díaz Moreno / León Sanz / Brenes Cortés / Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 113-139; MORAL ESCUDERO, J. “Alertas tempranas y estadística concursal en el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal”, Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones, núm. 3 extraordinario, 2021, págs. 23-46; VIÑUELAS SANZ, M. “Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 56, págs. 149-202.



e insolvencia de 2019 no se centra específicamente en la probabilidad de insolvencia, sino en la detección temprana de las dificultades financieras y en la adopción de los procedimientos más adecuados para abordarlas, como medio para evitar con mayor probabilidad una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, para lograr un procedimiento de liquidación más ordenado y eficiente.

En efecto, los mecanismos o herramientas de alerta temprana constituyen uno de los aspectos más relevantes de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019, que parte de que los marcos de reestructuración preventiva persiguen, ante todo, una reestructuración efectiva de los deudores con dificultades financieras en un momento temprano. Y, aunque el espíritu de la Directiva es que esa detección o alarma temprana sea previa a la situación de insolvencia, no faltan las referencias a la insolvencia inminente, al menos en la traducción española que se ha generalizado. La Directiva alude en diversas ocasiones a marcos de reestructuración preventiva temprana que eviten la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables y evitando, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. Como se destaca, cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación. Por ello, se incide en la necesidad de facilitar información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva a los que puede acudir el deudor a tiempo aún de adoptar medidas eficientes frente a sus dificultades financieras. Todo mecanismo que se implemente y sirva al objeto de esta alerta temprana –público o privado- redundará en un mayor éxito de la reestructuración, aunque la Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración derivados de dichas herramientas de alerta temprana. En este sentido, se pretende que el marco o marcos de reestructuración esté disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la legislación de cada Estado, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implica normalmente un total desapoderamiento –o, al menos, un relevante desapoderamiento- del deudor y el nombramiento de un administrador concursal. No obstante, si se atiende a la literalidad con



la que en el articulado de la Directiva se inicia el régimen de la disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva, también se aprecia que se incide en que los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial⁹.

No cabe duda, en todo caso, de que el objetivo es detectar las dificultades financieras con la mayor antelación posible, evitando que éstas se pongan de manifiesto cuando la insolvencia es ya actual. Pero no se rechazan los marcos de reestructuración preventiva en relación con la insolvencia inminente, teniendo en cuenta que ambos conceptos o “estados” se definen por la legislación de cada Estado. De hecho, las obligaciones de los administradores sociales que establece la Directiva (art. 19) se vinculan con la insolvencia inminente: los Estados se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

Las amplias y flexibles consideraciones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia dejan amplio margen, por tanto, a los Estados para configurar el marco de los procedimientos. Por ello, el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal considera, respecto al presupuesto objetivo, que la especialidad de los marcos de reestructuración temprana es para la Directiva la probabilidad de insolvencia. Así, destaca que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia exige que los Estados miembros establezcan “herramientas de alerta temprana” para que el deudor, detectada la probabilidad de insolvencia, pueda actuar sin demora a fin de

9 AHEDO PEÑA, O. “Marcos de reestructuración preventiva: regulación”, Unión Europea Aranzadi, núm. 8-9, 2019; ETXARANDIO HERRERA, E. “Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos”, Unión Europea Aranzadi, núm. 8-9, 2019; GARNACHO CABANILLAS, L. “La reestructuración preconcursal de deudas desde una perspectiva interna y comunitaria”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 53, 2021, págs. 47-88; HERBOSA MARTÍNEZ, I. / ARENAS ALEGRÍA, C.C. “La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)”, Unión Europea Aranzadi, núm. 8-9, 2019; LADO CASTRO-RIAL, C. “Líneas esenciales de la Directiva”, Unión Europea Aranzadi, núm. 8-9, 2019.



evitar que esa mera probabilidad se convierta en insolvencia actual. Ciertamente, la reforma del texto refundido de la Ley Concursal alude a esas alertas tempranas, pero, en puridad, no parece que las que incorpora (servicios de asesoramiento, web de autodiagnóstico de salud empresarial, posición de riesgo suministrada por el Colegio de Registradores, advertencia en caso de ejecución judicial) puedan asegurar esa detección temprana de las dificultades financieras (finalmente, no se han acogido otras medidas de alerta temprana vinculadas a impagos impositivos o de cuotas que podrían haber procurado mayor alcance a esa detección temprana de dificultades).

Pues bien, en ese marco se conforman legalmente los estados de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y ésta un estado previo a la insolvencia actual. El alcance de esos estados se diseña en la Ley Concursal con flexibilidad. Mientras que el acceso al concurso de acreedores requiere insolvencia inminente o actual -además de la insolvencia cualificada en el caso de que sean los acreedores los que vayan a instar el concurso y de que en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva se contemple también la probabilidad de insolvencia- la opción por un instrumento preconcursal dispone de un presupuesto objetivo específico, la probabilidad de insolvencia, pero no se restringe el acceso en situación de insolvencia inminente o actual. A este respecto, el Preámbulo de la Ley 16/2022 incide en que, ciertamente, la Directiva no establece como preuestos del preconcurso los mismos presupuestos del concurso de acreedores, sino uno específico; pero no prohíbe esa extensión. En la consideración legislativa esta opción flexible permite, mientras que la empresa sea económicamente viable, la reestructuración para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal. De manera que en el preconcurso el presupuesto objetivo abarca desde la probabilidad de insolvencia, a la insolvencia inminente y actual. La opción legislativa es clara, pero ello no es óbice para que, de nuevo, se haya perdido la oportunidad de construir un derecho preconcursal realmente previo -y no también alternativo- al concurso de acreedores¹⁰.

10 Es lo que ha venido en denominarse polivalencia funcional, “función de evitación de la insolvencia” y “función de solución de la insolvencia”, vid. ROJO, A. “La conversión de créditos en acciones o participaciones en los planes de reestructuración”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 58 monográfico, 2022, págs. 205-252, en particular págs. 206-210. En

De un lado, la delimitación de la insolvencia inminente y de la insolvencia actual se remite a los términos en los que se contempla en el concurso de acreedores. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Esta delimitación temporal del estado de insolvencia inminente -tres meses- procede también de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, ya que con anterioridad dicho estado se contemplaba, pero sin determinación temporal¹¹.

todo caso, esta opción incorporada a nuestra legislación concursal, cuando menos, ha de considerarse que se aleja del espíritu de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia. En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, de 7 de diciembre de 2022, se señala que la Directiva (UE) 2019/1023 es un instrumento de armonización específico que se centra en dos tipos específicos de procedimientos: los procedimientos previos a la insolvencia; y los procedimientos de exoneración de deudas para empresarios que han fracasado. Ambos procedimientos eran nuevos y no figuraban en los marcos nacionales de insolvencia de la mayoría de los Estados miembros. Los procedimientos de reestructuración preventiva [título II de la Directiva (UE) 2019/1023] son regímenes disponibles para los deudores en dificultades financieras antes de que se conviertan en insolventes, es decir, cuando la insolvencia sea inminente. Se basan en el hecho de que existe una posibilidad mucho mayor de salvar a las empresas en dificultades cuando estas pueden acceder a las herramientas para reestructurar sus deudas en un momento muy temprano, antes de convertirse definitivamente en insolventes. Las normas mínimas de armonización de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre los marcos de reestructuración preventiva solo se aplican a las empresas que aún no son insolventes y persiguen precisamente el objetivo de evitar procedimientos de insolvencia para empresas que aún pueden restablecer su viabilidad.

11 Las dificultades interpretativas que se planteaban por la ausencia de determinación temporal del estado de insolvencia inminente se destacan en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15^a, de 25 de noviembre de 2020: (...) 5. La insolvencia es inminente cuando aún no se ha producido la imposibilidad del regular cumplimiento de las obligaciones, pero el deudor prevea que se producirá en un futuro próximo. Los términos literales en los que el legislador se refiere a la insolvencia inminente parecen dar a entender que es el deudor quien únicamente está facultado para apreciarla. No obstante, si se considera que la declaración en concurso comporta evidentes beneficios para el deudor (interrupción del curso de los intereses, paralización de ejecuciones, etc.), no puede interpretarse que se haya querido dejar a la exclusiva voluntad del propio deudor la apreciación de esa circunstancia. Por ello la doctrina propone una interpretación del requisito de la previsibilidad de la insolvencia en términos objetivos, de forma que el juez estará facultado para en cada caso decidir si efectivamente existe la insolvencia inminente. 6. Ninguna referencia hace el legislador al lapso temporal al que puede estar referida la inminencia. Ante ello es preciso acudir como único criterio delimitativo de la inminencia a una correcta apreciación de la previsibilidad del incumplimiento. La misma debe resultar



Mientras que se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. La insolvencia actual es, pues, la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida que venzan y sean exigibles por los acreedores¹². De otro lado, la definición de probabilidad de insolvencia se incluye en el ámbito del derecho preconcursal y de ahí resulta extrapolable al procedimiento especial para microempresas y a la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva. Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años¹³.

de datos inequívocos respecto a la evolución de las cuentas del deudor. Y puede existir un pronóstico muy sólido realizado dentro de un lapso de tiempo largo, como ocurriría en el caso de la empresa cuyo único negocio está constituido por la concesión de una marca desde que sabe que ha perdido el derecho que explota. En cualquier caso, lo que es exigible es que el juicio de pronóstico se apoye en datos objetivos, no en meras especulaciones. No está definido el grado de “inminencia” que es exigible para que se pueda instar el concurso con fundamento en este presupuesto. No obstante, hay que estimar que la previsión de insolvencia se sitúa en un plazo relativamente próximo. Como indicios reveladores de esa inminencia se han señalado los siguientes: la situación de pérdidas graves que hayan situado a la sociedad en causa de disolución, una brusca disminución de la cifra de negocio, entre otras muchas (...).

- 12 ROJO, A. “Presupuesto objetivo”, en Comentario de la Ley Concursal (Rojo / Beltrán), Vol. I, Civitas, Madrid, 2006, págs. 164-193; BELTRÁN, E. “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 11, 2007, págs. 29-52; CAMPUZANO, A.B. “Los estados de insolvencia”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 58 monográfico, 2022, págs. 15-46; MUÑOZ PAREDES, A. “Pérdidas e insolvencia en el Proyecto de reforma de la Ley Concursal”, Diario La Ley, núm. 10008, 2022;
- 13 El Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal manifiesta que la definición de probabilidad de insolvencia se hace en términos objetivos: la definición recogida en la Ley permite que la reestructuración se lleve a cabo en una fase temprana, reduciendo la pérdida de valor empresarial y el consiguiente perjuicio para los acreedores y para el propio deudor. Para ello se opta por el modelo alemán, fijando un horizonte temporal dentro del que se prevé se van a materializar los incumplimientos de las obligaciones del deudor. En este sentido, se establece que se encuentra en probabilidad de insolvencia el deudor que no va a poder cumplir las obligaciones que venzan en los próximos dos años. FACHAL, N. “¿Qué debemos entender por probabilidad de insolvencia a los efectos de realizar la comunicación de apertura de negociaciones o solicitar la homologación de un plan de reestructuración?, La Ley Insolvencia, núm. 9, 2022.

2.2. El preconcurso: la comunicación de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración

La legislación concursal española, en el ámbito del Derecho preconcursal, incluye la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y los planes de reestructuración dirigidos a ser homologados judicialmente¹⁴. Se trata de dos procedimientos de derecho preconcursal estrechamente relacionados, aunque no de forma absoluta, dado que no es imprescindible que se utilicen de forma conjunta. En efecto, es posible efectuar la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración¹⁵. Las previsiones legales se recogen para grandes y

14 En ambos casos, puede tener la consideración de individual o conjunta. La posibilidad de presentar una comunicación conjunta conforma una novedad en el régimen de la comunicación de negociaciones, especialmente en el caso de que abarque a varias sociedades dentro de un grupo. Esta presentación de comunicación conjunta se reconoce a las personas que pueden solicitar la declaración conjunta de los respectivos concursos de acreedores (arts. 38 a 40 TRLC), que, por lo demás, deberá reunir los presupuestos de la comunicación individual (art. 585 TRLC) y presentarse por los mismos medios que ésta, con algunas especialidades (art. 587 TRLC). En todo caso, la comunicación conjunta es una facultad -podrá- que se reconoce a las personas que pueden solicitar la declaración conjunta de los respectivos concursos de acreedores. Ahora bien, de la presentación de una comunicación conjunta deriva un efecto propio, relacionado con los llamados planes conjuntos de reestructuración (art. 642 TRLC). Así, los deudores que hubieran efectuado una comunicación conjunta pueden solicitar bien la homologación individual o conjunta de los respectivos planes de reestructuración o de alguno de ellos, bien la homologación de un plan conjunto de reestructuración. En el caso de solicitud de homologación conjunta de distintos planes de reestructuración o de homologación o de un plan conjunto de reestructuración, los requisitos para la homologación deberán cumplirse en relación con cada uno de los deudores. A ello se añade que en los supuestos de nombramiento obligatorio de experto en la reestructuración (art. 672 TRLC) -obligatorio porque no queda a la discrecionalidad judicial considerar y motivar la necesidad de este nombramiento, sino que el juez debe proceder en todo caso al nombramiento si el propuesto cumple las condiciones, experiencia y requisitos legales para el desempeño- en el caso de comunicación conjunta o de planes conjuntos de reestructuración, es posible designar el mismo experto para todos los deudores afectados. Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Barcelona de 12 de abril de 2023.

15 De hecho, se prevé que, si se estuviera negociando un plan de reestructuración sin comunicación previa, la solicitud de concurso presentada por el deudor puede ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por



medianas empresas en el régimen general (arts. 583 a 681 TRLC), mientras que para pequeñas empresas, que se delimitan legalmente atendiendo al número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior y al volumen de negocios anual o balance general anual, se establecen reglas especiales (arts. 682 a 684 TRLC)¹⁶.

El Preámbulo de la Ley 16/2022 señala que las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente, aunque, en puridad, es el preconcurso -comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y planes de reestructuración que vayan a ser homologados- el que queda sujeto a insolvencia probable, inminente e incluso actual. Con esta opción de derecho preconcursal se permite actuar antes de que el deudor esté en insolvencia (tratando de evitar que las dificultades económicas y financieras del deudor se agraven hasta constituir insolvencia), pero también acoge estos instrumentos como alternativas al concurso de acreedores. No se trata sólo de que el deudor reaccione antes de que su situación se agrave y deba acudir al concurso -insolvencia probable- cuanto de que pueda dar solución al estado de insolvencia -inminente o actual- a través de un procedimiento distinto al concurso de acreedores. Desde esa perspectiva, en ambos instrumentos de derecho preconcursal -comunicación de negociaciones con los acreedores y planes de reestructuración- se delimita el presupuesto subjetivo y el objetivo.

Respecto al presupuesto subjetivo, el derecho preconcursal queda restringido a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional. A partir de ahí, cualquier persona natural o jurídica que

parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado. Esta suspensión se levantará transcurrido un mes si los acreedores no hubieran presentado la solicitud de homologación del plan de reestructuración. No obstante, esta previsión no será aplicable cuando el deudor sea una persona natural o una sociedad cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales.

16 GARCIMARTÍN, F. "El Derecho preconcursal: una visión general", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 57, 2022, págs. 9-49; GUILLAMON, M. / SERRANO, A. / PICAZO, J.C. "Reestructuración de deuda y preconcurso, prepack y otras salidas a la insolvencia en la transposición de la Directiva sobre reestructuraciones e insolvencia", en *Retos empresariales en la post pandemia (Forteá Gorbe / Blanco García Lomas)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022; VICENT CHULIÁ, F. "Lección 20^a. Derecho concursal, preconcursal y paraconcursal", *Introducción al Derecho Mercantil*, 24^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

realice una actividad empresarial o profesional pueda efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración (art. 583.1 TRLC). Ciertamente, el diseño legal faculta al deudor para poner en marcha los referidos mecanismos preconcursales en los términos indicados -comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración- aunque en sede de planes de reestructuración también se confiere a los acreedores que reúnan determinado porcentaje de pasivo algunas opciones de actuación, principalmente vinculadas con la solicitud de nombramiento de experto. De manera que la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o la solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración se configura como una facultad del deudor, mientras que en la solicitud de nombramiento y de sustitución de experto que se contempla en los planes de reestructuración se da entrada a la actuación de los acreedores que detenten determinados porcentajes de pasivo¹⁷.

Por lo que respecta a la determinación del presupuesto objetivo, también se incluye en el inicio del libro segundo de la Ley Concursal dedicado al preconcurso, de forma previa a la delimitación del alcance y efectos de la comunicación de negociaciones con los acreedores y de los planes de reestructuración y su homologación. Los mecanismos preconcursales así configurados -comunicación de negociaciones con los acreedores y homologación de un plan de reestructuración- se vinculan a la iniciativa del deudor y requieren que concurra el presupuesto objetivo, es decir, que se encuentre en estado de insolvencia probable, inminente o actual. De nuevo la delimitación se proyecta sobre la

17 La delimitación del presupuesto subjetivo se completa con una amplia lista de deudores que quedan excluidos: empresas de seguros o de reaseguros, entidades de crédito, empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores y otras entidades y entes financieros. Igualmente, en este presupuesto subjetivo tampoco se incluyen las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público, ni los deudores que reúnan la condición legal de microempresas que quedan obligatoriamente sujetas al procedimiento especial que recoge el libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal. TIRADO MARTÍ, I. “El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial”, Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones, núm. 3 extraordinario, 2021, págs. 211-253; VELA PÉREZ, J. “El procedimiento especial de microempresas”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 58 monográfico, 2022, págs. 475-510.



comunicación de negociaciones con los acreedores o la homologación de un plan de reestructuración, y no sin más sobre los planes de reestructuración, en los que concurren las cuestiones ya apuntadas de posible solicitud de nombramiento y sustitución de experto por parte de acreedores, sin perjuicio de que la función principal del experto se encamine a que el deudor y los acreedores alcancen un plan de reestructuración que pueda ser homologado. No en vano los planes de reestructuración que quedan sujetos a las previsiones de la Ley Concursal son aquellos que prevean una extensión de sus efectos frente a acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan y los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan (sin perjuicio de que también se disponga que, con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan de reestructuración, también quedan sujetos los planes de reestructuración cuando los interesados pretendan proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación preferencias de cobro). A lo que cabe añadir que la comunicación de existencia o de inicio de negociaciones con los acreedores lo es a los efectos de alcanzar un plan de reestructuración que permita al deudor superar la situación en que se encuentra.

La determinación del presupuesto objetivo del preconcurso, comunicación de negociaciones con los acreedores y homologación de planes de reestructuración, no impide que, una vez se entra en la regulación de ambos institutos preconcursales, se reitere, y se matice, este amplio presupuesto objetivo. Las precisiones se incorporan en los supuestos de insolvencia inminente y actual. La opción legislativa permite el recurso al derecho preconcursal también en estado de insolvencia inminente y actual, pero en estos estados la reestructuración puede ser, en gran medida, impuesta, no sólo a los acreedores disidentes (para lo que se prevén reglas de protección del valor que han de recibir, en atención a que el plan sea consensual o no) y a los socios, sino también a la sociedad. Que ello suceda en estado de insolvencia actual no resulta sorprendente -este es el estado “menos idóneo” para una reestructuración en los términos pretendidos en la Directiva- pero que también pueda producirse en estado de insolvencia inminente resulta más singular. Aunque la insolvencia inminente puede evolucionar con rapidez a una insolvencia actual, ciertamente ese estado de insolvencia inminente no parece que debiera procurar las mismas



consecuencias que el estado de insolvencia actual. No sólo por las referencias de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019 a este estado -sin entrar en si ello es consecuencia de una defectuosa traducción al español- sino porque en el sistema concursal español el deber de solicitar el concurso por parte del deudor no se vincula con la insolvencia inminente, sino únicamente con la insolvencia actual. Podría incluso llegar a concurrir la paradoja de que el deudor en insolvencia inminente se sitúe, al menos nominalmente, en peor situación en el preconcurso -por la equiparación entre insolvencia inminente y actual- que en el concurso de acreedores -en el que no existe un deber de solicitud en estado de insolvencia inminente, sino un derecho del deudor-.

En el caso de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores las previsiones legales parten de que en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, el deudor, sea persona natural o jurídica, podrá comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra. Precisando que el deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual podrá efectuar dicha comunicación en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. En esta comunicación al juzgado el deudor ha de expresar una serie de indicaciones, entre las que se encuentran, las razones que justifican la comunicación, con referencia al estado en que se encuentra, sea probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual¹⁸.

18 A diferencia de lo que sucedía en las primeras regulaciones de la comunicación de negociaciones con los acreedores, el texto refundido de la Ley Concursal contempla ahora un contenido más detallado de los extremos que la misma debe contener. Así, en la comunicación al juzgado se requiere que el deudor exprese toda una serie de datos e informaciones, más que alegaciones, que conformarán el fundamento de la comunicación que presenta. El término utilizado en la norma -expresará- sugiere que se trata de menciones de la comunicación que el deudor ha de incluir en la comunicación que presente. La expresión legal no impide que, además, se incluyan otras menciones o informaciones, aunque la revisión previa a la resolución del letrado de la administración judicial que la tenga por realizada se ciñe al examen de la competencia y de la corrección formal, se entiende, atendiendo al contenido de la comunicación requerido en la norma. Además, es importante destacar que aunque el contenido de esta comunicación en la previsión legal es amplio, la precisión de alguna de estas menciones no es exigible en este primer momento; singularmente, la resolución del letrado de la administración de justicia que ha de tener por efectuada la comunicación se dicta sin necesidad de que el



Por su parte, en los planes de reestructuración y de su procedimiento de homologación judicial también se determina de inicio con amplitud el presupuesto objetivo -que el deudor se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente e incluso de insolvencia actual- aunque existen matices

deudor acredite el estado en que se encuentre que hubiera alegado. Que el estado -de insolvencia- no resulte esencial para tener por presentada la comunicación es una muestra más de la flexibilidad con que el texto refundido de la Ley Concursal, tras su reforma por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, contempla la insolvencia a los efectos de permitir optar por un procedimiento u otro, en particular, cuando se trata de preconcurso. Además, ha de tenerse en cuenta que el contenido de la comunicación es subsanable. Así, se prevé expresamente al disponer que cuando el letrado de la administración de justicia estime que la comunicación presenta defectos, concederá al solicitante el plazo de dos días para que la subsane. Sólo si no se produce esta subsanación -porque no resulte posible (normas sobre competencia, condición del deudor para poder acceder a la comunicación o prohibición de presentar comunicación si se presentó otra en el plazo de un año) o porque no se lleve a cabo (defectos formales) el letrado de la administración de justicia dictará resolución teniéndola por no efectuada.

En todo caso, el artículo 586 establecen las concretas menciones que el deudor ha de expresar en la comunicación que presenta y que constituirán parte de lo que el letrado de la administración de justicia deberá de comprobar para tenerla por efectuada. No obstante, la comprobación de estas menciones es más formal -que se incluya esta información cuando así se requiere- que material, dado que al margen de la cuestión competencial y de la condición del deudor para poder acceder a la comunicación -persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional que no hubiera presentado otra comunicación en el plazo de un año- el resto de las menciones que conforman el contenido de la comunicación tienen su fundamento en la propia información y datos que procura el deudor y difícilmente en el plazo en el que ha de comprobarse la comunicación por el letrado de la administración de justicia para tenerse por efectuada puede llevarse a cabo otro tipo de comprobación. Desde esa consideración, en la comunicación al juzgado el deudor expresará, entre otras menciones, las razones que la justifican con referencia al estado de insolvencia en que se encuentre el deudor, probable, inminente o actual. Cabe entender que la comunicación habrá de indicar la situación patrimonial del deudor, con expresión de las circunstancias concurrentes y, en concreto, del estado de insolvencia probable, inminente o actual, precisando la existencia de negociaciones con los acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra (art. 585 TRLC). No obstante, la resolución del letrado de administración de justicia que, tras la presentación de la comunicación, la tenga por efectuada se dicta sin necesidad de que el deudor acredite el estado en que se encuentre que hubiera alegado (art. 588.3 TRLC), aunque no ha de olvidarse que en estado de insolvencia actual la comunicación sólo es posible si no se ha admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario (art. 585.2 TRLC). Por ello, se prevé que si a la fecha de la comunicación se hubiera admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario del deudor, la comunicación no producirá ningún efecto hasta que se resuelva esta solicitud (art. 588.4 TRLC).



atendiendo al concreto estado de insolvencia. Los planes de reestructuración se incorporan a la legislación concursal como instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, permitiendo que esta reestructuración pueda llevarse a cabo de forma temprana, lo que se considera aportará mayores probabilidades de éxito (además de contribuir a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso). Para ello, se contempla el recurso a los planes de reestructuración en una situación de insolvencia probable, previa a la insolvencia inminente, sin perjuicio de permitir también su uso en estado de insolvencia actual. Este diseño legal posibilita que el derecho preconcursal resulte idóneo para afrontar las dificultades financieras o económicas antes del estado de insolvencia -de una forma temprana- sin vedar por ello su uso cuando la situación sea ya de insolvencia (inminente o actual), aunque en estos supuestos ha de entenderse que la viabilidad debe resultar determinante. La viabilidad ha de ser condición de los marcos de reestructuración preventiva, como, en gran medida, es requisito de cualquier procedimiento que pretenda tener éxito reestructurando o refinanciando las dificultades financieras de un deudor¹⁹. En todo caso, el concepto legal de planes de reestructuración se caracteriza por su amplitud, distinguiéndose -por exigencia de la Directiva- los que se denominan

19 La falta de viabilidad no sólo conlleva el mantenimiento artificial de actividades o empresas inviables, sino que una reestructuración sin viabilidad o con serias dudas sobre la recuperación de esa viabilidad puede agravar aún más la situación, en detrimento de todos los interesados o afectados. Por ello, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019 contempla que los Estados miembros puedan mantener o introducir una prueba de viabilidad en virtud de la normativa nacional, siempre que dicha prueba tenga por finalidad excluir a los deudores que no tengan perspectivas de viabilidad y que pueda llevarse a cabo sin comprometer los activos de los deudores. La legislación concursal española no ha incluido esta prueba de viabilidad, lo que dificulta su determinación. Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, de 20 de noviembre de 2023, que en el supuesto enjuiciado valora que el plan de restructuración cuya homologación se pretende, si bien contiene medidas que se acomodan al contenido del artículo 614 del texto refundido de la Ley Concursal (esperas) y se han alcanzado las mayorías legales para su homologación (2/3), sin embargo, no cumple de manera "manifiesta" lo previsto en los artículos 633.10 y 638.2 al tratarse de una empresa que carece de actividad y tampoco se prevé que la vaya a reiniciar como consecuencia de la reestructuración. El presente plan está simplemente concebido como un mecanismo para gestionar los futuros cobros y pagos pendientes a fin de facilitar una extinción ordenada de la compañía, lo que excede del objeto y finalidad del instituto preconcursal regulado en el Libro segundo. Por todo lo anteriormente expuesto, deniego la homologación del presente plan de reestructuración al no cumplir los requisitos legalmente exigidos del artículo 633 y 638 del texto refundido de la Ley Concursal de manera manifiesta.



planes consensuales y planes no consensuales, considerándose que una de las mayores innovaciones es la posibilidad de homologar un plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, o incluso por los socios del deudor persona jurídica cuando el plan contenga medidas que requieran acuerdo de junta (plan no consensual). Esta amplitud también se acoge, con matices, en la determinación del presupuesto objetivo para la homologación judicial de un plan de reestructuración, de la que dependerán algunos efectos muy relevantes de la reestructuración²⁰.

Una de las reglas generales de la homologación de los planes de reestructuración, bajo la rúbrica de presupuesto objetivo, es que la homologación judicial del plan de reestructuración, aprobado de conformidad con las previsiones legales, se podrá solicitar cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia o en insolvencia inminente. Precisando que, cuando el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual, se podrá solicitar la homologación del plan siempre que no hubiera sido admitida a trámite solicitud de concurso necesario. A partir de ahí, el plan de reestructuración aprobado por todas las clases de acreedores para ser homologado debe reunir una serie de requisitos: que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual y el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo; que cumpla con los requisitos de contenido y de forma exigidos; que haya sido aprobado por todas las clases de créditos, por el deudor o, en su caso, por los socios; que los créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria; y que haya sido comunicado a todos los acreedores afectados. También puede ser homologado el plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos si ha sido aprobado por una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial o general; o, en su defecto, por al menos una clase que, de acuerdo con la clasificación de créditos

20 En el procedimiento de aprobación de los planes de reestructuración se prevé que cuando se solicite la homologación de un plan de reestructuración en estado de insolvencia actual o inminente de la sociedad deudora, los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o en la asunción de las nuevas participaciones, en particular cuando el plan prevea una reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal y simultáneamente el aumento del capital.



prevista, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento. En este caso, la homologación del plan requerirá que la solicitud vaya acompañada de un informe del experto en la reestructuración sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento. Además, si el deudor es persona natural la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por éste. Y, si el deudor es una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales. En caso de que estos socios no existieran, y el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar, aunque no haya sido aprobado por los socios, si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente. La Ley Concursal, como señala el Preámbulo de la Ley 16/2022, opta por una solución que se aparta de la hasta ahora vigente en el derecho español y reconoce el derecho de voto de los socios cuando el plan de reestructuración afecta a sus derechos, pero permite que, en caso de insolvencia actual o de insolvencia inminente, el plan de reestructuración se homologue en contra de su voluntad, lo que justifica para evitar conductas abusivas que, en la práctica, comporten una redistribución de valor en su beneficio y en perjuicio de los acreedores sin razones económicas que lo sustenten²¹.

En consonancia con estas previsiones, entre los motivos para la impugnación del auto de homologación del plan aprobado por todas las clases de créditos por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del mismo, se incluye que el deudor no se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual. Este motivo también podrá ser invocado para la impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases de créditos por los acreedores que no hayan votado a favor del plan, con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan. En fin, también los socios de la sociedad deudora que no hayan aprobado el

21 COHEN BENCHETRIT, A. “La posición del socio ante la reestructuración en el Anteproyecto de reforma concursal”, *La Ley Mercantil*, núm. 86, 2021; GARCÍA-VILLARRUBIA, M. “El papel del socio en la reestructuración”, en *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España* (Cohen Benchetrit), Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 1207-1250; THOMAS PUIG, P.M. “La homologación judicial de los planes de reestructuración”, *La Ley Mercantil*, núm. 92, 2022.



plan de reestructuración podrán impugnar el auto de homologación, entre otros motivos, invocando que el deudor no se encuentra en estado de insolvencia actual o de insolvencia inminente.

3. EL NO DESAPODERAMIENTO DEL DEUDOR EN LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL

El no desapoderamiento del deudor en el ámbito de los mecanismos preconcursales es una de las características que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019 considera vinculadas a la idoneidad de estas alternativas preconcursales y que acoge la reforma del texto refundido de la Ley Concursal. En efecto, el desapoderamiento del deudor se produce en el proceso concursal, mientras que en el preconcurso se parte de que no hay este desapoderamiento²².

Pues bien, la manifestación del texto refundido de la Ley Concursal es clara a este respecto. Lo es cuando regula el primero de esos mecanismos preconcursales, la comunicación de negociaciones con los acreedores, que no hay que olvidar que su fin es alcanzar un plan de reestructuración dirigido a ser homologado y que deja a iniciativa del deudor. Es el deudor, persona natural o jurídica, el que puede comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención

22 El artículo 5 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia es muy significativo a estos efectos, al referirse al deudor no desapoderado: 1. Los Estados miembros velarán por que el deudor que sea parte en los procedimientos de reestructuración preventiva conserve totalmente, o al menos en parte, el control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa. 2. Cuando sea necesario, el nombramiento, por una autoridad judicial o administrativa, de un administrador en materia de reestructuración se decidirá en cada caso concreto, excepto en determinadas circunstancias en las que los Estados miembros puedan requerir que en todos los casos se nombre obligatoriamente a dicho administrador. 3. Los Estados miembros establecerán disposiciones para el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, que asista al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan, al menos en los siguientes casos: a) cuando una autoridad judicial o administrativa acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares, de conformidad con el artículo 6, apartado 3, y la autoridad judicial o administrativa decida que dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes; b) cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de un mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, de conformidad con el artículo 11, o c) cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, siempre y cuando, en el último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración.



de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra, tanto en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, como en caso de insolvencia actual mientras no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. Esta facultad del deudor, en caso de persona jurídica, compete al órgano de administración que, en esta comunicación, puede también solicitar el nombramiento de experto en la reestructuración. Aunque el artículo 594 del texto refundido de la Ley Concursal lleve por rúbrica “regla general”, lo cierto es que su redacción no deja lugar a dudas de que la comunicación no altera la situación jurídica del deudor. Así, se dispone que la comunicación no tiene efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor²³. Es más, se puntualiza que el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. Esta última afirmación debe considerarse extensiva a todos los supuestos en los que el juez nombra un experto en la reestructuración. En esa medida, es evidente que continuarán aplicándose las normas por las que se rija el concreto deudor persona jurídica que, por otro lado, salvo las cuestiones que excepciona la Ley Concursal, son con frecuencia invocadas por la propia normativa concursal para declararlas aplicables.

En efecto, el concurso de acreedores es un proceso largo y complejo que tiene importantes efectos sobre el deudor concursado, que se agrupan en diversas categorías y que se inician con la mera declaración de concurso -e incluso con la solicitud de concurso necesario una vez que se admite- aunque van ampliándose, restringiéndose o modificándose a lo largo de todo el proceso, en función de las diferentes situaciones que pueden plantearse a lo largo de su tramitación y conclusión²⁴. Por el contrario, la comunicación de inicio de negociaciones con los

23 Como destaca el Preámbulo de la Ley 16/2022, en coherencia con el principio de intervención mínima, en la fase preconcursal no hay ningún tipo de suspensión o intervención sobre las facultades del deudor para administrar y disponer de sus bienes.

24 CAMPUZANO, A.B. “El coste de los procedimientos de insolvencia”, en Reestructuración de empresas y exoneración de deuda en Portugal y España (De Soveral Martíns / Gómez Asensio), Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2023, págs. 23-57 (https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/part01_2).



acreedores para lograr un plan de reestructuración no tiene efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. E, igualmente, el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. Este no desapoderamiento del deudor en el preconcurso implica indiscutiblemente la continuidad de los órganos de la persona jurídica sin afectación sobre su funcionamiento, ni sobre su delimitación competencial. Las competencias atribuidas al órgano de administración y a la junta de socios no se alteran, ni es admisible que uno de esos órganos asuma competencias que le corresponden al otro. Únicamente al regular los actos de ejecución del plan (art. 650 TRLC), se prevé que cuando el plan contuviera medidas que requirieran acuerdo de junta o asamblea de socios y esta no las hubiera acordado, los administradores de la sociedad y, si no lo hicieren, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, tendrán las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución, así como para las modificaciones estatutarias que sean precisas.

En consecuencia, es competencia del órgano de administración la gestión y la representación de la sociedad (del deudor persona jurídica) salvaguardando el interés de la misma, mientras que la junta reúne a los socios y manifiesta la voluntad de éstos -conforme a las mayorías legales o estatutarias establecidas- en los asuntos que se atribuyen a su competencia, entre los que no se encuentra la manifestación de la voluntad de la persona jurídica, que corresponde al órgano de administración. De ahí que a lo largo de la regulación del preconcurso en el texto refundido de la Ley Concursal las previsiones que se incorporan en este ámbito vayan dirigidas a confirmar esta no afectación ni en el funcionamiento ni en el diseño competencial de los órganos del deudor persona jurídica. Así, en caso de persona jurídica, la competencia para presentar la comunicación de negociaciones con los acreedores corresponde al órgano de administración del deudor (art. 585.3 TRLC), lo cual es coherente con el hecho de que la presentación de la comunicación corresponde al deudor. Además, es la propuesta del plan de reestructuración, que debería de estar negociada y acordada por el deudor persona jurídica -por su órgano de administración- y por los acreedores, la que habría de ser comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados. A partir de ahí, ha de someterse a decisión de los socios (art. 631 TRLC). Cuando el plan de reestructuración contenga medidas que requieran



el acuerdo de los socios de la sociedad deudora se estará a lo establecido para el tipo legal que corresponda y, en el caso de las sociedades de capital, resultan aplicables las reglas generales con una serie de especialidades, que no varían el hecho de que conforma la decisión de los socios sobre la aprobación del plan, adoptada en junta. Así, las referidas especialidades afectan a la celebración de la junta en la que ha de manifestarse la decisión de los socios sobre la aprobación del plan (el art. 631 TRLC precisa que salvo por lo que respecta a la formación de la voluntad social de conformidad con las especialidades establecidas -y a la protección de los acreedores- cualquier operación societaria que prevea el plan debe ajustarse a la legislación societaria aplicable). Por lo que respecta a la formación de la voluntad de los socios, estas especialidades disponen: a) entre la convocatoria y la fecha prevista de celebración de la junta general debe existir un plazo de diez días, salvo que se trate de sociedades con acciones admitidas a negociación en un mercado regulado, en cuyo caso el plazo es de veintiún días; b) si la junta no se hubiese celebrado con anterioridad a la fecha de solicitud de la homologación del plan, se puede celebrar después siempre que hubiera sido convocada antes de esa fecha o el mismo día de presentación de la solicitud; c) si la junta no hubiera sido previa o simultáneamente convocada, el solicitante de la homologación puede instar del juez que en la resolución de la admisión a trámite de la homologación convoque a la junta para su celebración en el plazo mencionado; d) si la junta no hubiera sido convocada, no llegase a constituirse, o no aprobara en todos sus términos el plan de reestructuración propuesto como máximo en el plazo de los diez o veintiún días desde la admisión a trámite de la solicitud de homologación, el plan se entenderá rechazado por los socios. Hasta que transcurran esos plazos, el juez no adoptará resolución alguna sobre la homologación; e) en la convocatoria de la junta, el orden del día se limitará exclusivamente a la aprobación o al rechazo del plan en todos sus términos, sin que se puedan incluir o proponer otros asuntos. El derecho de información del socio se ejerce exclusivamente respecto a este punto del orden del día, incluso si se trata de una sociedad cotizada; f) el acuerdo se adoptará con el quórum y por la mayoría legal ordinarios, cualquiera que sea su contenido, sin que resulten aplicables los quórum o las mayorías estatutarias reforzadas que pudieran ser de aplicación a la aprobación del plan y a los actos u operaciones que deban llevarse a cabo en su ejecución; g) el acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnable exclusivamente por el cauce y en el plazo previstos para la impugnación u oposición a la homologación. En el caso de que



la junta se haya celebrado con posterioridad a la solicitud de homologación del plan, el plazo de impugnación comenzará para los socios en el momento en que se hubiese celebrado la junta. Las impugnaciones del acuerdo de la junta se acumularán a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores, si las hubiese, y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

En consecuencia, el no desapoderamiento del deudor persona jurídica resulta también fundamental a la hora de determinar su actuación en el ámbito del preconcurso. En efecto, la propuesta de un plan de reestructuración debería partir de su negociación entre las partes afectadas, en las que habría de incluirse al deudor persona jurídica. No es discutible que una vez alcanzada la propuesta de un plan de reestructuración -sea a impulso del deudor o de los acreedores- ésta quedará sujeta a un proceso de aprobación y en el trámite de su homologación judicial puede llegar a ser impuesta a acreedores y socios. Pero, para llegar a ese punto, la propuesta debería ser negociada y alcanzada entre las partes, en las que el deudor no desapoderado habría de incluirse. Y cuando de deudor persona jurídica se trata, este no desapoderamiento supone que el órgano de administración ha de continuar con sus funciones. De manera que la propuesta de plan de reestructuración habría de negociarse, hasta alcanzarse, entre el deudor persona jurídica (diferenciado de las personas de sus socios) y los acreedores. En ningún precepto se contempla expresamente que haya de estarse a lo que propongan los acreedores, imponiendo sin más la propuesta al deudor persona jurídica contra su voluntad, aunque, ciertamente, no se exige de forma expresa el consentimiento del deudor²⁵. La cuestión es distinta en el régimen especial del preconcurso (arts. 682 a 684 TRLC), previsto para las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, siempre que, de acuerdo con el balance del ejercicio anterior al que se haga la comunicación o se presente la solicitud de homologación, reúnan las circunstancias siguientes:

25 Por el contrario, en el concurso de acreedores, donde existe desapoderamiento del deudor, no es posible imponer un convenio al deudor en contra de su voluntad. Así lo afirma el artículo 359 del texto refundido de la Ley Concursal, bajo la rúbrica aceptación de la propuesta de convenio por el concursado. En efecto, el referido precepto parte de que el concursado podrá aceptar la propuesta o propuestas de convenio presentada por los acreedores dentro del plazo para las adhesiones, añadiendo que la aceptación no supone revocación de la que el concursado hubiera presentado. Y a partir de ahí, expresamente señala que en defecto de aceptación, el convenio al que la propuesta o propuestas de los acreedores se refieran no podrá ser aprobado por el juez.

que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas; y que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los diez millones de euros. Sin perjuicio de que, aun reuniendo las referidas circunstancias, estas especialidades no resultan aplicables cuando la sociedad pertenezca a un grupo obligado a consolidar, ni cuando el deudor tenga la condición de microempresa y deba quedar sujeto al procedimiento especial del libro tercero. En este caso, si que se contempla que la homologación del plan de reestructuración solo podrá solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado. Nótese que aquí se especifica la aprobación de ambos -deudor y socios- mientras que en el régimen general referido no hay previsión respecto al deudor y si especificación de que en condiciones puede ser impuesto a los socios.

Pues bien, si se considera que en el régimen general del preconcurso -en el que no existen los tradicionales efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, manteniendo éste sus facultades- es admisible la imposición por parte de los acreedores de una propuesta de plan de reestructuración al deudor persona jurídica, ha de valorarse si ello no supone la desprotección del deudor y alimenta el riesgo de “abuso” por parte de los acreedores, en cuanto a este deudor no se le reconoce tampoco la posibilidad de impugnar el plan impuesto. En la dicción legal, las singularidades del régimen jurídico del preconcurso se ciñen a la aprobación de la propuesta por parte de los acreedores y a la decisión de los socios sobre la misma, sin referencia a la posición del deudor persona jurídica (y, por lo tanto, a su órgano de administración). Y no hay que olvidar que el deudor persona jurídica tiene personalidad jurídica propia, diferenciada de la de sus socios y el interés de los socios no es, necesariamente, el interés de la sociedad que han de salvaguardar los administradores societarios en cumplimiento de sus deberes. En esa medida, dicho deudor persona jurídica, a través de su órgano de administración, habría de considerarse parte de la negociación de la propuesta de plan de reestructuración que, en determinadas circunstancias, podrá llegar a ser impuesta a los socios²⁶. Ciertamente, la cuestión central es que no se contemple

26 En contra de estas consideraciones se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2023, que señala que incorporar aquí, en calidad de tercero distinto de los socios, a la sociedad en sí misma considerada por tener personalidad jurídica diferenciada de aquellos, es una ficción que no responde a la realidad. Si lo hicieramos, ello entrañaría hipostasiar el concepto, una especie de “animismo jurídico”



expresamente en el régimen general que sea necesario el consentimiento del deudor. El silencio legal ¿ha de interpretarse en el sentido de que este consentimiento no es necesario? O para mantener esta interpretación ¿hubiera sido necesario decirlo de forma expresa, entendiendo que esta alteración de las reglas generales del Derecho civil y mercantil requiere previsión expresa al respecto? Si se considera que al no exigir expresamente este consentimiento el plan puede ser impuesto al deudor persona jurídica por los acreedores (además de, en insolvencia actual e inminente, a los socios) la negociación de la que se parte entre deudor y acreedores puede llegar a ser inoperante, y el postulado de que el deudor debiera de haber actuado antes (probabilidad de insolvencia) para no haberse colocado en este riesgo (insolvencia actual e inminente) parece

que atribuye a la sociedad, representada en el procedimiento por sus administradores, un interés económico y jurídico distinto del de sus socios. En efecto, afirmar que la sociedad por sí misma puede defender la necesidad de su existencia, de su actividad, de su gestión, frente a quienes tienen derecho sobre el patrimonio económico de la sociedad, es decir, sus socios o accionistas o quienes han contribuido con su actividad económica a su desarrollo y como consecuencia de ello han devenido en acreedores, constituye un fantasmal destilado espiritualizante que olvida la naturaleza puramente instrumental y la función económica de las sociedades mercantiles. Resultaría por completo incongruente que, cumplidos los requisitos legales, el plan pueda imponerse unilateralmente a los socios en los que se residencia la soberanía última de la voluntad del deudor persona jurídica, pero no se puede imponer a ésta, ya que en el ámbito de las personas jurídicas las decisiones las toman los órganos competentes, en particular el consejo de administración. Resulta de una evidencia cegadora que la homologación de un plan de reestructuración no puede hacerse dependiendo de la voluntad de los administradores sociales que no van a resultar directamente afectados por el plan. Sería tanto como depositar el gobierno del procedimiento de homologación en la voluntad de individuos en alguna medida “inmunizados” frente al destino del plan. El hecho de que durante la negociación del plan de reestructuración o el desenvolvimiento del procedimiento de homologación el deudor persona jurídica pueda seguir ejerciendo sus facultades de dirección y gestión de la compañía no le confiere una posición jurídica diferenciada -en el contexto de la homologación- frente a las “partes afectadas”, es decir, los acreedores, los accionistas y en su caso y, cuando les afecte directamente, los trabajadores.

Quienes resultan afectados por la reestructuración del pasivo son los socios y los acreedores, es decir, quienes tienen derechos “en” y “sobre” la persona jurídica. En estas circunstancias resultaría por completo absurdo afirmar que quien tiene la última palabra y puede decidir quién ejerce el control sobre el deudor persona jurídica no son los socios o los acreedores sino la propia entidad. Sería tanto como afirmar que en el caso de un patrimonio la reestructuración de su pasivo y su control por los socios o acreedores debe residenciararse en última instancia en la “voluntad” de ese patrimonio. En ese punto debe anclararse la autonomía de las sociedades porque no pueden desprendérse de su naturaleza instrumental.



excesivo, sobre todo si se tiene en cuenta que no se le reconoce posteriormente al deudor legitimación para impugnar²⁷. No obstante, la consideración de que el plan de reestructuración es un “asunto entre acreedores” es la que se ha acogido en la interpretación de la legislación concursal, a la luz de las previsiones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia²⁸.

27 CAMPUZANO, A.B. “Consideración crítica sobre la posición del deudor persona jurídica en los planes de reestructuración preconcursales”, Revista de Derecho Mercantil, núm. 328, abril – junio 2023, págs. 47-80; NIETO DELGADO, C. “¿Planes no consensuales u hostiles?” Estrategias “capture the flag” en la aplicación del libro segundo del texto refundido de la Ley Concursal”, en Estudios de la insolvencia del País Vasco: novedades introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (Jornadas Vitoria-Gasteiz, 25-26 mayo 2023), Aranzadi, Pamplona, 2023, págs. 87-115.

28 La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2023, reiterando las consideraciones que ya había referido en el Auto de 16 de mayo de 2023 que resolvía el recurso contra la Providencia de 27 de abril, señala que el deudor no es, ni en ningún caso podrá ser parte en el contradictorio proceso de homologación del plan de reestructuración, ni es preciso su consentimiento, ni está legitimado para oponerse a la homologación o formular recurso alguno frente a las resoluciones judiciales que se dicten en este procedimiento. Como afirmábamos entonces el plan de reestructuración es básicamente “un asunto entre acreedores”. Así se deduce de la interpretación a contrario de lo establecido en los artículos 612, 637, 640 y 684.2 del texto refundido de la Ley Concursal. Los dos primeros preceptos establecen la posibilidad de suspensión de la solicitud de concurso presentada por el deudor, a instancia de acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera resultar afectado, siempre que se acredite la presentación de un plan de reestructuración que tenga la probabilidad de ser aprobado. El artículo 612 del texto refundido de la Ley Concursal lo prevé en el escenario de haber sido comunicada por el deudor al Juzgado la apertura de negociaciones con los acreedores y el artículo 637 en relación con las reglas generales aplicables a la homologación de los planes de reestructuración, y para el supuesto de estar negociándose un plan de reestructuración de comunicación previa. Es decir, se otorga, en ambos escenarios, a los acreedores la facultad de suspender la petición del deudor de declarar el concurso para facilitar la homologación de un plan de reestructuración. Si fuera necesaria la voluntad del deudor para esta homologación, esta facultad de los acreedores de impedir la solicitud del concurso por parte del deudor carecería totalmente de sentido. A mayor abundamiento, expresamente regula el artículo 640 del texto refundido de la Ley Concursal cuándo si es necesario el consentimiento del deudor, esto es, “cuando fuera persona natural”. En su apartado segundo el mismo precepto, aunque exige la aprobación de los socios cuando se trata de una persona jurídica, consagra una singular excepción, añadiendo que: “el plan de reestructuración se podrá homologar, aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente” Es decir, del texto legal se deduce que la homologación de un plan de reestructuración es un debate, en su caso, entre los acreedores y los titulares de las acciones o participaciones sociales, y, en caso de insolvencia actual o inminente, habrá que determinar a quién pertenece y quiénes



Además, en las previsiones legales aplicables a los planes de reestructuración existen otras previsiones que inciden significativamente en la posición del deudor persona jurídica en los planes de reestructuración preconcursales. Como se ha indicado, de un lado, las disposiciones previas ubicadas en sede de presupuestos del preconcurso (integrando en tal la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y la homologación directa de planes de reestructuración) y el posterior desarrollo de la comunicación de negociaciones con los acreedores, parten de facultar al deudor -persona natural o jurídica- para su puesta en marcha. En ambos casos, la opción elegida es la iniciativa del deudor. De otro lado, expresamente se determina que ni la comunicación ni el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración tienen efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor. Ahora bien, a partir de aquí, cuando se inicia la regulación de los planes de reestructuración el centro de atención se fija en el concepto (amplio y flexible) y en su ámbito de aplicación se establece que se someterán a este título los planes de reestructuración que prevean una extensión de sus efectos frente a: 1.º Acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan; 2.º Los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan. Añadiendo que con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan de reestructuración, también se someterán a este título los planes de reestructuración cuando los interesados pretendan proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en el libro primero. En esa medida, desde la perspectiva subjetiva, la regulación se centra en los acreedores (en las clases de acreedores) y en los socios de la persona jurídica, sin precisar nada respecto a la actuación y situación del deudor persona jurídica. Ello lleva a considerar si las previsiones iniciales relativas a la actuación del deudor en el preconcurso (presupuestos del preconcurso) y a su situación jurídica en el mismo (ubicadas en sede de comunicación de negociaciones con los acreedores) han de tenerse en cuenta también en este ámbito.

tienen derecho sobre dicho patrimonio y por tanto quienes tienen que decidir sobre cómo se continua la actividad empresarial.



En este sentido, lo más equilibrado sería que en la propuesta del plan de reestructuración el deudor jugara algún papel. No obstante, la preocupación del legislador respecto a la comunicación de la propuesta se centra en que ésta sea comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados (comunicación que, aunque no de forma principal ni única, se contempla que pueda realizarse mediante anuncio en la página web de la sociedad; se entiende que del deudor persona jurídica). En este punto, en particular, se prevé que, en el caso de acreedores vinculados por un pacto de sindicación, se aplicarán las reglas contractuales sobre comunicación del deudor con los acreedores, si las hubiera. A partir de aquí, se establecen las reglas relativas a la aprobación del plan por cada clase de créditos (afectados) y en cuanto a la decisión de los socios del deudor persona jurídica deudora. Formalizado el plan de reestructuración, las previsiones legales se centran en la homologación judicial (con las especificidades previstas en atención a si se trata de un plan consensual o de un plan no consensual). Y en la homologación judicial resulta muy significativo el régimen de impugnación del auto de homologación del plan, en cuanto no se confiere legitimación al deudor. El auto de homologación aprobado por todas las clases de créditos (plan consensual) puede ser impugnado por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan de reestructuración. El auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases de crédito (plan no consensual) puede ser impugnado por los acreedores que no hayan votado a favor del plan con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan, por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan y pertenezcan a una clase que no lo haya aprobado también y por los socios de la sociedad deudora que no hayan aprobado el plan de reestructuración²⁹. Nada se indica respecto al deudor persona jurídica. Y ¿es proporcionado que al deudor persona jurídica no desapoderado no se le confiera legitimación para impugnar el auto de homologación si tampoco se le proporcionan vías para hacer efectiva la previa negociación con los acreedores, ni se requiere su conformidad a la propuesta del plan de reestructuración? Ello implica admitir que la propuesta de plan de reestructuración pueda ser impuesta al deudor persona jurídica por los acreedores, que no se requiere que participe el deudor persona jurídica en su aprobación (porque ésta se diseña respecto a los acreedores y a los socios,

29 Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1^a, de 10 de abril de 2023.



pero nada se indica respecto al deudor persona jurídica) y que tampoco tenga legitimación el deudor persona jurídica para impugnarlo.

Las consideraciones realizadas tienen también relevancia si se relacionan con las previsiones de la Ley Concursal que atribuyen facultades de actuación a los acreedores que detenten un determinado porcentaje mínimo del pasivo³⁰. Así, entre las disposiciones que afectan a la actuación y posición del deudor persona jurídica durante la conformación del plan de reestructuración que será sometido a homologación se encuentran en particular aquellas referidas a la solicitud de nombramiento de experto a instancia de los acreedores, así como algunas otras previsiones que contemplan actuaciones de acreedores³¹.

En primer lugar, respecto a la suspensión de la solicitud de concurso voluntario (art. 637 TRLC) se dispone que si se estuviera negociando un plan de reestructuración sin comunicación previa, la solicitud de concurso presentada por el deudor puede ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado. La redacción legal limita su alcance a los supuestos en los que ese porcentaje mínimo del pasivo solicite la suspensión de la solicitud de concurso voluntario y, solo en este caso, se contempla para dar curso a dicha solicitud que los acreedores hayan presentado un plan de reestructuración que, además, se requiere que tenga probabilidad

30 Incide en que los protagonistas de la reestructuración son los acreedores y son ellos, los que libérrimamente, dentro de los márgenes de la legalidad, deben configurar la correlación de fuerzas e intereses que mejor satisfaga sus pretensiones siempre que preserven el valor superior de la continuidad de la actividad empresarial, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona de 2 de diciembre de 2022.

31 NIÑO ESTÉBANEZ, R. "Una reflexión breve sobre el nuevo derecho de insolvencia español: los planes de reestructuración y el experto en reestructuración", en *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La conservación de las empresas a la luz del texto refundido de la Ley Concursal* (IX Jornadas concursales Vitoria-Gasteiz), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, págs. 97-114. Resulta también reseñable el reconocimiento de legitimación al deudor y a los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración para solicitar la confirmación judicial de la correcta formación de las clases con carácter previo a la solicitud de homologación del plan de reestructuración.



de ser aprobado. La norma está dirigida, principalmente, a las sociedades de capital, en cuanto no resulta aplicable cuando el deudor sea una persona natural o una sociedad cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales.

En segundo lugar, la solicitud de homologación del plan de reestructuración puede ser presentada por el deudor o por cualquier acreedor afectado que lo haya suscrito (art. 643 TRLC). El precepto parte de que los acreedores -afectados- suscriben el plan.

En tercer lugar, respecto al nombramiento de experto. La decisión legislativa no se limita al reconocimiento de un derecho preconcursal diferente al contemplado hasta ese momento, sino que, además, incorpora una figura nueva en el derecho español, el experto en la reestructuración³². El Preámbulo de la

32 Se exigen al experto conocimientos especializados, jurídicos, financieros y empresariales, así como experiencia en materia de reestructuraciones o que acredite cumplir los requisitos para ser administrador concursal. La formulación legal es alternativa: una persona con especialización y experiencia en reestructuraciones o que cumpla los requisitos para ser administrador concursal. Por tanto, el experto reunirá esa condición si posee los requisitos para ser administrador concursal, o especialización jurídica, financiera y empresarial y experiencia en reestructuraciones. Ahora bien, se precisa que, si la reestructuración que se pretende conseguir tiene particularidades, bien por el sector en el que opera el deudor, bien por las dimensiones o la complejidad del activo o del pasivo, bien por la existencia de elementos transfronterizos, estas particularidades deben ser tenidas en cuenta para el nombramiento del experto. Ha de entenderse que, en estos casos, a la especialización y experiencia habrán de sumarse, entre otros, aspectos tales como conocimientos específicos (del sector), medios y recursos disponibles e idiomas (complejidad y elementos transfronterizos). El control de estas condiciones subjetivas lo realiza el juez, respecto de la persona propuesta por el solicitante, atendiendo al escrito razonado que acredite que el experto reúne las condiciones establecidas para el ejercicio del cargo que ha de acompañarse a la solicitud de nombramiento de experto en la reestructuración. En ese control el juez ha de comprobar la acreditación de estas condiciones subjetivas, la inexistencia de incompatibilidades y prohibiciones y la existencia de póliza de responsabilidad civil o garantía equivalente (además de los aspectos relativos a la retribución del experto), sin que el dato de que el experto sea propuesto y retribuido por el proponente -sin perjuicio de que posteriormente pueda repercutirse este coste- pueda conformar, por sí mismo, un elemento de desconfianza hacia la especialización y, sobre todo, independencia e imparcialidad del experto. El diseño legal de nombramiento de experto en la reestructuración confía la propuesta de designación al proponente y la sujeta al control judicial de las condiciones y requisitos exigidos al propuesto. Las previsiones legales permiten la impugnación en cualquier momento por quien acredite interés legítimo del nombramiento como experto de quien no reúna las condiciones subjetivas, incurra en incompatibilidad o prohibición, o carezca de cobertura o garantía



Ley 16/2022, de 5 de septiembre, señala que *el diseño que ha hecho la ley de esta figura, dentro de los diferentes modelos que permite la Directiva, es más próximo a la figura de un mediador que facilite la negociación entre las partes, ayude a deudores con poca experiencia o conocimientos en materia de reestructuración, y eventualmente facilite las decisiones judiciales cuando surja alguna controversia entre las partes*. Como el experto, en ningún caso, interviene o supervisa los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor, la norma de transposición opta por esta denominación, en lugar de la que utiliza la Directiva³³.

adecuada (art. 677 TRLC). E, igualmente, se contempla la responsabilidad civil del experto por infracción de sus deberes de diligencia, independencia e imparcialidad (art. 681 TRLC). Vid. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, número 2, de 29 de noviembre de 2022.

33 GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. “El experto en la reestructuración: una primera aproximación crítica”, Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones, núm. 11, 2023, págs. 83-140; MARTÍN TORRES, A. “El experto en la reestructuración”, Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones, núm. extra 3, 2021, págs. 199-210; NIETO DELGADO, C. “El experto de la reestructuración”, en Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España (Cohen Benchetrit), Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 289-356. El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 18, de 17 de enero de 2023 (AJM M 92/2023). se refiere a las funciones encomendadas al experto en reestructuración: el experto en la comunicación de negociaciones ostenta unas funciones genéricas de asistencia al deudor y acreedores, y en relación con los informes que le exija el juez según la ley o que el juez considere oportunos o convenientes (...). En todo caso en el caso que nos ocupa, en la comunicación de negociaciones, según se desprende de dicha comunicación, el experto puede asistir al deudor y acreedores en distintos momentos, ya sea negociando con los acreedores, en relación con los contratos del deudor, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, con las ejecuciones y su posible suspensión, etc. Asimismo puede asistir al deudor en cuanto a la formación de un plan de reestructuración (en relación a la elaboración del plan de reestructuración, la formación de clases, solicitud de suspensión de solicitud de concurso voluntario -art. 637.1 TRLC-, emitir certificación del plan en el instrumento público -art. 634 TRLC-, comunicación de la propuesta a acreedores según el art. 627 TRLC, emisión de informe del experto del valor de la empresa en planes no aprobados por todas las clases -art. 639 TRLC- etc.) Por otro lado, en el ámbito de la comunicación de negociaciones, si se solicita la suspensión general o individual de ejecuciones para asegurar el buen fin de las negociaciones, se necesita informe favorable (art. 602 TRLC), si se solicita prorroga debe contar con su informe favorable (art. 607 TRLC), puede solicitar el levantamiento de la prorroga (art. 608), etc. Un último extremo a determinar en este auto es si este experto en la reestructuración nombrado para la comunicación de negociaciones debe de continuar en el caso de procederse a solicitar homologación judicial del acuerdo de reestructuración llevado a cabo por deudor y acreedores, ya que por un lado dicho experto se nombra para dicha comunicación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de reestructuración, y no se establece su cese, y por otro lado puede que al margen de esta comunicación con nombramiento de experto



La designación del experto en reestructuración se puede producir tanto en los supuestos de comunicación de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración, como en supuestos de comunicación de planes de reestructuración para su homologación³⁴. El nombramiento, siguiendo la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, es obligatorio en determinados supuestos, fuera de los cuales éste no es necesario, salvo que el deudor o una mayoría de

se pueda dar el caso de solicitud de homologación judicial de acuerdo de reestructuración por los acreedores, o por el deudor, solicitando a dicho experto o a otro, considerándose que dependiendo de dicha solicitud de homologación (instada por acreedores o por el deudor) se podrá proceder a realizar el nombramiento en dicha persona en su caso, ya que conforme el artículo 675 del texto refundido de la Ley Concursal, se puede nombrar a dicho experto por no tener causa de incompatibilidad, pero también se puede nombrar a otro, según el instante y la solicitud que se presente. Añade la indicada resolución judicial que establece el artículo 680 del texto refundido de la Ley Concursal que “el experto ejercerá las funciones propias del cargo con la diligencia propia de un profesional especializado en reestructuraciones y con independencia e imparcialidad tanto respecto del deudor como de los acreedores”, por lo que en principio se considera que debe de cumplir con dicha diligencia, con independencia e imparcialidad (...). También, Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 19, de 25 de abril de 2023, que indica que la función del experto en reestructuración está concretada y delimitada perfectamente en la Ley: asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, elaborando y presentando al juez los informes establecidos en la ley y aquéllos otros que éste estime necesarios o convenientes (art. 679, “Funciones”). Lo que deberá realizar (art. 680, “Deberes de diligencia, independencia e imparcialidad”)... con independencia e imparcialidad tanto respecto del deudor como de los acreedores”. El experto no tiene como función la elaboración de un plan de reestructuración, sino la de mera asistencia a las partes en la negociación.

34 En el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 5, de 9 de marzo de 2023, el nombramiento de experto en la reestructuración queda delimitado a priori a los efectos del procedimiento de comunicación de negociaciones, es decir, que el experto que ha sido nombrado a propuesta del deudor tiene encomendadas unas funciones relacionadas con la comunicación de negociaciones, y si prospera, con el plan de reestructuración. De forma que el referido Auto señala que en el presente procedimiento de comunicación de negociaciones se ha designado un experto en reestructuración a propuesta del deudor, a los efectos de la comunicación de negociaciones o de su eventual prórroga, pero con posterioridad pueden plantearse pluralidad de escenarios, judiciales o extrajudiciales, consistentes en la posibilidad de presentarse solicitud de concurso voluntario o necesario de la sociedad que inicialmente solicitó la comunicación de negociaciones, realización de un plan de reestructuración sin homologación por el deudor, o por los acreedores, o solicitud de homologación de un plan de reestructuración consensual o no consensual por el deudor o por los acreedores, con propuesta en dicha solicitud de nombramiento de experto en la reestructuración, que podría coincidir con el nombrado en este expediente, pero que también podría ser otro experto distinto.



acreedores lo solicite. El nombramiento de experto en la reestructuración se considera obligatorio cuando lo solicite el deudor, cuando lo soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que en el momento de la solicitud pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, cuando solicitada por el deudor la suspensión general de ejecuciones singulares o la prórroga de esa suspensión el juez considere y razone que el nombramiento es necesario para salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión y cuando el deudor o cualquier legitimado solicite la homologación judicial de un plan de reestructuración cuyos efectos se extiendan a una clase de acreedores o a los socios que no hubieran votado a favor del plan. A ello se añade el llamado supuesto especial de nombramiento de experto, cuando, si no hubiera sido nombrado experto en la reestructuración, lo soliciten al juez acreedores que representen, al menos, el treinta y cinco por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En el nombramiento obligatorio de experto no queda a la discrecionalidad judicial considerar y motivar la necesidad de esta designación, sino que el juez debe proceder en todo caso al nombramiento. Mientras que en el supuesto especial de nombramiento la decisión final sobre la necesidad del experto corresponde al juez. Ahora bien, en todo caso, el propuesto ha de cumplir las condiciones subjetivas, experiencia y requisitos legales para el desempeño (incompatibilidades y prohibiciones, seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente). En efecto, el nombramiento de experto debe ser realizado por el juez y ha de recaer en la persona propuesta que reúna las condiciones establecidas legalmente. Si el juez considera y motiva que el propuesto no reúne estas condiciones, ha de solicitar a quien lo hubiera propuesto que presente terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento, siempre que reúnan esas condiciones (art. 676 TRLC)³⁵. Los referidos supuestos de nombramiento de experto en la

35 El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 18, de 18 enero de 2023 (AJM M 93/2023) refiere los supuestos de nombramiento de experto en reestructuración y, en particular, se detiene en los presupuestos previos al nombramiento y en los requisitos del experto, incidiendo en el que designado no puede incurrir en incompatibilidades ni prohibiciones, expresamente establecidas en el texto refundido de la Ley Concursal. En el supuesto concreto que aborda la referida resolución judicial, se destaca que la persona propuesta aparece como integrante del equipo, junto con el letrado de la concursada, señalando que semejante supuesto de hecho choca frontalmente con el artículo 675 del texto refundido de la Ley Concursal que determina en cuanto a incompatibilidades y prohibiciones que “no podrán ser propuestos ni nombrados expertos en la reestructuración

reestructuración se completan con la impugnación por quien acredite interés legítimo del nombramiento de quien no reúna las condiciones establecidas, incurra en alguna incompatibilidad o prohibición o de quien no tenga cobertura o garantía adecuada (art. 677 TRLC) y con la sustitución del experto (art. 678 TRLC). No obstante, en este último caso no se exige una causa o motivo para la sustitución; la previsión se limita a permitir que los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración puedan pedir al juez la sustitución del experto nombrado a solicitud del deudor o, en su caso, de una minoría de acreedores. En cuanto la dicción legal señala que el juez acordará

y, en caso de ser nombrados, no podrán aceptar las siguientes personas: 1.º Quienes hayan prestado servicios profesionales relacionados con la reestructuración al deudor o a personas especialmente relacionadas con esta en los últimos dos años, salvo que se prestaran como consecuencia de haber sido nombrado experto en una reestructuración previa; 2.º Quienes se encuentren en alguna de las situaciones de incompatibilidad previstas en la legislación en materia de auditoría de cuentas en relación con el deudor o las personas especialmente relacionadas con este". Por ello, formando parte el experto que se propone del despacho profesional del letrado del instante, es meridianamente claro que ha asesorado ya sea directa o indirectamente a través del despacho en los dos últimos años, habiendo prestado servicio profesional de manera directa o indirecta al deudor, circunstancia que da lugar a denegar el nombramiento de este experto en reestructuración. Consecuencia de esta denegación, es la aplicación del artículo 676 del texto refundido de la Ley Concursal que determina en su apartado 2 y 3 que "2. Si el juez considerase, y así lo razonara, que el propuesto no reúne las condiciones establecidas en esta ley para el ejercicio de las funciones propias del cargo, solicitará a quien lo hubiera propuesto que, en el plazo de dos días, presente terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento, siempre que reúnan esas condiciones. 3. En los casos en los que el nombramiento recaiga en alguno de los que figuren en la terna, el nombramiento del experto será comunicado por el juzgado al designado por el medio más rápido. Dentro de los dos días siguientes a la recepción de la comunicación, el experto deberá comparecer ante el juzgado para aceptar o rechazar el cargo, con copia del documento en el que conste la retribución pactada y de la póliza de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que tuviere vigente para responder de posibles daños que pudiera causar en el ejercicio de las funciones propias del cargo. La aceptación es voluntaria. Si el nombrado no aceptara o no compareciera, el juez procederá de inmediato a nuevo nombramiento, sin que esta circunstancia tenga consecuencia alguna para el experto inicialmente designado". Por ello, aun siendo el nombramiento obligatorio para el juez en la persona que ha designado el deudor, si se considera por el juez que no reúne dichas condiciones, se solicita al instante que, en el plazo de dos días, presente terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento, siempre que reúnan esas condiciones (...). MOLINA HERNÁNDEZ, C. "El experto en los planes de reestructuración: nombramiento y estatuto", Anuario de Derecho Concursal, núm. 61, 2024, págs. 197-220.



la sustitución mediante auto -que podrá impugnarse- ésta se ha considerado que ha de acordarla el juez de forma obligatoria, siempre, se entiende, que el sustituto cumpla las condiciones legales establecidas para el nombramiento³⁶.

36 El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, número 5, de 9 de marzo de 2023, señala que el texto refundido de la Ley Concursal contempla la posibilidad una vez nombrado un experto en la reestructuración (que puede ser nombrado tanto en un expediente o procedimiento de comunicación de negociaciones como en supuestos de expedientes de solicitud de homologación de plan de reestructuración), al margen de la impugnación de su nombramiento, de que los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud de comunicación de negociaciones, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, de solicitar la sustitución del experto nombrado a solicitud del deudor (o de minoría de acreedores). Dicha solicitud debe cumplir con el presupuesto consistente en que concurra la legitimación activa de los acreedores que lo solicitan, y en segundo lugar exige una documentación que remite, aunque no expresamente, al artículo 672.2; es decir, debe presentarse un escrito razonado del experto de que reúne las condiciones para el ejercicio del cargo, aceptación de nombramiento, importe y plazos de retribución, póliza de responsabilidad civil. A estos dos requisitos/presupuestos se aúna el requisito consistente en que se aporte compromiso expreso de los acreedores de satisfacer retribución del experto (la cual puede quedar sin efecto si en el plan de reestructuración que se presente se prevé que dicha retribución recaiga sobre el deudor). Añade el referido Auto que, por último, el apartado 3º del artículo 678 determina que el juez acordará la sustitución mediante auto, el cual es susceptible de impugnación conforme incidente concursal. Respecto a este extremo consistente en que, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos expuestos, se dicte el auto de sustitución, puede entenderse que dicho auto debe ser automático, es decir, sin valoración por parte del juez de la pertinencia o no de dicha solicitud, o en caso contrario, si puede ser denegada la sustitución al margen de la verificación de los documentos, por valoración del juez. Atendiendo a la escasa regulación de este supuesto, y la ausencia de análisis en la Exposición de motivos de la Ley 16/2022, el apartado 3º del artículo 678 establece que “el juez acordará”, en términos imperativos, es decir, que, si se cumplen los requisitos de legitimación, formales del 678 en relación con 672 y de compromiso de satisfacción de retribución, la sustitución deviene obligatoria para el juzgador, sin tener margen de valoración sobre la conveniencia o no de dicha solicitud. Ello no produce una indefensión o perjuicio al deudor, en relación con el experto nombrado que sustituye al experto propuesto por el deudor, ya que, por un lado, aunque no exista margen de traslado previo sobre dicha solicitud, al deudor le cabe la posibilidad de impugnar dicha sustitución siempre que considere que el nuevo experto no reúne las condiciones o incurre en incompatibilidades o prohibiciones, y, por otro lado, debe prevalecer el hecho consistente en que, al margen de la posibilidad de solicitud de experto por los legitimados, deudor, y acreedores que representen más del cincuenta por ciento (art 672.1.º y 2º TRLC), o por los acreedores que representen el treinta y cinco por ciento en los supuestos del artículo 673, la ley da preferencia para el experto solicitado por los acreedores mayoritarios, en cuanto a la sustitución del experto nombrado por el deudor o por la minoría de acreedores, por

En cualquier caso, parece evidente, por tanto, que la preocupación del legislador en este punto radica en facilitar a los acreedores vías de solicitud de un experto en la reestructuración que, como se detalla en sus funciones, asista al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, y elabore y presente al juez los informes exigidos y aquellos otros que el juez considere necesarios o convenientes. Ahora bien, no se contempla que los acreedores -detenten el pasivo que detienen- puedan ser quienes asuman en solitario la elaboración de la propuesta del plan de reestructuración, imponiéndolo a un deudor persona jurídica no desapoderado. Y tampoco existe previsión alguna que permita que el experto sustituya la voluntad del deudor persona jurídica, en ningún momento del procedimiento. El experto asiste a ambos, deudor y acreedores, en la elaboración de la propuesta de plan de reestructuración. El Preámbulo de la Ley 16/2022 parece que piensa en un “acuerdo”, aunque ciertamente el articulado legal utilice el término plan. Así, incide en que la ley *deja así que sean las partes afectadas las que privadamente negocien y alcancen un acuerdo sobre el plan de reestructuración, y se limita a fijar un marco normativo con el fin de facilitar esa negociación colectiva, garantizar unas salvaguardas mínimas del proceso y del resultado de la negociación, y asegurar un equilibrio entre la protección del interés de la mayoría y una tutela adecuada de las partes afectadas disidentes*³⁷. No obstante, no existen previsiones normativas

sustitución solicitada por los acreedores (ya que no se establece dicha posibilidad de sustitución a la inversa).

37 El Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona de 27 de octubre de 2022 se refiere al deber de colaboración del deudor, el deudor y los socios. Señala a este respecto que el texto refundido de la Ley Concursal configura como una “hipótesis ontológica”, es decir, un presupuesto inderogable, la existencia y desarrollo de un proceso de negociación entre el deudor y los acreedores teleológicamente orientado a la elaboración de un plan de reestructuración. Para iniciar, desarrollar y culminar ese proceso de negociación en el que ha de intervenir el experto favoreciendo un acuerdo entre las partes se requiere, inexcusablemente, una voluntad de cooperación que va más allá de una mera proclamación de intenciones y que debe traducirse en una conducta invariablemente enderezada al objetivo de facilitar la labor mediadora del experto. Resulta evidente que no hay alternativa viable para ninguna de las partes al margen de la colaboración en la negociación. Es cierto que el texto refundido de la Ley Concursal carece de un exhaustivo catálogo de los deberes de los administradores en un escenario preconcursal. La razón de ello no es un olvidadizo descuido ni, mucho menos, una excepción derogatoria de los deberes generales de los administradores societarios. El fundamento de esta omisión estriba, precisamente, en el mantenimiento incólume de las funciones de disposición y administración del deudor que tan acertada y enfáticamente defiende la representación procesal (...). Ese



que aseguren que esta negociación se lleva a cabo, por lo que será posible que algunos acreedores -en términos de mayoría de clases- puedan imponer un plan de reestructuración que se homologue judicialmente³⁸. La duda que aún persiste

mantenimiento del *statu quo* se proyecta también sobre la órbita de deberes que junto con los derechos inherentes configuran el estatuto jurídico de los administradores en las sociedades de capital. En particular los deberes de diligencia y lealtad -artículos 225, 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital- exigen un comportamiento colaborativo de los administradores en la adopción de todas las medidas precisas para evitar la insolvencia o minimizar sus consecuencias perjudiciales pudiendo, incluso, solicitar, en nombre del deudor, el nombramiento de un experto independiente o la homologación de un plan de reestructuración. Está fuera de toda duda que los administradores sociales deben velar por el interés social y resulta difícil atisbar un umbral menor de diligencia que aquel que exige evitar la catástrofe de la insolvencia y la inevitable consecuencia del concurso. Es bien sabido que el interés social no se identifica necesariamente con el de los socios titulares del capital social. El interés del deudor, cuando de una sociedad se trata, no es un trasunto directo y automático del que pueda presidir la voluntad de sus accionistas (...). La conducta y la actuación de los administradores sociales debe estar orientada por los intereses, en el más amplio sentido de la expresión, de la sociedad a cuyo servicio se encuentran, incluso, o de manera más precisa, especialmente, en el caso de que aquellos intereses puedan entrar en conflicto con los propios de los accionistas. Más aún, esa prevalencia del interés social debe adicionalmente intensificarse en aquellos supuestos en los que se produzca una superposición de funciones, aunándose la identidad del administrador y del accionista. No hay ningún escenario esquizoide en esa dualidad porque el accionista está obligado a sacrificar su propio interés en la medida en que pueda entrar en conflicto con el de la sociedad. Este es el estándar de diligencia del administrador en el ámbito del derecho preconcursal como contrapartida al mantenimiento incólume de sus facultades de gestión y administración (...)

38 Así lo destaca la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2023: la incorporación a nuestra normativa concursal del nuevo procedimiento de homologación de un plan de reestructuración ha supuesto un verdadero cambio de paradigma, en alguna medida, un seísmo normativo que ha alterado profundamente la posición de los participantes en el juego, la tradicional correlación de fuerzas entre el deudor y sus acreedores. Ahora son éstos últimos, quienes gozan del poder de la iniciativa, quienes pueden dirigir el procedimiento y diseñar las soluciones más eficientes sin necesidad de contar con el consentimiento o la anuencia del deudor. Cuando el procedimiento lo han desencadenado los acreedores, el deudor carece de la posibilidad de acudir a ese escenario de tierra quemada que era el concurso, ya no puede obligar a sus acreedores a adentrarse en ese laberíntico túnel en el que solo sobrevivían los ventajistas. Lo que ha dejado de regir es esa regla de última instancia que pendía como una espada de Damocles y que debilitaba considerablemente la posición de los acreedores de una empresa en crisis. En el nuevo escenario alumbrado por la reforma del texto refundido de la Ley Concursal el deudor en realidad, solo tiene tres alternativas: o negocia en los términos que le permitan sus posibilidades económicas o ha de limitarse a aceptar el designio de sus acreedores o, en último término, satisface la deuda.



es si, ante la falta de negociación o de acuerdo, en sede de homologación judicial de los planes de reestructuración es posible que existan “planes competidores” presentados por el deudor y por los acreedores legitimados, opción no prevista en la normativa concursal³⁹.

4. BIBLIOGRAFÍA

AHEDO PEÑA, O. “Marcos de reestructuración preventiva: regulación”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

39 Esta situación se plantea en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, de 10 de abril de 2023, que señala que se puede solicitar la homologación del plan de reestructuración por el deudor o por los acreedores, estando prevista dicha legitimación expresamente para el deudor en el artículo 643 del texto refundido de la Ley Concursal (el cual determina que se puede solicitar dicha homologación por el deudor y por los acreedores afectados que hayan suscrito el plan de reestructuración -no especifica si se refiere al plan de reestructuración del deudor o al propio plan de reestructuración de los acreedores-) y para los acreedores implícitamente en el artículo 637 del texto refundido de la Ley Concursal (donde se regula de manera tangencial que los acreedores pueden presentar un plan de reestructuración con probabilidad de ser aprobado, y siempre que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia o insolvencia inminente, y si se encuentra en insolvencia actual, cuando no se haya admitido a trámite la solicitud de concurso necesario). En la solicitud de homologación que se valora en la referida resolución judicial se presenta solicitud de homologación de plan de reestructuración por el deudor, y posteriormente, por acreedores, y en ambos casos se solicita sin solicitud de trámite previo de contradicción, destacándose expresamente que el plan de reestructuración presentado por el deudor lo fue en fecha anterior al presentado por los acreedores. En este supuesto, destaca la resolución judicial que no existe en el texto refundido de la Ley Concursal actual regulación alguna de homologación judicial de dos planes de reestructuración presentados por el deudor y por los acreedores legitimados, conjuntamente, mediante la denominación doctrinal de “planes competidores”. Derivado de ello, caben dos posibilidades, la de tramitar el primero presentado, ya sea el del deudor o el de los acreedores, o tramitar conjuntamente los dos planes de reestructuración presentados, con la finalidad de homologar uno de los dos presentados. Ambas posturas son legítimas y discutibles, pues existen argumentos a favor y en contra de ambos. Sin embargo, se entiende por este juzgador que debe procederse a tramitar la primera solicitud de homologación presentada (...). De manera que, considera que debe de estarse al régimen de presentación de la solicitud, como así se produce también en la solicitud de concurso, o de procedimientos de microempresas, para el caso de haberse presentado varias solicitudes, como en la solicitud de concurso necesario, del artículo 15 y 29 del texto refundido de la Ley Concursal; analizando la primera solicitud, presentada por el deudor, a continuación conforme el Libro segundo del texto refundido de la Ley Concursal, en cuanto a los requisitos para la homologación del plan de reestructuración presentado por el deudor, sin fase de contradicción previa.



BELTRÁN, E. "La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 29-52.

CAMPUZANO, A.B. "Consideración crítica sobre la posición del deudor persona jurídica en los planes de reestructuración preconcursales", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 328, abril – junio 2023, págs. 47-80.

- "Los estados de insolvencia", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 58 monográfico, 2022, págs. 15-46;
- "El coste de los procedimientos de insolvencia", en *Reestructuración de empresas y exoneración de deuda en Portugal y España* (De Soveral Martíns / Gómez Asensio), Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2023, págs. 23-57 (https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte01_2).

COHEN BENCHETRIT, A. "La posición del socio ante la reestructuración en el Anteproyecto de reforma concursal", *La Ley Mercantil*, núm. 86, 2021.

ETXARANDIO HERRERA, E. "Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos", *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

FACHAL, N. "¿Qué debemos entender por probabilidad de insolvencia a los efectos de realizar la comunicación de apertura de negociaciones o solicitar la homologación de un plan de reestructuración?", *La Ley Insolvencia*, núm. 9, 2022.

GARCÍA ÁLVAREZ, B. "Principios de reestructuración y resolución de entidades de crédito en España y Ley Concursal", en *Crisis y reforma del sistema financiero* (A. Recalde / I. Tirado / A. Perdices), Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 249-263

GARCÍA-VILLARRUBIA, M. "El papel del socio en la reestructuración", en *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España* (Cohen Benchetrit), Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 1207-1250

GARCIMARTÍN, F. "El Derecho preconcursal: una visión general", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 57, 2022, págs. 9-49.

- "La reforma del Derecho preconcursal: algunas reflexiones sobre sus fundamentos", en *La reestructuración como solución de las empresas*



viables (Díaz Moreno / León Sanz / Brenes Cortés / Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 33-61.

GARNACHO CABANILLAS, L. "La reestructuración preconcursal de deudas desde una perspectiva interna y comunitaria", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 53, 2021, págs. 47-88.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. "El experto en la reestructuración: una primera aproximación crítica", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 11, 2023, págs. 83-140.

GUILLAMON, M. / SERRANO, A. / PICAZO, J.C. "Reestructuración de deuda y preconcurso, prepack y otras salidas a la insolvencia en la transposición de la Directiva sobre reestructuraciones e insolvencia", en *Retos empresariales en la post pandemia* (Forteá Gorbe / Blanco García Lomas), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

HERBOSA MARTÍNEZ, I. / ARENAS ALEGRÍA, C.C. "La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)", *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

LADO CASTRO-RIAL, C. "Líneas esenciales de la Directiva", *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

MARTÍN TORRES, A. "El experto en la reestructuración", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. extra 3, 2021, págs. 199-210.

MARTIN ZAMORA, M.P. / HERNÁNDEZ LINARES, R. "Anticiparse a la insolvencia empresarial. Los mecanismos de alerta temprana", en *La reestructuración como solución de las empresas viables* (Díaz Moreno / León Sanz / Brenes Cortés / Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 113-139.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. "La Ley 9/2012 de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 40, 2013, págs. 489-517

MARTÍNEZ MUÑOZ, M. "La reestructuración forzosa", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 58 extraordinario, 2023, págs. 385-412.

MOLINA HERNÁNDEZ, C. "El experto en los planes de reestructuración: nombramiento y estatuto", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 61, 2024, págs. 197-220.



MORAL ESCUDERO, J. “Alertas tempranas y estadística concursal en el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 3 extraordinario, 2021, págs. 23-46.

MUÑOZ PAREDES, A. “Pérdidas e insolvencia en el Proyecto de reforma de la Ley Concursal”, *Diario La Ley*, núm. 10008, 2022.

NIETO DELGADO, C. “¿Planes no consensuales u hostiles”? Estrategias “capture the flag” en la aplicación del libro segundo del texto refundido de la Ley Concursal”, en *Estudios de la insolvencia del País Vasco: novedades introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal* (Jornadas Vitoria-Gasteiz, 25-26 mayo 2023), Aranzadi, Pamplona, 2023, págs. 87-115.

- “El experto de la reestructuración”, en *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España* (Cohen Benchetrit), Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 289-356.

NIÑO ESTÉBANEZ, R. “Una reflexión breve sobre el nuevo derecho de insolvencia español: los planes de reestructuración y el experto en reestructuración”, en *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La conservación de las empresas a la luz del texto refundido de la Ley Concursal* (IX Jornadas concursales Vitoria-Gasteiz), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, págs. 97-114.

PALOMAR OLMEDA, A. / CAMPUZANO, A.B. “La reestructuración y la resolución de las entidades de crédito”, en *La gestión de la crisis bancaria española y sus efectos* (A. Martínez-Echevarría / A.B. Campuzano / R. Minguez), La Ley, Madrid, 2015, págs. 189-239.

PULGAR, J. “Los nuevos planes de reestructuración: un año de aplicación práctica”, *Diario La Ley*, núm. 10374, 2023.

- “Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 323, enero-marzo 2022.

RECAMÁN, E. “La transposición de la Directiva 2019/1023 y su influencia en el estatuto jurídico del administrador en la crisis en España”, en *Reestructuración de empresas y exoneración de deuda en Portugal y España* (De Soveral Martíns / Gómez Asensio), Instituto Jurídico Faculdade de



Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2023, págs. 157-176 (https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte04_2).

ROJO, A. “Presupuesto objetivo”, en *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo / Beltrán), Vol. I, Civitas, Madrid, 2006, págs. 164-193.

- “La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, 2017, págs. 99-111.
- “La conversión de créditos en acciones o participaciones en los planes de reestructuración”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 58 monográfico, 2022, págs. 205-252.

THOMAS PUIG, P.M. “La homologación judicial de los planes de reestructuración”, *La Ley Mercantil*, núm. 92, 2022.

TIRADO MARTÍ, I. “El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 3 extraordinario, 2021, págs. 211-253.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T. “La Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito como derecho de excepción”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 30, 2013, págs. 181-194.

VELA PÉREZ, J. “El procedimiento especial de microempresas”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 58 monográfico, 2022, págs. 475-510.

VICENT CHULIÁ, F. “Lección 20^a. Derecho concursal, preconcursal y paraconcursal”, *Introducción al Derecho Mercantil*, 24^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

VIÑUELAS SANZ, M. “Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 56, págs. 149-202.



Valoración de activos en los procesos concursales previstos en la Ley 1116 de 2006

DIANA RIVERA ANDRADE*
Colombia

1. ALCANCE

Con ocasión del último congreso del Instituto Colombiano de Derecho Concursal, tuvimos la oportunidad de comentar algunas de nuestras inquietudes respecto al trámite de los dictámenes de valoración de activos durante los procesos de insolvencia previstos en la Ley 1116 de 2006. Por ello y con el propósito de documentar el análisis realizado y compartirlo, hemos preparado este escrito. Lo primero que debemos advertir, es que existe una constante presencia de los avalúos o valoraciones en los escenarios concursales al igual que las controversias que se suscitan en torno a estos, bien sea por el valuador, el método escogido o el resultado, entre otros. Aunque el marco del trabajo es el régimen de insolvencia colombiano o Ley 1116 de 2006 –que se concibe como general para el comerciante o empresario– en los regímenes legales paralelos a este (mecanismos de toma de

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana especializada en Derecho Comercial y Legislación Financiera de la Universidad de los Andes, Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Javeriana y Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, con Maestría en Derecho Privado de la universidad de Los Andes. Miembro fundador del Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, del cual es Vicepresidenta Ejecutiva a la fecha, y miembro de INSOL y de International Insolvency Institute. Profesora de cátedra de Derecho de la Crisis de la Universidad de los Andes y profesora de Procedimientos Mercantiles de la Especialización de Derecho de la Empresa en la Universidad de los Andes y Derecho Comercial de la Universidad Javeriana. Socia de Rivera Andrade Estudio Jurídico SAS.



posesión de entidades financieras o de entidades de salud, liquidación patrimonial de persona natural no comerciante, entre otros) existe también una referencia a la valoración de los activos del deudor para efectos contables, para cuantificar la cobertura de una garantía en relación con el crédito o definir si el activo es suficiente o no para atender el pasivo, entre otros.

Teniendo en cuenta que el documento se ha acotado a la valoración de activos en los procesos de insolvencia advertidos en la Ley 1116 de 2006, debemos precisar que esta ley prevé dos clases de procesos, los recuperatorios (reorganización y validación de acuerdo extrajudicial) y el liquidatorio (liquidación judicial), que como veremos cuentan con diferentes oportunidades procesales en las que la valoración de activos es indispensable para el avance de estos. Precisado dicho marco, es importante establecer qué comprendemos por valoración, lo primero es el verbo valorar¹ que proviene de *valor* y puede entenderse como (i) señalar el precio de algo, (ii) reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo y (iii) valorizar (aumentar el valor de algo). A su vez, la palabra avalúo, viene del verbo avaluar que significa valuación (acción y efecto de valuar) y en cuanto al objeto de la evaluación, surge el activo, que es tanto un «(...) Conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo», como un bien² que a su vez tiene diversidad de denominaciones particularmente en la economía.³.

1 Real Academia de la lengua, “Valorar”, consulta del 20 de septiembre de 2023, <https://dle.rae.es/valorar?m=form>

2 Real Academia de la lengua, “Bien”, consulta del 20 de septiembre de 2023, “cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho”. <https://dle.rae.es/bien?m=form>

3 Real Academia de la lengua, “Activo”, consulta del 20 de septiembre de 2023; Activo circulante 1. m. Econ. activo realizable antes de un año; Activo financiero 1. m. Econ. Titulo que representa para su poseedor derechos sobre bienes o rentas, y que es un pasivo para el agente que lo ha emitido; Activo inmaterial 1. m. Econ. activo que carece de entidad física; Activo líquido 1. m. Econ. activo que tiene liquidez; Activo material 1. m. Econ. activo que tiene entidad física; Activo real: 1.m.Econ. Bien material que forma parte de la riqueza de quien lo posee. Los bienes inmuebles son activos reales; Activo subyacente 1. m. Econ. activo o índice sobre el que se basa la negociación en un contrato de derivados financieros, consulta del 20 de septiembre de 2023, <https://dle.rae.es/activo?m=form>

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN -“Marco conceptual para la preparación de Información Financiera. De las empresas que no cotizan en el mercado de valores y que no captan ni administran ahorro del público” https://www.dian.gov.co/fiscalizacioncontrol/herramienta/NIIF/Grupo%205/Marco_Conceptual_Version_2014_01.pdf Por su parte, la autoridad fiscal colombiana, considera que los activos



Adicional a estas definiciones gramaticales que pueden advertirse como básicas, creemos que las establecidas en las Normas Internacionales de Valoración (IVS 2020)⁴, pueden ser más adecuadas, y los conceptos ya referidos se entienden como:

«Activo o activos: (...) se refieren generalmente a elementos que podrían estar sujetos a un compromiso de valoración. A menos que se especifique lo contrario en la norma, se puede considerar que estos términos significan “activo, grupo de activos, pasivo, grupo de pasivos o grupo de activos y pasivos”.

Valuación: Una “valoración” se refiere al acto o proceso de determinar una estimación del valor de un activo o pasivo mediante la aplicación de IVS.

Valor (n): La palabra “valor” se refiere al juicio del valuador del monto estimado consistente con una de las bases de valor establecidas en IVS 104 Bases de Valor.

Valuador: Un “valuador” es un individuo, grupo de individuos o una firma que posee las calificaciones, la habilidad y la experiencia necesarias para ejecutar una valuación de una manera objetiva, imparcial y competente. En algunas jurisdicciones, se requiere una licencia antes de poder actuar como valuador».

Precisado el marco legal y los conceptos de valorar, valor, y valoración, no podemos dejar de lado las normas procesales y las normas especiales de avalúos y valuadores, pues independientemente del mecanismo implementado o de la oportunidad en que la se requiera la valoración de activos o su contradicción, se deben observar el Código General del Proceso y en la Ley 1673 de 2013 o ley del valuador, especialmente.

«(...) representan recursos controlados por la empresa producto de sucesos pasados de los cuales espera obtener beneficios económicos futuros. Para que una empresa pueda reconocer un activo, el flujo de los beneficios debe ser probable y la partida debe tener un costo o valor que pueda medirse con fiabilidad. (...) Para que un activo se reconozca, debe tener un costo o un valor que pueda medirse de forma fiable».

4 Consejo Internacional de Normas de Valoración, 4 Lombard St, LONDRES, consulta del 10 de febrero de 2024. “Consejo de Normas Internacionales de Valoración” “Vigentes a partir del 31 de enero de 2020”, <https://www.ctcp.gov.co/publicaciones-ctcp/presentaciones/2020-1/v-congreso-nacional-de-avaluadores-y-i-internacion/ivs-2020-english-revwff-spanish>

2. ORIGEN E HITOS HISTÓRICOS DE LA VALORACIÓN

Como hito inicial de este recorrido histórico, encontramos de manera inesperada, que los primeros en plantearse las dificultades de la valoración fueron los filósofos. Según Cachanosky⁵, Aristóteles «(...) como casi todos los filósofos griegos, se preocupaba por la manera de lograr una sociedad justa" pues para lograr este tipo de sociedades, el valor de los bienes era fundamental; y es así como "(...) hizo las primeras reflexiones sobre el valor y el precio que dieron lugar a un intenso debate que se prolonga hasta nuestros días. (...) en el Libro I, capítulo 3 de Política distingue claramente entre el concepto de valor de uso y valor de cambio, como se puede ver en la siguiente cita: "Toda propiedad tiene dos usos que le pertenecen esencialmente, aunque no de la misma manera: el uno es especial a la cosa, el otro no lo es. Un zapato puede a la vez servir para calzar el pie o para verificar un cambio". Obviamente, Aristóteles no agotó el tema, y luego de él encontramos a San Agustín⁶, San Alberto Magno⁷, los Escolásticos⁸, entre

5 Cachanosky, Juan C. (mayo de 1994). "Historia de las teorías del valor y del precio, parte I". Revista Libertas, 20, 1-100. Consulta del 10 de febrero de 2024. http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/25_4_Cachanosky.pdf

6 Cachanosky, Juan C. (mayo de 1994). Historia de las teorías del valor y del precio, parte I. Revista Libertas, 20, 1-100. Consulta del 10 de febrero de 2024 «Pero, ¿por qué sorprendemos cuando en el valor que se asigna a los hombres mismos, cuya naturaleza es ciertamente de suprema dignidad, un caballo resulta con mucha frecuencia más caro que un esclavo o una joya más preciosa que una sirvienta? Puesto que cada hombre tiene el poder de formar su mente como deseé, hay poco acuerdo entre la elección de un hombre que tiene verdadera necesidad de un objeto y del que ansía su posesión solamente por placer». http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/25_4_Cachanosky.pdf

7 Cachanosky, Juan C. (mayo de 1994). Historia de las teorías del valor y del precio, parte I. Revista Libertas, 20, 1-100. Consulta del 10 de febrero de 2024. «De acuerdo con este análisis, el carpintero debe recibir el producto del curtidor y, a su vez, dar a éste lo que conforme a un intercambio justo le pertenece [...], y cuando no se conserva esta igualdad no se mantiene la Comunidad, ya que no se restituye trabajo y costo. Verdaderamente, todo podría venirse abajo si el que hace un contrato por tantas mercancías de tal tipo no recibe una cantidad y calidad similar, ya que no se puede construir un Estado con un solo tipo de trabajadores. Por lo tanto, el cambio no se hace propiamente de modo absoluto, sino comparando su valor de acuerdo con su uso y necesidad: de otra forma no sería un intercambio». http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/25_4_Cachanosky.pdf

8 Cachanosky, Juan C. (mayo de 1994). Historia de las teorías del valor y del precio, parte I. Revista Libertas, 20, 1-100. Consulta del 10 de febrero de 2024. «Francisco de Vitoria (1483-1546). Este pensador fue el fundador de la Escuela de Salamanca. Varios historiadores del pensamiento económico sostienen que esta escuela es la que sentó las bases de las modernas teorías del valor y del precio. Francisco de Vitoria dice en forma muy explícita



otros, disertando en torno al valor.

Es sorprendente como algo que es habitual en los procesos concursales fue analizado de forma trascendental en la filosofía y hoy, la aproximación se reduce a un aspecto puramente técnico, pues evidentemente en la actividad de valoración y en su manifestación en la insolvencia, salvo lo que se vislumbra en las normas relativas a bienes inembargables de la persona natural⁹, no hay ponderación o reconocimiento del valor de uso, sino solamente del valor de cambio parametrizado por la unidad de valor que rige el proceso.

Aunque temporalmente, el primer hito comentado es posterior al periodo Neolítico al que ahora nos referimos, lo cierto es que los primeros indicios de la actividad de valoración las encontramos en esta era, atada al concepto de la propiedad privada y el trabajo. Creemos que, de forma magistral, Yuval Noah Hararai, lo describe en su obra *De animales a dioses* así:

«La revolución agrícola dio al futuro mucha más importancia de la que había tenido antes. Los agricultores, que tienen siempre en mente el futuro, trabajan a su servicio. La economía agrícola se basaba en un ciclo estacional de producción que comprendía largos meses de cultivo seguidos de periodos de cosecha cortos e intensos. (...) Aunque había comida suficiente para hoy, para la semana siguiente e incluso el mes siguiente, tenían que preocuparse por el año próximo y por el año posterior a este. (...) La preocupación del futuro se basaba no solo en los ciclos estacionales de producción, sino también en la incertidumbre fundamental, una variedad muy limitada de plantas y animales domesticados, se hallaban a merced de las sequías, las

que los costos no deben tenerse en cuenta para determinar el “precio justo”, (...). Se sigue de este principio que dondequiera que se halla cosa venal de modo que existen muchos compradores y vendedores de ella, no se debe tener en cuenta la naturaleza de la cosa ni el precio al que fue comprada, es decir lo cara que costó Y con cuántos trabajos y peligros, v.gr., Pedro vende trigo; al comprarlo no se deben considerar los gastos hechos por Pedro y los trabajos, sino la común estimación “a cómo vale”. [Si un vendedor vendiera más caro el trigo] teniendo en cuenta los gastos y trabajos, vendería injustamente porque sólo debe venderlo, según la común estimación en la plaza, “a cómo vale la plaza”.

http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/25_4_Cachanosky.pdf

9 Código General del Proceso, Artículo 594 7. “Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios”.



inundaciones y la peste. (...) Los campesinos se preocupan por el futuro no solo porque tenían más motivos para preocuparse, sino porque podían hacer algo al respecto: podían desbrozar otro campo, excavar otra acequia de irrigación, sembrar más plantas. El campesino ansioso era tan frenético y trabajaba tan duro como una hormiga agricultora en verano, sudaba para plantar olivos cuyo aceite sería prendado por sus hijos y sus nietos y dejaba para el invierno o el año siguiente los alimentos que le apetecían comer hoy».

Fue en la época en la que se trabajaba la tierra y se sembraban los olivos (pensando en el futuro próximo y lejano de la prole), cuando surge la tasación de tierras, la cual dependía del trabajo que se hubiera realizado en ellas y los excedentes que pudiera generar¹⁰.

Dicho trabajo y labor en la tierra se mantuvo, fue y ha sido común al desarrollo de la humanidad, pero como lo anotamos la valoración surge a la par de la propiedad privada y en Latinoamérica antes de la conquista española, no existía la propiedad privada y por ello no se tiene noticia de la valoración de activos, solamente hasta la Colonia, cuando la Corona española recompensa a los que hubieran trabajado o apoyado la colonización¹¹, entre ellos a los encomenderos¹² con la conocida *merced real*, se habla de propiedad privada. La merced les permitía, previo cumplimiento de algunas obligaciones relativas a

10 Historia de la valoración (I): La Revolución Neolítica (22 diciembre, 2011). Historia. Documento en copia facilitado por Dr. Francisco Cavalli. <https://www.tinsa.es/historia/>

11 Mayorga Fernando (octubre, 2016) “La propiedad de tierras en la Colonia” Consulta del 10 de febrero de 2024

“En principio, el beneficiario de una merced podía ser cualquier vasallo español, indio o negro libre. En las peticiones se alegaban servicios prestados a la Corona, propios o de ascendientes, se invocaba la carga de una familia a la que se debía sustentar y el tener la calidad de “vecino” o el ser conocido como persona honrada. La extensión de la tierra concedida fue variable. Siguiendo la misma práctica que durante la reconquista española, que señalaba recompensas diferenciadas según se hubiera luchado a pie o a caballo, en los primeros años las porciones de tierra en las Indias se diferenciaron en caballerías y peonías”. <https://www.revistacredencial.com/historia/temas/la-propiedad-de-tierras-en-la-colonia>

12 Real Academia de la lengua, “Diccionario Panhispánico” “Encomienda” Consulta del 10 de febrero de 2024.

Encomienda: “1. Hist. Repartimiento de indios y tierras de las colonias americanas a partir del descubrimiento y conquista, con el fin de protegerlos y evangelizarlos; se concedía por



permanencia y trabajo de la tierra, acceder al dominio de ese terreno, que luego podía ser vendido en subasta, arrendado o dado en garantía. Pero fue solo hasta el momento en que se materializó la propiedad que surgió la necesidad de la valoración.¹³

Merece especial mención lo ocurrido en la capital del Virreinato de la Nueva España, México -Tenochtitlan, que fue víctima de varias inundaciones en los siglos XVI y XVIII¹⁴, con grandes afectaciones a la población y a la infraestructura de la ciudad, obviamente se necesitaban recursos para las costosas y urgentes reparaciones, por lo cual las autoridades decidieron pedir a los propietarios de la tierra, asumir esos costos, y la cuantificación del aporte dependía del *valor de la*

dos, tres o cuatro generaciones y de ellas estaban excluidos los mestizos y las personas que tuvieran determinadas tachas.

Con la encomienda, la Corona logró recompensar a sus conquistadores y adelantados por los servicios prestados, incluir a los indios a la economía india y evangelizarlos. Existieron dos momentos distintos para la instauración de la encomienda, la primera de ellas fue la Antillana y la segunda la continental. En los primeros años se trató de un reparto y distribución de los indios para el trabajo en las minas y en el campo. A partir del siglo XVI, cuando los reyes establecieron la libertad de los indios, considerándolos vasallos, la encomienda revisitó un formato de encomienda tributo (...)"

<https://dpej.rae.es/lema/encomienda>

Real Academia de la lengua, "Diccionario Panhispánico" "Encomendero" Consulta del 10 de febrero de 2024.

Encomendero "3. Hist. Beneficiario del repartimiento de indios en las colonias de América"

<https://dpej.rae.es/lema/encomendero1>

13 Torres Coto M, Julio E. "La valoración en América". Revista Colegio de Avaluadores. México. Documento en copia facilitado por Dr. Francisco Cavalli.

14 García Torres, Adrián, (diciembre de 2019) "La inundación de 1714 de la Ciudad de México: impacto, consecuencias y dicotomía entre riesgos naturales e intereses económicos" Consulta del 11 de febrero de 2024.

"Si realizamos un breve recorrido de los eventos de inundación desde la refundación de la ciudad por Hernán Cortés, los datos muestran un aumento en la recurrencia de episodios. Este escenario tampoco lo ignoraron los propios contemporáneos, pues hasta fines del siglo XVIII calcularon doce episodios y marcaron a su derecha los años que pasaron de uno a otro (Imagen 1). Para el siglo XVII nos encontramos, según estos cálculos, dos casos (1553 y 1580) y cinco tanto para los siglos XVII (1604, 1607, 1629, 1648 y 1705) Y XVIII (1707, 1732, 1748, 1773 y 1795 (...)"

https://www.researchgate.net/publication/338792937_La_inundacion_de_1714_de_la_Ciudad_de_Mexico_impacto_consecuencias_y_dicotomia_entre_riesgos_naturales_e_intereses_economicos



propiedad. Pero, ¿cómo hacer el cálculo de dicho valor? Pues esta definición fue delegada a los alarifes,¹⁵los conocidos como maestros de obra, quienes además de inspeccionar los daños, definir los arreglos y sus respectivos costos¹⁶ conocían que valor podían tener las propiedades.

Posteriormente, ese trabajo que iniciaron los alarifes se utilizó en México a finales del siglo XIX para determinar la base del impuesto predial, tarea especial en la que los maestros fueron sustituidos por ingenieros civiles o arquitectos, quienes tenían conocimientos sobre los costos de la edificación y la urbanización de la tierra, aspectos que eran considerados para su valor¹⁷. Cabe anotar que en Colombia también se estableció el impuesto predial a finales del siglo XIX mediante la Ley 48 de 1887, y se fijó el 2x1000 por mil, entendemos, sobre el valor de la propiedad a favor de los municipios. Para 1920, con miras al otorgamiento de préstamos hipotecarios, se hizo uso de los avaluadores del impuesto predial, con la diferencia que la valoración del inmueble a financiar se basaba en el mismo inmueble y las rentas que había podido generar.¹⁸

15 Real Academia de la lengua Tesoro de los diccionarios históricos de la lengua española. “Alarife”, consulta del 11 de febrero de 2024.

“(Del ár., al-arif, ‘el maestro’, ‘el entendido’.) m. Perito o entendido en cualquier arte, especialmente en las auxiliares de la construcción; encargado de la dirección e inspección de obras o del trabajo de una cuadrilla de obreros. m. Arquitecto o maestro de obras. <https://dle.rae.es/alarife> <https://www.rae.es/tdhle/alarife>

16 Torres Coto M, Julio E. “La valoración en América”. Revista Colegio de Avaluadores. México. Documento en copia facilitado por Dr. Francisco Cavalli.

17 Torres Coto M, Julio E. “La valoración en América”. Revista Colegio de Avaluadores. México. Documento en copia facilitado por Dr. Francisco Cavalli.

18 C.E. S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Cuarta. C.P. MILTON CHAVES GARCÍA Bogotá D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017) Rad. número: 44001-23-31-003-2011-00192-01(21973) Actor: DIEGO QUIÑONES CRUZ Demandado: MUNICIPIO DE MAICAO “El impuesto predial fue establecido por la Ley 48 de 1887, que autorizó a los departamentos para crearlo y recaudarlo, destinando un porcentaje del dos por mil a favor de los municipios, como un impuesto real sobre la propiedad inmueble. La Ley 20 de 1908 estableció como renta propia del departamento el recaudo de dicho impuesto, sin perjuicio del porcentaje correspondiente al municipio. Los artículos 97 de la Ley 4 de 1913 y 1 de la Ley 34 de 1920 fijaron el dos por mil como la tasa máxima con que los departamentos y municipios podían gravar la propiedad raíz.”

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/44001-23-31-000-2011-00192-01\(21973\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/44001-23-31-000-2011-00192-01(21973).pdf)

Consulta del 11 de febrero de 2024



Fueron los alarifes, los fundadores de la actividad de la valoración y sus primeras agremiaciones surgen en España en la mitad del siglo XV como lonjas, aunque en Colombia se tardaron hasta la primera mitad del siglo XX¹⁹ para surgir como centro de negocios y solo hasta mediados de 1980, se da vida al presente de la profesión valuadora al crearse el Registro Nacional de Avaluadores, el cual permitió a los profesionales de todas las disciplinas acreditar su experiencia para avaluar en principio inmuebles y luego todo tipo de bienes²⁰.

Pero del neolítico y del análisis aristotélico de la asignación del valor a los bienes, nos transportamos a los más recientes avances tecnológicos, donde la valoración ya no depende ni dependerá de un ser humano, sino de la aplicación de inteligencia artificial a través de algoritmos. De hecho, se han generado modelos automáticos de valuación, definidos como «herramientas y algoritmos utilizados en finanzas y negocios para determinar el valor de activos, inversiones, empresas o proyectos. Estos modelos automatizan el proceso de valoración y ayudan a los inversores, analistas financieros y empresas a tomar decisiones informadas».²¹

19 Lonja de Bogotá “Nuestra Historia” Fundada en 1945. <https://www.lonjadebogota.org.co/our-history/> y la Corporación Lonja de Propiedad Raíz de Medellín y Antioquia “La Lonja ligado a la historia de la ciudad en los últimos 50 años” se fundó en 1967

<https://www.lonja.org.co/la-lonja-ligado-a-la-historia-de-la-ciudad-en-los-ultimos-50-anos/>

20 Riveros Sáchica, Gustavo Adolfo. “La profesión del avalador: pasado, presente y futuro”. Artículo Local. Documento en copia facilitado por Dr. Francisco Cavalli.

21 Tinsa México. (julio de 2018) “Inteligencia Artificial y valuación automática de inmuebles” “Por esa razón, algunas de las principales aplicaciones y usos de los Modelos Automáticos de Valuación, son según esa misma fuente: Valoración de empresas: Los Modelos Automáticos de Valuación se utilizan para estimar el valor de una empresa en función de sus estados financieros, flujos de efectivo futuros, activos y pasivos. Esto es fundamental en fusiones y adquisiciones, financiamiento de empresas y toma de decisiones estratégicas. Valoración de activos: Pueden ayudar a determinar el valor de activos específicos, como bienes raíces, maquinaria, equipos o carteras de inversión. Valoración de inversiones: Los inversores utilizan estos modelos para evaluar el valor de las inversiones en acciones, bonos, bienes raíces y otros instrumentos financieros. Esto les ayuda a tomar decisiones sobre comprar, vender o mantener una inversión. Valoración de proyectos: En el ámbito de la planificación de proyectos, los Modelos Automáticos de Valuación pueden ser útiles para evaluar la rentabilidad de un proyecto futuro, calculando los flujos de efectivo esperados y descontándolos a un valor presente neto (VPN) o tasa interna de retorno (TIR)”.

Uno de los MAV que se encuentran en línea es el siguiente: <https://www.homelight.com/simple-home-value/quiz?#/qaas=5>

Inteligencia artificial y valuación automática de inmuebles - Tinsa Mexico

3. HISTORIA U ORIGEN DE LA VALORACIÓN EN EL CONCURSO

3.1. Derecho Romano

Doctrinalmente se ha aceptado que el derecho romano no contaba con un mecanismo concursal propiamente dicho, sin embargo, sí se cita a la *legis actio per manum iniectionem* como antecedente de la insolvencia; pues fue la primera acción para reclamar el pago de deudas de dinero, la cual no diferenciaba al deudor de sus bienes y estaba plasmada en la conocida Ley XII Tablas, específicamente en la Tabla III, 1-6.

Este procedimiento, según narra Aulo Gelio en *Noctes Atticae*, «funcionaba como una acción ejecutiva con la que se presionaba al deudor a pagar una sentencia que, desde tiempos remotísimos, fue siempre pecuniaria»²². En su trámite, el acreedor y el deudor se presentaban ante el pretor, de tal forma que el deudor podía pagar la deuda o presentar un *vindex*, quien se subrogaba en la calidad del deudor. Si no ocurría el pago ni la presentación del *vindex* dentro de los 30 días siguientes, el deudor era llevado por 60 días a casa del acreedor, quien estaba obligado a alimentarlo y podía presentarlo en tres ferias de mercado para que alguien se ofreciese como *vindex* o pagaría por él, y de pagar, se hiciera a sus servicios. Si esto no ocurría se consumaba la *manus iniectionis*, ya que el deudor era adjudicado al acreedor, quien podía matarlo (algunos consideran que en lugar de eso lo podía usar para su servicio) o venderlo como esclavo *trans tiberim*, pero al precio del mercado²³. En caso de que fueran varios acreedores la Ley de las XII Tablas consagraba el “*partes secanto*”, que se ha entendido como la división del cuerpo según el número de acreedores, pero sin que esta partición fuera proporcional a la deuda²⁴.

22 Soza Ried, María de los Ángeles “El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas repercusiones en el actual derecho de quiebras” Revista estudio historia jurídica No. 20 Valparaíso 1998 Universidad de los Andes, consultada www.scielo.cl el 2 de octubre de 2017.

23 Soza Ried, María de los Ángeles “El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas repercusiones en el actual derecho de quiebras”, Revista estudio historia jurídica No. 20 Valparaíso 1998, consultada www.scielo.cl el 2 de octubre de 2017, Universidad de los Andes.

Alemán Montrreal, Ana. “La Insolvencia, una cuestión de terminología jurídica”, Andavira Editora 2010, y Zambrana Moral, Patricia, “Historia legislativa y doctrinal de la *Cessio Bonorum* y de la cesión de bienes”, Málaga 1999,

24 Alemán Montrreal, Ana. “La Insolvencia, una cuestión de terminología jurídica”, Andavira Editora 2010”.



Según la autora Ana Alemán Montrreal, este es el procedimiento más antiguo de ejecución dirigido contra la persona del deudor, aunque algunos consideran que indirectamente supone una ejecución sobre los bienes ya que estos pasaban al acreedor o acreedores del deudor y aplicaba para los *iudicati* (por una sentencia condenatoria incumplida) y el *confesus*, «por todo ello, la *legis actio per manus iniectionem*, denota, o cuando menos, viene vinculado a una situación de insolvencia del deudor, a una imposibilidad de pago que, a mayor abundamiento, podría traducirse en una insuficiencia patrimonial: ni puede ni podrá pagar».²⁵

Luego surge la *bonorum venditio*, en la cual se pueden distinguir dos etapas: una preventiva, que consiste en el apoderamiento de la totalidad del patrimonio del deudor o *missio in bona debitoris*, y la otra, la venta en pública subasta de los bienes apoderados. La *missio in bona* podía ser solicitada por uno o varios acreedores, ciertos o condicionales. Una vez autorizada por el pretor, se ordenaba la *proscriptio*, que consistía en la colocación de carteles (*libelli*) en lugares concurridos de la ciudad, anunciando que los bienes corporales o incorporales iban a ser entregados a los acreedores para su sola custodia, tenencia o administración y que se procedería a su venta transcurrido el plazo establecido en la *proscriptio* o edicto.

Para eso, el magistrado escogía entre uno de los acreedores y por petición de ellos, a un *magíster bonorum*, que debía redactar las condiciones de venta y su función principal era la venta. La preparación de la venta implicaba la redacción de *lex bonorum vendundorum* o *lex venditionis*, documento que recogía un inventario de los bienes del deudor con sus cargas, el pasivo discriminado, el valor con el que se abriría la subasta y la garantía que debía prestar quien ganara la subasta. En ese momento surge la figura del *bonorum emptor* quien adquiría en la subasta el patrimonio del deudor y asumía el compromiso de pagar a sus deudores, «lógicamente el comprador pagaría una suma de acuerdo al valor de los bienes, lo que en la mayoría de los casos sería insuficiente para el pago total de las deudas»²⁶.

25 Alemán Montrreal, Ana. “La Insolvencia, una cuestión de terminología jurídica, Andavira Editora 2010”.

26 Alemán Montrreal, Ana. “La Insolvencia, una cuestión de terminología jurídica, Andavira Editora 2010”.

En cuanto a la *cessio bonorum*, una vez efectuada la cesión del deudor en favor de sus acreedores, ocurría la *missio in possessionem*, ya que la cesión de bienes en sí misma considerada no suponía una transmisión de la posesión, sino más bien el acto de renuncia a los bienes que llevaba implícita la autorización a los acreedores para que procediesen a su venta, para lo cual aplicaban la *bonorum venditio*. Pero esta cesión solo era viable si el deudor tenía bienes de cierta entidad, pues de lo contrario, sería la ejecución personal. Adicional a esto, la *cessio bonorum* evitaba la ejecución personal y la nota de infamia. Al aplicarse la *missio in possessionem* como segunda etapa de la *bonorum venditio*, nuevamente se debía agotar la *lex bonorum venditorum* o *lex venditionis* con el contenido referido.²⁷

Como vemos, en estos tres escenarios de ejecución con múltiples acreedores se habla de precio de mercado del deudor que se vende como esclavo en el extranjero, y en la *missio in possessionem* se habla del valor del bien cuya venta en subasta incluye este procedimiento. Así las cosas, el concepto de valor o precio ya existía en los primeros escenarios concursales.

3.2. Las Siete Partidas

En cuanto a esta compilación, las «(...) Partidas, son un cuerpo normativo redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1221-1284) con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del reino. Su nombre original era *Libro de las leyes*, y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación por las secciones en que se encontraba dividida».²⁸

Las Siete Partidas incorpora la cesión de bienes, en la Ley I Título XV Partida V se refiere al verbo desamparar²⁹ en lugar del verbo ceder, y establece que todo hombre libre puede «(...) Desamparar sus bienes que estuvieran en su poder o

27 Alemán Montrreal, Ana. La Insolvencia, una cuestión de terminología jurídica”, Andavira Editora 2010.

28 Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. “Las siete partidas, Edición 1807 de la Imprenta Real”

BOE.es - LAS SIETE PARTIDAS, EDICIÓN 1807 DE LA IMPRENTA REAL

29 Real Academia de la Lengua. “Desamparar” Consulta del 10 de febrero de 2024

“Desamparar: 1. tr. Abandonar, dejar sin amparo ni favor a alguien o algo que lo pide o necesita”.

desamparar | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE



de otro, cuando no tenga como que pagar lo que debe, debiendo desampararlo frente al acreedor. Entonces el acreedor debe tomar todos los bienes del deudor, salvo los paños de lino que vistiera, no le debe dejar nada, salvo que tuviera deudas por alimentos o con privilegios a quienes le debería dejar bienes para que puedan vivir guiadamente, lo otro lo debe mandar a vender en almoneda³⁰ y entregar el precio de estos bienes».

Se permitía al deudor abandonar los bienes ante el acreedor para que estos fueran vendidos en *venta pública al mejor postor* entendiendo que el mejor será el que más abone como valor de estos, aunque le consentían al mismo conservar sus ropas, y algunos bienes para atender sus obligaciones por alimentos o para tener una subsistencia básica.

3.3. Del Derecho Romano a Salgado de Somoza

El autor Wolfgang Forster advierte que la institución que pervivió en las legislaciones europeas ante la incapacidad de pago del deudor no fue la *legis actio per manus iniectionem*, sino la *cessio bonorum*, pues fue en torno a esta institución romana que se estructuraron los mecanismos concursales europeos del Medioevo y del Renacimiento, hasta cuando surge la obra de Salgado de Somoza, sobre el nuevo proceso *novum iudicandum concursus o cessio nova* que si bien no es de su autoría, pues fue producto de la práctica judicial de aquella época, Salgado de Somoza si lo sistematiza en su obra *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem inter illos causatam* (1646).

30 Etimología de Almoneda. Consulta del 23 de septiembre de 2023.

“La palabra almoneda no tiene nada que ver con moneda, pero igual que aduana, alhóndiga, almacén, arancel, maravedí, tara y tarifa, sí tiene que ver con el comercio y viene del árabe hispano. Se refiere a la venta pública al mejor postor, una subasta”. <https://etimologias.dechile.net/?almoneda>

Forster, Wolfgang. “La invención del juicio de Quiebra. Francisco Salgado de Somoza (1591-1665). Ediciones Universidad de Navarra. 2017. “La subasta “debe tener lugar allí donde se halla la pieza que se subastara. El alguacil, es decir, un funcionario judicial inferior, manda a ofrecer en una sala de tribunal pública las piezas a través de un pregonero, requiriendo este la entrega de una puja. Esto sucede después de tres días nuevamente y a los tres días una tercera vez. Después de un cierto plazo, se promulga la «Sentencia de trance y remate», en la que se pide al pregonero que otorgue la adjudicación. Vuelve a ofrecer públicamente los bienes, nuevamente en voz alta indicando la puja más elevada y otorga a continuación, pronunciando tres veces “buena”, la adjudicación al mejor postor».

En la *cessio bonorum* empleada en Europa, la forma de subasta es la conocida como *subasta con vela ardiendo*, que era un mecanismo común para la venta de los bienes cedidos a los acreedores, anunciando las pujas por pregón y admitiéndolas hasta que se consumiera una vela encendida desde el principio del acto³¹. Sin embargo, esta práctica se retiró por los posibles abusos para los que podía prestarse, dando paso a la que en la actualidad se conoce como «la triple proclamación que se cierra con un golpe de martillo y que parece haber sido usual en la subasta de libros».³²

En el *novum iudicandum*, también se prevé la subasta de los bienes del deudor, tal y como operaba en Las Siete Partidas, aunque también era posible una distribución inmediata de los objetos del patrimonio entre acreedores, los cuales eran estimados por un precio constituyéndose en la forma en que el acreedor se pagaba.

Todos los mecanismos de venta de los bienes cedidos o abandonados por el deudor en favor de sus acreedores (Siete Partidas, *cessio bonorum europea o novum iudicandum concursus*) se vendían en subasta bien fuera en almoneda, en vela y pregón o asignándosele al acreedor, y todos sin excepción, partían de un valor o precio.

4. EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS CONCURSALES EN COLOMBIA CON RELACIÓN A LA VALORACIÓN

Durante los últimos 70 años Colombia ha tenido diferentes normas concursales que se han acompañado con la situación económica existente al momento de su expedición, pasando de mecanismos judiciales a menos judiciales o desjudicializados, no obstante, al igual que en las instituciones históricas referidas, la valoración se hace presente, pero no solo en el momento de la venta de los bienes como solución última para el pago de los acreedores.

Es así como, desde el Código de Comercio Colombiano de 1971 hasta la Ley 550 de 1999³³, se pueden identificar tres manifestaciones principales de

31 La RAE refiere a esta subasta como vela y pregón.

32 Forster, Wolfgang. La invención del juicio de Quiebra. Francisco Salgado de Somoza (1591-1665). Ediciones Universidad de Navarra. 2017.

33 Cabe anotar que la Ley 550 de 1999 incluyó normas que reglamentaban la actuación de los avaluadores, las características de los avalúos, e incluso, causales de impedimento o



valoración: la primera de ellas con relación a la información que debe presentarse al solicitar el concurso, dado que se exige la presentación de un inventario, casi siempre debidamente valorado, y con la debida indicación del método de valoración aplicado³⁴, una segunda manifestación cuando el acreedor va a hacer valer el privilegio sobre un activo en virtud de una garantía y se debe determinar el valor del activo para definir el alcance de dicha preferencia³⁵, y una tercera, cuando en los escenarios de liquidación nos encontramos ante la necesidad de avaluar los bienes a ser enajenados para poder atender el pasivo³⁶.

Lo anterior implica que independientemente del mecanismo concursal adoptado por la ley colombiana, en términos de si es judicial o desjudicializado, siempre se hacen presentes los requerimientos de información sobre el activo del deudor y los instrumentos para resolver las discusiones en torno al valor de los bienes, ya sea para efectos de determinación del privilegio o para su enajenación en escenarios de liquidación.

5. REGULACIÓN CONCURSAL DE LA VALORACIÓN, AVALÚOS Y AVALUADORES

5.1. Ley 1116 de 2006 y Decreto 1074 de 2015

En las normas del actual régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, encontramos nuevamente las tres manifestaciones frente a la valoración de activos: primero, que el inventario valorado se requiere en la solicitud de reorganización, en la liquidación e incluso en el escenario de liquidación por adjudicación, no solo porque así lo requiere la ley concursal sino porque esta exigencia guarda correspondencia con la normatividad contable³⁷.

recusación de los avaluadores fuera del concurso, lo cual es claro ejemplo de la dispersión normativa existente en el régimen colombiano hasta el momento en el que se expidió la Ley 1673 de 2013 o Ley del Avaluador, referida más adelante.

- 34 C. de Comercio, artículos 1912 y 1938 1971, D. 350 de 1989 artículo 4º. L. 222 de 1995 artículo 97 y L.550 de 1999 artículo 20.
- 35 D. 350 de 1989, artículo 21, L. 222 de 1995 artículo 120 y L. 550 de 1999 artículo 26.
- 36 C. de Comercio 1971 artículo 1945, 1946, 1953 y 1961 y L. 222 de 1995 artículos 151, 157, 166, 167, 178, 179, 180, 181, 182, 194 y 195. El D.350 de 1989 y la L. 550 de 1999, solamente consagran mecanismos recuperatorios.
- 37 Auditoría & Gestión. Entidad de Origen Consejo Técnico de la Contaduría Pública, n.º de Radicación 2015-719- CONSULTA. Consulta del 10 de febrero de 2024. “Bajo los nuevos marcos técnicos normativos el avaluador debe producir y entregar información suficiente para que su cliente pueda satisfacer los criterios de reconocimiento y medición inicial y



Segundo, la posibilidad de controvertir la valoración de los bienes revelados por el deudor en su contabilidad para cuestionar el valor del patrimonio contable y los derechos de voto de los internos, o para determinar el valor del bien en garantía y por ende la extensión de la cobertura respecto del crédito. Y tercero, y último, la valoración de los activos en escenarios de ejecución de garantías en reorganización o liquidación para su enajenación o adjudicación a favor de los acreedores con vocación de pago en la liquidación.

Sin embargo, al igual que la Ley 550 de 1999, las normas de insolvencia actuales también regulan el contenido de los avalúos y las firmas especializadas para fines valuatorios.

A continuación, presentamos un arqueo de normas actuales relacionadas con este tipo de manifestaciones: avalúos, valoración y avaluadores en la insolvencia empresarial.

5.1.1. Ley 1116 de 2006

- ARTÍCULO 13. SOLICITUD DE ADMISIÓN. La solicitud de inicio del proceso de reorganización por parte del deudor o de este y sus acreedores deberá venir acompañada de los siguientes documentos:
(...) 3. Un estado de inventario de activos y pasivos con corte a la misma fecha indicada en el numeral anterior.
- ARTÍCULO 19. PROVIDENCIA DE INICIO DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN. La providencia que decreta el inicio del proceso de reorganización deberá comprender los siguientes aspectos:
4. Disponer el traslado por el término de diez (10) días a partir del vencimiento del término anterior, del estado del inventario de los bienes del deudor presentado con la solicitud de inicio del proceso

posterior establecidos en los marcos. En otras palabras, el avalúo requiere de los criterios y metodologías contempladas por el avaluador para poder llevar a cabo el registro, porque de otra manera el preparador de la información financiera no sabría cómo hacerlo.”

<https://www.auditoriaygestion.co/que-debe-contener-un-avaluo-bajo-niif/>

Norma Internacional de Contabilidad NIC 16. En este sentido, ver el párrafo 34 de la NIC 16 que se refiere a la necesidad de la revaluación de los bienes, pues “Algunos elementos de propiedades, planta y equipo experimentan cambios significativos y volátiles en su valor razonable, por lo que necesitarán revaluaciones anuales”. Sin perjuicio del Artículo 19 del Decreto 1420 de 1998 esos dictámenes tienen validez por el término de un (1) año.



y del proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto mencionada en el anterior numeral, con el fin de que los acreedores puedan objetarlos.

- ARTÍCULO 39. PUBLICIDAD Y DEPÓSITO DEL ACUERDO. Todos los gastos derivados de la publicidad del proceso, de la negociación, de la celebración y de la ejecución de un acuerdo de reorganización o del acuerdo de adjudicación, con excepción de los avalúos solicitados por los acreedores, correrán por cuenta del deudor, sin perjuicio de estipulación en contrario prevista en el acuerdo.
- ARTÍCULO 48. PROVIDENCIA DE APERTURA. La providencia de apertura del proceso de liquidación judicial dispondrá:
 9. Ordenar al liquidador la elaboración del inventario de los activos del deudor, el cual deberá elaborar el liquidador en un plazo máximo de treinta (30) días a partir de su posesión. Los bienes serán avaluados por expertos designados de listas elaboradas por la Superintendencia de Sociedades. Una vez vencido el término, el liquidador entregará al juez concursal el inventario para que este le corra traslado por el término de diez (10) días.
- ARTÍCULO 49. APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL INMEDIATA. Procederá de manera inmediata en los siguientes casos: Parágrafo 2. La solicitud de inicio del proceso de liquidación judicial por parte del deudor o de este y sus acreedores deberá venir acompañada de los siguientes documentos:
 3. Un estado de inventario de activos y pasivos cortado en la misma fecha indicada en el numeral anterior, debidamente certificado y valorado.
- ARTÍCULO 53. INVENTARIO DE BIENES, RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS Y DERECHOS DE VOTO. El liquidador procederá a actualizar los créditos reconocidos y graduados y el inventario de bienes en el acuerdo de reorganización y a incorporar los créditos calificados y graduados en el concordato, si fuere el caso, los derechos de votos y los créditos en el acuerdo de reorganización fallido y a realizar el inventario de bienes en estos dos últimos, desde la fecha del vencimiento de la obligación hasta la de inicio del proceso de liquidación judicial, en los términos previstos en la presente ley.



En el caso del proceso de liquidación judicial inmediata, o respecto a los gastos causados con posterioridad a la admisión al acuerdo de reorganización, el acuerdo de reestructuración o el concordato, tendrá aplicación lo dispuesto en esta ley en materia de elaboración de inventarios por parte del liquidador y presentación de acreencias. En el proceso de liquidación judicial, el traslado del reconocimiento de créditos, del inventario de los bienes del deudor y las objeciones a los mismos serán tramitados en los mismos términos previstos en la presente ley para el acuerdo de reorganización.

- ARTÍCULO 57. ENAJENACIÓN DE ACTIVOS Y PLAZO PARA PRESENTAR EL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN. En un plazo de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que quede en firme la calificación y graduación de créditos y el inventario de bienes del deudor, el liquidador procederá a enajenar los activos inventariados por un valor no inferior al del avalúo, en forma directa o acudiendo al sistema de subasta privada.
- ARTÍCULO 64. ADJUDICACIÓN ADICIONAL. Cuando después de terminado el proceso de liquidación judicial, aparezcan nuevos bienes del deudor, o cuando el juez del proceso de liquidación judicial dejó de adjudicar bienes inventariados, habrá lugar a una adjudicación adicional conforme a las siguientes reglas: 4. Una vez establecida la existencia de los bienes, ordenará al liquidador que proceda a valorar el inventario en los términos de la presente ley, sin que sea necesaria la intervención de los acreedores.
- ARTÍCULO 81. PERITOS Y AVALUADORES. El Gobierno Nacional establecerá las condiciones que deberán cumplir los peritos y evaluadores para la prestación de los servicios que requiera esta ley, observando como mínimo las condiciones y requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para los auxiliares de la justicia; en todo caso, será el juez del concurso quien designe a los peritos y evaluadores. Mientras el Gobierno Nacional no establezca los requisitos aplicables a peritos y evaluadores, se aplicarán las normas vigentes al momento de expedirse la presente ley. PARÁGRAFO. Cuando en el acuerdo de reorganización, en la adjudicación o en la liquidación judicial se pacte la venta de la empresa como unidad de explotación económica, será



necesario adelantar una valoración por firmas especializadas, que ingresen a la lista establecida por la Superintendencia de Sociedades. El presente párrafo será reglamentado por el Gobierno Nacional.

5.1.2. Decreto 1074 de 2015

- Relativo a ejecución de garantías Ley 1676 de 2013: 2.2.2.4.2.31, 2.2.2.4.2.32, 2.2.2.4.2.33, 2.2.2.4.2.36, 2.2.2.4.2.41, 2.2.2.4.2.45, 2.2.2.4.2.46, 2.2.2.4.2.47, 2.2.2.4.2.48, 2.2.2.4.2.64, 2.2.2.4.2.64, 2.2.2.4.2.69, 2.2.2.4.2.74, 2.2.2.4.2.75, 2.2.2.4.2.76 y 2.2.2.4.2.77.
- Relativo a los avalúos y evaluadores: 2.2.2.11.11.5, 2.2.2.11.12.2, 2.2.2.11.12.4, 2.2.2.11.12.5, 2.2.2.13.1.1., 2.2.2.13.1.2., 2.2.2.13.1.3., 2.2.2.13.1.4., 2.2.2.13.1.6, 2.2.2.13.1.8., 2.2.2.13.1.9., 2.2.2.13.1.10, 2.2.2.13.2.1. al 2.2.2.13.2.9.

5.2. Normas especiales de evaluadores y avalúos: Ley 1673 de 2013

Previo a la expedición de la Ley 1673 de 2013, existían en la legislación nacional una serie de normas atomizadas que regulaban asuntos relacionados a la valoración de activos; como eran las mismas normas especiales de insolvencia empresarial que aún subsisten, pero también reglas para escenarios especiales y variados como compras públicas, servidumbres de hidrocarburos y ley de tierras, entre otras³⁸. Lo anterior, sin perjuicio de las normas contables a las que nos referimos y que tienen un régimen diferenciado por especialidad, como es la Ley 1314 de 2009, mediante la cual se incorporaron las NIIF al régimen nacional.

En cuanto a la Ley 1673 de 2013 o ley del evaluador, esta no fue el primer intento en revestir de profesionalidad la labor del evaluador y de los avalúos en sí mismos, pues en la Ley 546 de 1999³⁹ o ley de Vivienda en su artículo 50 se

38 Documento PPT Profesor Ramon Eduardo Madriñán, SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS ANA: ¡LA NUEVA ERA! Bogotá, D.C., 15 de julio de 2016, consultado en <https://sociedadcolombianadearquitectos.org/memorias/AVALUADORES2016/ANA-LaNuevaEra.pdf> el 10 de febrero de 2024

39 Avalúos y evaluadores Artículo 50.-. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 422 de 2000, Derogado por el art. 39, Ley 1673 de 2013. “Sin perjuicio de la competencia que en materia de avalúo corresponde al Instituto Agustín Codazzi y a los catastros municipales y departamentales y distritales autorizados por la Ley, los avalúos que se requieran para las operaciones activas y pasivas de que trata la presente Ley, serán realizados por personas pertenecientes a una lista cuya integración y actualización corresponderá reglamentar a la Superintendencia de Industria y Comercio, con sujeción a



estableció que los avalúos necesarios para operaciones activas y pasivas de crédito de vivienda debían ser realizados por personas inscritas ante la Superintendencia de Industria y Comercio con atención a requisitos de profesionalidad y solvencia moral y a su vez la ley 233 de 1995⁴⁰ de Reforma al Estatuto Tributario, en su

los requisitos de idoneidad profesional, solvencia moral, independencia y responsabilidad, en los términos que determine el Gobierno Nacional. La remuneración de la labor de los avaluadores se hará con base en el número de metros cuadrados de los bienes inmuebles, aplicando una tarifa descendente en proporción a la extensión, y con un monto máximo establecido en el respectivo reglamento del Gobierno Nacional". Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la corte Constitucional mediante Sentencia C-1265 de 2000 ; NOTA: La constitucionalidad del texto restante, se declara únicamente bajo el entendido de que la Superintendencia de Industria y Comercio, al reglamentar lo concerniente a la integración y actualización de la lista de peritos avaluadores, sólo podrá referirse a la parte operativa y administrativa de la misma; no podrá añadir requisitos o exigencias adicionales a las de la ley para ser inscrito, e inscribirá a todo aquel que, cumpliendo los requisitos legales, así lo solicite. También se condiciona la exequibilidad de este precepto en el sentido de que el trámite para la inscripción de los peritos avaluadores en la lista deberá ser abierto y transparente, para garantizar el libre acceso de las personas al ejercicio de dicha ocupación. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=180> consultado el 12 de febrero de 2024

40 Estatuto Tributario, Artículo 90-1. Valor de Enajenación de los Bienes Raíces. Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo: "Artículo 90-1. Valor de Enajenación de los Bienes Raíces. Cuando el administrador de impuestos y aduanas nacionales establezca que el valor de enajenación de los bienes raíces que aparece en las respectivas escrituras es inferior en más de un cincuenta por ciento (50 %) al valor comercial del correspondiente predio en el momento de enajenación, podrá tomar como valor comercial de enajenación y para todos los demás fines del impuesto sobre la renta y complementarios, el valor comercial determinado en la forma prevista en este artículo, menos el cincuenta por ciento (50 %) de margen de error. "Para la determinación del valor comercial de los inmuebles, los administradores de impuestos y aduanas nacionales deberán utilizar estadísticas, avalúos, índices y otras informaciones disponibles sobre el valor de la propiedad raíz en la respectiva localidad, suministradas por dependencias del Estado o por entidades privadas especializadas u ordenar un avalúo del predio, con cargo al presupuesto de la DIAN. El avalúo debe ser efectuado por las oficinas de catastro, por el Instituto Agustín Codazzi o por las lonjas de propiedad raíz o sus afiliados. En caso de que existan varias fuentes de información, se tomará el promedio de los valores disponibles. "Cuando el contribuyente considere que el valor comercial fijado por la administración tributaria no corresponde al de su predio, podrá pedir que, a su costa, dicho valor comercial se establezca por la lonja de propiedad raíz, el Instituto Agustín Codazzi o los catastros municipales, en los municipios donde no operen las lonjas. Dentro del proceso de determinación y discusión del impuesto, la administración tributaria podrá aceptar el avalúo pericial aportado por el contribuyente o solicitar otro avalúo a un perito diferente. En caso de que haya diferencia entre los dos avalúos, se tomará para efectos fiscales el promedio simple de los dos. Pero respecto de esta última la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-492 de



artículo 79 establecía que los avalúos para fines fiscales podían ser elaborados por las Lonjas de Propiedad Raíz o sus afiliados.

Por esta razón, se considera que la Ley 1673 representa un gran avance para la actividad de valoración y todo lo relacionado con ella, tal y como lo comentan los profesores Ramón Madriñán y María Alejandra Pérez, en el libro *Comentarios a la nueva ley del avaluador*⁴¹, así:

«(...) el legislador ha sido acertado al establecer expresamente el riesgo social que implica la actividad de los avaluadores, los requisitos a cargo de los avaluadores para el ejercicio de la actividad, incluyendo, además del requisito de contar con títulos académicos, un código de ética de la actividad del orden legal, así como la posibilidad de romper las asimetrías de información en el mercado de servicio de valuación mediante la creación del Registro Abierto de Avaluadores (RAA), el cual llevará a contar con una base de datos única de avaluadores habilitados para desarrollar la actividad de valuación en el país. Lo anterior, será administrado y financiado bajo un esquema de autorregulación a cargo de las Entidades Reconocidas de Autorregulación (ERA) a las cuales los avaluadores deben someterse, vía inscripción o afiliación».

Con base en la revisión de la Ley 1673 de 2013, y con el propósito de integrar las normas de insolvencia con los parámetros legales propios de los avalúos y la valoración, siempre se deben tener en cuenta los siguientes conceptos, términos y parámetros, para actuar con mayor precisión y técnica en las oportunidades procesales correspondientes de la reorganización o liquidación.

5.2.1. Ley 1673 de 2013

- Artículo 2.º ÁMBITO DE APLICACIÓN: A partir de la entrada en vigencia de esta ley, quienes actúen como avaluadores, valuadores, tasadores y demás términos que se asimilen a estos, utilizados en Colombia, se regirán exclusivamente por esta ley y aquellas normas que la desarrollen o la complementen para buscar la organización y

1996, y específicamente en cuanto al alcance de las «lonjas de propiedad raíz» advirtiendo que debía entenderse en sentido genérico».

41 Madriñán Ramón y Pérez María Alejandra, *Comentarios a la nueva ley del avaluador*. Bogotá, Legis Editores 2014.



unificación normativa de la actividad del avaluador, en busca de la seguridad jurídica y los mecanismos de protección de la valuación.

- Artículo 3º DEFINICIONES. Para efectos de la presente ley se entenderán como:

VALUACIÓN: Es la actividad por medio de la cual se determina el valor de un bien de conformidad con los métodos, técnicas, actuaciones, criterios y herramientas que se consideren necesarios y pertinentes para el dictamen. El dictamen de la valuación se denomina avalúo;

AVALÚO CORPORATIVO: Es el avalúo que realiza un gremio o lonja de propiedad raíz con la participación colegiada de sus agremiados;

AVALUADOR: Persona natural que posee la formación debidamente reconocida para llevar a cabo la valuación de un tipo de bienes y que se encuentra inscrita ante el Registro Abierto de Avaluadores;

- Artículo 4.º DESEMPEÑO DE LAS ACTIVIDADES DEL AVALUADOR. El avaluador desempeña, a manera de ejemplo, las siguientes actividades sobre bienes tangibles: “(...)
 - c) En los procesos judiciales y arbitrales cuando se requiere para dirimir conflictos de toda índole, entre ellos los juicios hipotecarios, de insolvencia, reorganización, remate, sucesiones, daciones en pago, donaciones, entre otros; (...)
 - f) Las empresas del Estado o de los particulares cuando lo requieren en procesos de fusión, escisión o liquidación;
 - g) El servicio a las personas naturales o jurídicas que requieren avalúos periódicos de sus activos para efectos contables, balances, liquidación de impuestos que evidencien la transparencia de los valores expresados en estos informes, presentados a los accionistas acreedores, inversionistas y entidades de control;
 - h) Los dictámenes de valor de los bienes tangibles, bien sean simples o compuestos, géneros o singularidades;
 - i) Los dictámenes de valor de los bienes intangibles, reestructuración que para tal efecto determine expresamente el Gobierno Nacional. (...)"



- Artículo 8.º INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS E INCOMPATIBILIDADES. Los evaluadores que realicen avalúos con destino a procesos judiciales o administrativos, o cuando sus avalúos vayan a hacer parte de las declaraciones y soportes que las personas y entidades realicen ante cualquier autoridad del Estado, tendrán las mismas obligaciones que los funcionarios públicos y se les aplicará en su totalidad las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, contempladas en la normatividad que regule la materia. Lo anterior, sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil a que hubiere lugar conforme a las leyes colombianas y los requisitos, inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, contempladas en otras normas legales.
- Artículo 14.º DEBERES GENERALES DEL AVALUADOR INSCRITO EN EL REGISTRO ABIERTO DE AVALUADORES. Son deberes generales del evaluador inscrito en el Registro Abierto de Evaluadores los siguientes: (...) f) Obrar con la mayor prudencia y diligencia cuando se emitan conceptos sobre las actuaciones de los demás evaluadores inscritos en el Registro Abierto de Evaluadores;
- Artículo 15.º DEBERES DEL AVALUADOR INSCRITO EN EL REGISTRO ABIERTO DE AVALUADORES PARA CON SUS CLIENTES Y EL PÚBLICO EN GENERAL. Son deberes de evaluador inscrito en el Registro Abierto de Evaluadores para con sus clientes y el público en general: c) El evaluador inscrito en el Registro Abierto de Evaluadores que dirija el cumplimiento de contratos entre sus clientes y terceras personas es ante todo asesor y guardián de los intereses de sus clientes, pero en ningún caso le es lícito actuar en perjuicio de aquellos terceros.
- Artículo 21.º POSESIÓN EN CARGOS, SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS O REALIZACIÓN DE DICTÁMENES TÉCNICOS QUE IMPLIQUEN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE AVALUADOR. Para utilizar el título de evaluador inscrito en el Registro Abierto de Evaluadores, tomar posesión de un cargo de naturaleza pública o privada, participar en licitaciones, emitir dictámenes sobre aspectos técnicos de valuación ante organismos estatales o ante personas naturales o jurídicas de derecho privado, y demás actividades cuyo objeto implique el ejercicio de la actividad de evaluador en cualquiera de sus especialidades, se debe exigir la presentación en original o mediante mecanismo digital,



del documento que acredita la inscripción en el Registro Abierto de Avaluadores (RAA).

- Artículo 22.º DICTÁMENES PERICIALES. El cargo o la función de perito, cuando el dictamen comprenda cuestiones técnicas de valuación, se encomendará al avalador inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores (RAA) en los términos de la presente ley y cuya especialidad corresponda a la materia objeto del dictamen.

5.2.2. Decreto 556 de 2014 por el cual se reglamenta la Ley 1673 de 2013

- Artículo 3. DEFINICIONES. Para los efectos de este Decreto, se establecen las siguientes definiciones:

AFILIADOS O MIEMBROS: Son aquellas personas que en el ejercicio del derecho de asociación son aceptados para que concurran y, de estar habilitados para ello, deliberen y voten en las decisiones del máximo órgano de dirección de una Entidad Reconocida de Autorregulación, de conformidad con los estatutos de la respectiva entidad. Además, tendrán los derechos y obligaciones que determinen las normas internas de la entidad. Los avaladores afiliados o miembros de una Entidad Reconocida de Autorregulación deberán estar inscritos en el Registro Abierto de Avaluadores, a más tardar al finalizar el plazo establecido en los artículos 6 y 23 de la Ley 1673 de 2013.

INSCRITOS: Son las personas naturales que realizan las actividades de valuación y que previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 6 de la Ley 1673 de 2013, han sido inscritos por la Entidad Reconocida de Autorregulación en el Registro Abierto de Avaluadores. La inscripción conlleva la obligación de autorregulación por parte de la Entidad Reconocida de Autorregulación ante la cual el avalador se ha inscrito.

REGISTRO ABIERTO DE AVALUADORES (RAA): Es el protocolo único, de acceso abierto a cualquier interesado, a cargo de las Entidades Reconocidas de Autorregulación de avaladores, en donde se registra, conserva y actualiza la información relativa a la inscripción de avaladores, a las sanciones disciplinarias a las que



haya lugar en desarrollo de la actividad de autorregulación y demás información que de acuerdo con las regulaciones deba o pueda ser registrada en él.

- Artículo 4. CATEGORÍAS EN LAS QUE LOS AVALUADORES PUEDEN INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO ABIERTO DE AVALUADORES. Para efectos de la inscripción en el RAA, los avaluadores podrán inscribirse en una o más categorías o especialidades señaladas en la siguiente tabla, de acuerdo con los conocimientos específicos requeridos por la ley, aplicados a los alcances establecidos para cada categoría de bienes a avaluar, debidamente acreditados, de conformidad con lo previsto en el artículo 6. de la Ley 1673 de 2013 y en el presente decreto:
 1. Inmuebles urbanos
 2. Inmuebles rurales
 3. Recursos naturales y suelos de protección
 4. Obras de infraestructura
 5. Edificaciones de conservación arqueológica y monumentos históricos
 6. Inmuebles especiales
 7. Maquinaria fija, equipos y maquinaria móvil
 8. Maquinaria y equipos especiales
 9. Obras de arte, orfebrería, patrimoniales y similares
 10. Semovientes y animales
 11. Activos operacionales y establecimientos de comercio
 12. Intangibles
 13. Intangibles especiales

5.2.3. Decreto 1074 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo

- Artículo 2.2.2.13.1.8. AVALÚO COMERCIAL. Para los efectos de este capítulo se denomina avalúo comercial el estudio de carácter técnico, artístico o científico, según corresponda, adelantado por personas naturales o jurídicas de comprobada trayectoria e idoneidad profesional para determinar el valor de un bien o un conjunto de bienes materiales o inmateriales, con la finalidad específica de adjudicación o venta en los términos de la Ley 1116 de 2006.

5.2.4. Decreto 1170 de 2015 Decreto Reglamentario Único del Sector Administrativo de Información Estadística.

- Artículo 2.2.2.3.8 LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ. Se entiende por lonja de propiedad raíz las asociaciones o colegios que agrupan a profesionales en finca raíz, peritazgo y avalúo de inmuebles.



- Artículo 2.2.2.3.18. VIGENCIA DE LOS AVALÚOS. Los avalúos tendrán una vigencia de un (1) año, contados desde la fecha de su expedición o desde aquella en que se decidió la revisión o impugnación.

5.3. Normas procesales de valoración, avalúos y valuadores

Teniendo en cuenta que los mecanismos concursales previstos en el régimen de insolvencia empresarial de la Ley 1116 de 2006 son judiciales, es decir, son procesos judiciales, el artículo 124 de la referida ley consagra que, en los casos no regulados expresamente en esta ley, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Actualmente, las normas procesales aplicables son las contenidas en el Código General del Proceso, el cual entró a regir en el 2014, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1116 y que derogó el referido Código de Procedimiento Civil.

Para ubicar la normatividad procesal de la valuación o avaluo, es necesario reiterar que resultado del trabajo del valuador desde el punto de vista técnico es un dictamen y el dictamen está reconocido como uno de los medios probatorios que pueden ser empleados dentro de los procesos, según el artículo 165 del Código General del Proceso. A su vez, la regulación como medio probatorio se encuentra prevista en el Capítulo VI Prueba Pericial, Sección Tercera Régimen Probatorio del Código General del Proceso, entre los artículos 226 al 235.

En un principio se podría pensar que todos esos artículos aplican plenamente en los procesos concursales, pero lo cierto es que la Superintendencia de Sociedades ha delimitado la aplicación de algunos de ellos debido a la naturaleza de los procesos concursales, y algunos que no aplican son: (i) artículo 227 y el término adicional para aportar el avaluo cuando el otorgado sea insuficiente⁴², (ii) artículo 230 y la entrega de un cuestionario⁴³ por parte del juez del concurso cuando ordena un avaluo de oficio, (iii) artículo 231 y dejar en secretaría del despacho el dictamen decretado de oficio, (iv) artículo 232 y la apreciación del dictamen en cabeza únicamente del juez, pues en la insolvencia el promotor o el liquidador también tienen la tarea de apreciarlo al momento de agotar la etapa de conciliación de las objeciones y (v) artículo 233, y el deber de colaboración

42 Proceso de Intervención por captación Rentafolio y Fondo Premium.

43 Comercializadora Internacional Texman S.A.S. - 426-01123 - 6/2/24



de las partes, especialmente cuando la parte es representada por el auxiliar de justicia⁴⁴.

Pero quizás, el hecho más relevante en la diferenciación entre un dictamen en los procesos de insolvencia y un dictamen en los demás procesos a los que se les aplica el Código General del Proceso, es que el primero, sí o sí, será tratado como prueba documental y no como dictamen. Tal y como lo señaló la Superintendencia de Sociedades, en el proceso de reorganización de Recaudo Bogotá S.A.S., en el Auto 400-005596 del 5 de julio de 2019:

«Si bien es cierto que los avalúos corresponden a dictámenes periciales, su estudio y contradicción deberá hacerse conforme a las reglas del régimen de insolvencia empresarial, conforme a las reglas de estudio y valoración de las pruebas documentales y no a través de las reglas de contradicción de las pruebas periciales, es decir a través de interrogatorios de los peritos».

Adicional a las normas referidas, también deben tenerse en cuenta las normas del Código General del Proceso respecto de los auxiliares de justicia, es decir, desde el artículo 47 al artículo 50, las cuales aplican respecto del evaluador en simultánea con la ley 1673 de 2013, referido en el numeral anterior de este acápite.

6. ESCENARIOS DE VALORACIÓN EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

Las etapas en las que ocurren eventos de valoración durante el desarrollo del concurso, son aquellos momentos en los que se exige la presentación de valoraciones o en las que estas son controvertidas con la consecuente presentación de otra u otras valoraciones.

6.1. En el proceso de reorganización empresarial, se pueden identificar los siguientes eventos:

- i) Solicitud de admisión a proceso de reorganización o validación de acuerdo extrajudicial: teniendo en cuenta que según el artículo 13 de la Ley 1116 de 2006 la contabilidad regular del deudor es el insumo fundamental de la solicitud, parte de la información contable a

44 SAC Estructuras Metálicas S.A.S. Rad. No. 2022-01-052196 del 5 de febrero de 2022. Memorial Radicado ante Superintendencia de Sociedades.



presentar son los avalúos o valoraciones con base en los cuales se han contabilizado los activos del balance.

- ii) Objeciones al proyecto de calificación y graduación de créditos, determinación de derechos de voto e inventario: los artículos 29 y 30 de la Ley 1116 de 2006 establecen el trámite del traslado de los proyectos elaborados por el promotor para efecto de objetarlos y allegar las pruebas documentales que sustenten las objeciones. Así mismo, cualquier interesado en descorrer las objeciones puede presentar sus argumentos con pruebas documentales o dictámenes periciales, tanto en la objeción como en el descorre.
- iii) Autorizaciones del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006: en aras del cumplimiento de los principios concursales de la universalidad objetiva y subjetiva, el deudor no podrá realizar determinadas actividades a partir de la solicitud de admisión al proceso de reorganización o validación de acuerdo extrajudicial. Por esa razón, en el evento de que la operación o contrato a celebrar involucre activos y se requiera la autorización del juez del concurso, se necesita acreditar el valor de los bienes de propiedad del deudor y las condiciones acordadas con la otra parte, para efectos del análisis del juez del concurso.
- iv) Incidente para la terminación de contratos del artículo 21 de la Ley 1116 de 2006: de manera excepcional, el deudor puede solicitar al juez del concurso autorización para dar por terminado un contrato, en la medida en que logre probar que la relación costo-beneficio no le es conveniente o favorable, caso en el que podrá aportar un dictamen para sustentar su análisis.
- v) Ejecución de garantías en los términos de la Ley 1676 de 2013: dentro de estos procesos es posible ejecutar las garantías reales a las que se aplique dicha ley, sin embargo, más allá de si el bien es mueble o inmueble, para efectos del concurso deberá verificarse el valor del bien de acuerdo a lo ocurrido en el proceso.

6.2. En el proceso de liquidación judicial

- i) Solicitud de admisión a proceso de liquidación judicial: con la información contable se deberán presentar los avalúos o valoraciones con base en los cuales se han contabilizado los activos del balance.



- ii) Objeciones al proyecto de calificación y graduación de créditos, determinación de derechos de voto e inventario: según el artículo 48, también aplican los artículos 29 y 30 de la Ley 1116 de 2006.
- iii) Terminación de los contratos: la apertura de la liquidación implica la terminación de los contratos de trácto sucesivo, salvo los que el juez autorice o sean necesarios para la conservación del activo, de tal forma que para justificar la subsistencia de los contratos sería posible allegar un dictamen en aras de acreditar la conveniencia o necesidad.
- iv) Ejecución de garantías en los términos de la Ley 1676 de 2013: se predica lo mismo que en el numeral v) anterior.
- v) Escrituración de los bienes prometidos: según el artículo 51, el liquidador puede escriturar los bienes prometidos previo pago del precio restante del bien inmueble. Para determinar su precio se requerirá un avalúo, pues no necesariamente se tomaría el precio de la promesa de compraventa⁴⁵.
- vi) Actualización del avalúo: en el evento en que debido a la extensión en el tiempo del proceso pueda ser necesario actualizar el avalúo de los bienes que integran la masa activa.

7. EXCEPCIONES A LA VALORACIÓN

La principal excepción de valoración es la referente a que en la liquidación judicial el liquidador cuenta con la facultad de enajenar bienes susceptibles de deterioro o perdida sin necesidad de avalúo, como lo regula el artículo 2.2.2.13.1.6. del Decreto 1074 de 2015 vigente, según el cual:

«ARTÍCULO 2.2.2.13.1.6. Enajenación de activos PARÁGRAFO 1. Sin embargo, en cualquier momento del proceso, el agente interventor o el liquidador enajenará los bienes perecederos, aquellos que estén expuestos a deteriorarse o perderse. La enajenación de estos bienes se realizará sin necesidad de avalúo, en las mejores condiciones de mercado y por el medio que considere más expedito, siempre agotando previamente el deber de diligencia que le corresponde como administrador de la masa de bienes. Una vez realizados los bienes, el liquidador deberá constituir inmediatamente un certificado de depósito a órdenes del

45 Constructora Jaime Cárdenas Ltda. En Liquidación Judicial

juez del concurso y rendir un reporte acompañado de los soportes y pruebas correspondientes, en el que se acrediten las circunstancias que justificaron la enajenación y las condiciones en que dichos bienes fueron vendidos. (cursiva fuera de texto)

Esta norma se justifica en la medida de que entre la admisión al proceso de liquidación judicial y la aprobación del inventario valorado en la audiencia de resolución de objeciones, pueden transcurrir en promedio 18.4 meses⁴⁶, de tal forma que siendo el liquidador, el administrador de los bienes del deudor en liquidación, y debiendo maximizar el valor de los bienes según el principio de eficiencia del artículo 4.º de la Ley 1116 de 2006, la ley le habilita para enajenar bienes perecederos⁴⁷ o que puedan deteriorarse o perderse sin necesidad de avalúo. No obstante, la venta no es en cualquier condición, pues la norma ordena que esta venta se realice en las *mejores condiciones del mercado* y luego de la venta o enajenación, deberá acreditar ante el juez que se cumplió con este parámetro».⁴⁸

Como antecedente de esta excepción, la Superintendencia de Sociedades, AUTO 400-010682 del 11 de diciembre de 2019, en el proceso de CONALVÍAS S.A.S. en liquidación judicial, advirtió:

«(...) II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

2. En concordancia con el precepto normativo aludido, el artículo 2.2.2.13.1.6. del Decreto 1074 de 2015 establece que:

“En desarrollo de las facultades de representación legal, el liquidador podrá enajenar los bienes perecederos o aquellos que se estén deteriorando o amenacen deteriorarse.

46 Procesos de Liquidación Judicial (11) Período comprendido entre 2016 y 2023. Fuente propia.

47 Real Academia de la Lengua “Perecedero, perecedera”

“Perecedero 1. adj. Poco durable, que ha de perecer o acabarse. 2. m. coloq. Necesidad, estrechez o miseria en las cosas precisas para el sustento humano”

perecedero, perecedera | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE

48 No cumplir con ese parámetro podría configurar las conductas de los numerales 6 y 7 del artículo 2.2.2.11.4.1. Causales de incumplimiento de las funciones del auxiliar de la justicia del Decreto 2130 de 2015.



La enajenación de estos bienes perecederos o aquellos que se estén deteriorando o amenacen deteriorarse, se efectuará sin necesidad de avalúo en las mejores condiciones de mercado y por el medio que considere más expedito.

Una vez realizados los bienes, el liquidador deberá informar de ello al juez del concurso acreditando el estado de deterioro o la naturaleza de los bienes enajenados". (resaltado fuera del texto original)

3. De igual manera, el Código General del Proceso, en lo que respecta a las funciones del secuestre determina que: "Cuando los bienes secuestrados sean consumibles y se hallen expuestos a deteriorarse o perderse, y cuando se trate de muebles cuya depreciación por el paso del tiempo sea inevitable, el secuestre los enajenará en las condiciones normales del mercado, constituirá certificado de depósito a órdenes del juzgado con el dinero producto de la venta, y rendirá inmediatamente informe al juez". (resaltado fuera del texto).

4. De conformidad con lo anterior se evidencia que la ley no sólo faculta, sino que ordena al liquidador enajenar los bienes de la concursada cuando estos se encuentran en inminente riesgo de deterioro, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos, a saber:

(i) Lleve a cabo la venta de los bienes en las mejores condiciones de mercado sin necesidad de avalúo y por el medio que considere más expedito"

Igualmente, como excepción a la valoración, la normatividad proferida para la atención de la pandemia por COVID 19, que perdió vigencia en octubre de 2023, consagraba en el numeral 5.º artículo 12 del Decreto 772 de 2020, al regular la liquidación simplificada para el pequeño empresario, lo siguiente:

«5. Los acreedores podrán objetar el valor neto de liquidación asignado a los bienes presentando un avalúo conforme a lo señalado en la Ley 1116 de 2006 o una oferta vinculante de compra de uno o varios bienes por un valor superior al asignado (...).» (cursiva fuera de texto)

Lo anterior, implicaba, por una parte, que el valor del inventario de la liquidación no era resultado del avalúo de los bienes sino del valor neto de liquidación con el que se hubieran presentado los estados financieros al momento



de la solicitud de este concurso⁴⁹ y por otra parte, que para objetar dicho valor neto de liquidación, no se requería necesariamente un avalúo sino que bastaba una oferta por valor superior.

8. CASUÍSTICA EN LA VALORACIÓN DE DETERMINADOS ACTIVOS

De entre la multitud de pronunciamientos del juez del concurso, nos enfocaremos en decisiones emitidas en los últimos años, y que representan las diferentes situaciones que se pueden presentar. Uno de estos casos es aquel en el que, a pesar de existir expectativas (como el tiempo de posesión) o bienes (como vehículos), el juez decide que estos no deben formar parte del inventario y, por lo tanto, no deben ser valuados. En otras situaciones, aunque los bienes hayan sido valuados, estos sufren daño o deterioro durante el proceso y esto amerita que sus valuaciones sean actualizadas. Además, hay ocasiones en las que el valor del activo es tan insignificante que no justifica una valuación. También surgen casos relacionados con la valoración de derechos reales, como el usufructo, o los excedentes de un fideicomiso, cuyo valor se deberá determinar al momento de su liquidación.

- **Activo: Lotes en posesión**

Proceso: Fondo Ganadero de Córdoba S.A. En Liquidación Judicial - 400-018957 20/12/16

Decisión: «3. (...) no puede esta agencia judicial sustraerse de la realidad jurídica de la ausencia de derecho de dominio inscrito a favor de la concursada, y en este sentido no es posible tomar los bienes o los derechos sobre los mismos para inventariarlos y adjudicarlos a los accionistas (...».

- **Activo: Vehículo vinculado a proceso penal**

Proceso: PMG Ingeniería S.A.S. En Liquidación Judicial - 406-000711 - 17/07/20

49 Información que según el mismo artículo del decreto 772 de 2020, según el cual «PARÁGRAFO 1. La información financiera con corte al último mes presentada con la solicitud siempre debe venir preparada bajo el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, es decir, con la base contable del valor neto de liquidación, tal como se establece en el Decreto 2420 de 2015 o norma que lo modifique o adicione».



Decisión: Teniendo en cuenta la situación actual de los vehículos a que aludió el liquidador, este despacho los tendrá en cuenta en el presente inventario como un activo contingente (...) razón por la cual se comunica al liquidador para que adelante las gestiones necesarias (...) y de ser favorable dicha gestión, deberá solicitar ante este organismo, un inventario adicional conforme al artículo 64 de la Ley 1116 de 2006.

- **Activo: Bienes deteriorados durante el proceso**

Proceso: Pizano S.A. En Liquidación Judicial - 400-008238 -20/09/19

Decisión: «(...) I. ANTECEDENTES

1. Con memorial 2019-01-312130 de 22 de agosto de 2019, el liquidador solicitó la adición del Auto 2019-01-308884 de 16 de agosto de 2019 a fin de que se ordene la práctica de un nuevo avalúo sobre maquinaria, equipos, flotas, muebles y enseres de Pizano S.A. (...)

3. Mediante memorial 2019-01-332370 del 10 de septiembre de 2019, el perito valuador presentó respuesta a las solicitudes allegadas por el liquidador y solicitó el término de quince (15) días para actualizar el avalúo conforme a los hechos denunciados por el citado auxiliar de justicia, tales como hurto e incendio. 8. ... para que verifique físicamente los bienes de la concursada, que fueron objeto de avalúo, y presente un informe de actualización que contenga la cantidad y estado de los bienes ahora existentes, para lo cual se le concederá un término de 5 días desde la ejecutoría de la presente providencia. (...».

- **Activo: Bien con valor irrisorio**

Proceso: Tejidos De Punto Lindalana S.A.S., En Liquidación Judicial -400-011971 -3/08/17

Decisión: «(...) I. ANTECEDENTES

... para el nuevo avalúo de las marcas y manifestó que luego de su gestión solo recibió tres propuestas, que adjuntó a su memorial. Dijo que las marcas valen menos que los honorarios del valuador, y si se subastan se podría obtener un precio superior al del avalúo que el despacho desestimó; por lo anterior, solicitó admitir la subasta con base en los avalúos disponibles o designar el nuevo valuador (...».

«(...) RESUELVE

Primero. Aceptar la justificación presentada por el liquidador para no ordenar un nuevo avalúo de las marcas de propiedad de la concursada. (...».



- **Activo: Usufructo**

Proceso: Comercializadora Internacional Casa Ibáñez España S.A. - 400-010411 - 4/12/19

Decisión: «(...) De esta manera, contrario a lo que afirma el objetante, el avalúo tuvo en cuenta la vigencia del derecho de usufructo, para lo cual calculó las rentas esperadas a 30 años, de conformidad con el artículo 829 del Código Civil.

- **Activo: Excedentes de un fideicomiso**

Proceso: Asfalto y Hormigón S.A. En Reorganización - 610-000009 -25/01/23

Decisión: «En el certificado de garantía (...) remitido por la apoderada de la entidad financiera se observa que el deudor principal de la obligación es el Fideicomiso Entrevientos (...) donde su reconocimiento deriva de los beneficios del contrato de fiducia que llegue a obtener de las operaciones respectivas como beneficiarios y conforme al contrato de fiducia en segunda clase. (ii) (...) Que el valor reconocido de la garantía va hasta los derechos fiduciarios que tienen la concursada en el P.A. (...) pero es obligación del BBVA S.A. y de la fiduciaria en sus informes financieros del fideicomiso verificar la cobertura de la garantía al momento de hacerla efectiva. (...) Así mismo, es previsible como lo advirtió este juez del concurso, que eventualmente y una vez liquidado el patrimonio autónomo arroje un valor distinto al verdaderamente garantizado, máxime cuando se trata de beneficios económicos derivados de los excedentes de activos que existen en el Fideicomiso Entrevientos».

Por último, es importante mencionar, que, a la fecha de elaboración de este documento, ya se habían presentado dos casos de captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización, a través de la promoción y comercialización de activos digitales, los cuales fueron conocidos por la Superintendencia de Sociedades. La dificultad de rastreo y recuperación de este tipo de activos se hizo evidente en uno de ellos, cuando el agente interventor no pudo ubicar ningún activo digital, y por ende, tampoco avaluar, como dan cuenta los siguientes autos:



- **Activo: Criptoactivos**

Proceso: Ping Nine S.A. - 460-004630 -3/09/19 **Decisión:** «(...) la actividad desarrollada por Ping Nine S.A.S. constituye una captación masiva y habitual no autorizada de recursos de público, mediante la modalidad de recaudo de dinero en negociaciones de bóvedas virtuales o software de infraestructura de almacenamiento de información. A través de su plataforma www.fenixpremium.com y www.fenixlifepremium.com se obligaba al reconocimiento y pago fijo de rendimientos como lo indican en su modelo de negocios. Ahora bien, los abonos en cuentas virtuales de los clientes, configuraban el cumplimiento de las obligaciones asumidas sin una justificación financiera razonable (...) Con corte a 31 de marzo de 2018, se registra en el pasivo el monto a reintegrar por lo pagado por los clientes a títulos de derecho de uso, lo cual representa obligaciones con 3971 clientes o usuarios correspondientes a 8647 bóvedas por la suma de \$17,672,455,000».

Proceso: Ping Nine S.A.S.- 910-016309 - 29/11/21 **Decisión:** 3.3. Devoluciones a afectados. A la fecha no se han efectuado devoluciones a los afectados. 3.4. inventario de bienes distintos a dinero. Con Auto 2021-01-110505 de 7 de abril de 2021, se aprobó el inventario valorado de bienes por un valor total de \$94.800.000. Así mismo, en la diligencia de embargo y secuestro llevada a cabo el 5 de junio de 2019 y de la cual da cuenta el Acta 2019-01-237987 de 11 de junio del mismo año, se realizó el embargo y secuestro de los bienes muebles y enseres citados por el interventor en el memorial 2021-01-031918 de 10 de febrero de 2021 y del cual informó que enajenó por un valor total de \$6.800.000, de conformidad con el parágrafo del artículo 2.2.2.13.1.6 del DUR de 2015.

9. CONTROVERSIAS RELATIVAS A LA VALORACIÓN

Al igual que en el acápite anterior, hemos seleccionado una serie de decisiones de la Superintendencia de Sociedades en procesos de reorganización y liquidación, donde se reflejan algunos de los momentos mencionados en el acápite VI. A través de estos autos podemos apreciar como el juez del concurso:



1. Para efectos de admisión a un concurso exige al deudor la presentación de los avalúos como parte de la información financiera a entregar, no solo porque es un principio del concurso colombiano, sino también porque el reflejo contable de los activos es a veces usado como parámetro para la celebración de operaciones en el proceso ante la falta de un avalúo actualizado.
2. Respecto de la actualización de los avalúos, no siempre aprueba los reajustes y para ello invoca el principio de preclusión⁵⁰. Sin embargo, ante la extensa duración los procesos concursales en Colombia (3 años o más), el juez debería ponderar los principios de preclusión y eficiencia al momento de fallar este tipo de peticiones.
3. Con relación a la enajenación de activos en liquidación, en la ley colombiana, solo procede por el 100 % del valor del avalúo, (artículo 57 de la Ley 1116 de 2006) pero excepcionalmente puede autorizar la venta por debajo de ese 100%, cuando las circunstancias de los bienes o del mercado así lo ameriten.
4. En lo que respecta a las solicitudes y autorizaciones de ejecución de garantías, así como al valor de los bienes gravados, se observa una oscilación entre dos valores. Por un lado, está el valor del bien sujeto a garantía, el cual es el aprobado en el inventario valorado según la audiencia de resolución de objeciones. Por otro lado, el valor del bien puede ser determinado mediante un tercer avalúo decretado de oficio para obtener una valoración actualizada y aceptable.
5. Cuando hace uso del valor reflejado en la contabilidad porque no se ha agotado la aprobación del inventario valorado.

- **Controversia: Información como regla**

Proceso: C.I. Diseño y Moda Internacional S.A.S. En Reorganización - 400-010901 -17/12/19

50 Real Academia de la Lengua “Principio de preclusividad.” Consulta del 10 de febrero de 2024.

1. Proc.” Principio en virtud del cual, transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte, se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate”

<https://dpej.rae.es/lema/principio-de-preclusividad>



Decisión: «(...) 3. Este despacho reitera que en el caso de que la concursada posea bienes muebles e inmuebles sujetos a registro deberá aportar una relación de dichos bienes soportada con los certificados de tradición y libertad, copia de las tarjetas de propiedad de vehículos y avalúos de ser el caso (...).» «(...) 5. El despacho reitera que la información es un principio fundamental del proceso de reorganización y la requerida en esta providencia debe ser presentada con el mayor detalle y claridad».

Proceso: Constructora Valú Ltda. - 400-008770 - 7/10/19

Decisión: «(...) Así mismo, deberá aportar los avalúos que respaldan las valorizaciones que se indican a folio 89 del escrito 2019-01- 011217 de 18 de enero de 2018. (...) (...) Adicionalmente, el deudor deberá atender lo señalado en el artículo 2.2.2.4.2.31. del Decreto 1074 del 2015, indicando en el inventario los bienes dados en garantía, clasificándolos en necesarios y no necesarios para el desarrollo de su actividad económica, con la correspondiente valoración reflejada en los estados financieros, acompañada del avalúo que soporta el registro contable. (...)».

- **Controversia: Aclaración del avalúo presentado**

Proceso: Biorgánicos Del Otún S.A. ESP - 400-001935 - 10/02/16

Decisión: «(...) Así mismo, deberá aportar los avalúos que respaldan las valorizaciones que se indican a folio 89 del escrito 2019-01- 011217 de 18 de enero de 2018. (...) (...) Adicionalmente, el deudor deberá atender lo señalado en el artículo 2.2.2.4.2.31. del Decreto 1074 del 2015, indicando en el inventario los bienes dados en garantía, clasificándolos en necesarios y no necesarios para el desarrollo de su actividad económica, con la correspondiente valoración reflejada en los estados financieros, acompañada del avalúo que soporta el registro contable. (...)».

- **Controversia: Actualización**

Proceso: La Luz del Retiro S. A. En Liquidación Judicial - 400-006086- 30/04/2018

Decisión: «(...) ANTECEDENTE. Para actualizar el avalúo de seis (6) bienes inmuebles de propiedad de la concursada. (...)». «(...)



CONSIDERACIONES DEL DESPACHO. 1. La etapa de contradicción al avalúo de los bienes venció con su traslado y no se presentaron objeciones en su contra 2. ... no es posible que la liquidadora pretenda retrotraer el proceso a etapas agotadas. 3. ... se aprobó el avalúo de los bienes de la sociedad (...) providencia contenida en el Acta 405-001982 de 27 de septiembre de 2013. (...».

Proceso: Andean Iron Corp. Sucursal Colombia. En Liquidación Judicial - 400-007766-31/05/18

Decisión: «(...) I. ANTECEDENTES 1. Mediante providencia 400-017275 del 10 de noviembre de 2016, (...) 18 de mayo de 2017, el liquidador presentó el avalúo de los bienes inventariados. 2. De avalúo a los bienes se corrió traslado del 25 de mayo a 1 de junio de 2017. 3. Mediante memorial 2018-01-148440 de 11 de abril de 2018, el liquidador aportó una actualización del avalúo y solicitó tenerla en cuenta para el traslado correspondiente, como quiera que (i) el inicial tiene más de un año y perdió vigencia, (ii) las condiciones intrínsecas de los bienes que conforman la planta industrial y las extrínsecas que afectan la comerciabilidad han variado y (iii) el avalúo de la planta debe reflejar las actuales condiciones del mercado. La petición fue coadyuvada por los acreedores LW Valores SRL, C.I. Trenaco, Helm Bank Panamá y Banco Corpbanca. (...)». «(...) II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO e. 4. En consecuencia, considera el despacho que al no existir aún definición del valor de los bienes inventariados y que los dos acreedores objetantes del avalúo coadyuvaron la petición del liquidador, es viable surtir de nuevo la etapa de traslado del avalúo de bienes, sobre el informe actualizado y radicado en memorial de 11 de abril de 2018 en memorial 2018-01-148440. (...)».

Proceso: Pizano S.A. En Liquidación Judicial - 400-008238 -20/09/19

Decisión: «(...) I. ANTECEDENTES 1. Con memorial 2019-01-312130 de 22 de agosto de 2019, el liquidador solicitó la adición del Auto 2019-01-308884 de 16 de agosto de 2019 a fin de que se ordene la práctica de un nuevo avalúo sobre maquinaria, equipos, flotas, muebles y enseres de Pizano S.A. 3. Mediante memorial 2019-01-332370 del 10 de septiembre de 2019, el perito evaluador presentó respuesta a las solicitudes allegadas por el liquidador y solicitó el término de quince (15) días para



actualizar el avalúo conforme a los hechos denunciados por el citado auxiliar de justicia, tales como hurto e incendio. 8. ... para que verifique físicamente los bienes de la concursada, que fueron objeto de avalúo, y presente un informe de actualización que contenga la cantidad y estado de los bienes ahora existentes, para lo cual se le concederá un término de 5 días desde la ejecutoría de la presente providencia. (...)».

Proceso: Manatí S.A. En Liquidación Judicial - 400-009430 - 31/10/19

Decisión: I. ANTECEDENTES «La Corte Suprema de Justicia - Sala Civil - (...) notificó la decisión proferida (...) contra la Superintendencia de Sociedades». «(...) II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6. Frente al recurso de reposición interpuesto frente a la orden contenida en el numeral cuarto del auto 400-014388 del 13 de noviembre de 2016. Ambos recursos consideran necesaria la práctica de un nuevo avalúo atendiendo a la necesidad de desenglobar las unidades de gestión 1, 2 y 3 con el fin de obtener un mejor aprovechamiento de los activos de la deudora y facilitar su enajenación. 7.... toda vez que ha pasado más de un año desde que el anterior avalúo quedó en firme sin que se hubiera ejecutado la venta del inmueble, de conformidad con lo expuesto en el artículo 457 del Código General del Proceso se ordenará a la liquidadora presentar un nuevo avalúo de cada uno de los bienes inmuebles que conforman en su totalidad lo que se conoce como Villa Argelia y El Congo dentro de los 20 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta decisión. 8. ... la contradicción del mismo se hará en la forma prevista en el artículo 444 del Código General del Proceso

(...)».

- **Controversia: Enajenación especial sin avalúo**

Proceso: Transporte Zonal Integrado SAS - Tranzit S.A.S. En Liquidación por Adjudicación - 400-000196 - 15/01/20

Decisión: «(...) 19. Ahora bien, en concreto sobre los términos del contrato aportado el despacho encuentra lo siguiente: a. Respecto del precio y según lo informado por el liquidador, se tuvieron como referencia para estudiar la oferta mercantil y determinar el valor de mercado de los bienes: i. la guía de valores de Fasecolda; ii. la base gravable determinada por Ministerio de Transporte y; iii. el valor de



los mismos en los libros contables. Al respecto el despacho encuentra que dichos criterios se encuentran dentro de los mencionados en el artículo 2.2.2.13.1.4 del Decreto 1074 de 2015. (...)».

Proceso: Aglomaderas S.A.S. En Liquidación Judicial - 400-000398-20/01/20

Decisión: I. ANTECEDENTES «(...) el auxiliar de justicia solicitó la autorización para vender la totalidad de los bienes muebles ubicados en la Avenida Calle 80 No. 81A-29 de Bogotá D.C., II. CONSIDERACIONES AL DESPACHO 2. El auxiliar de la justicia como administrador y representante está facultado para enajenar los bienes (...) para lo cual deberá efectuar el correspondiente estudio de la relación costo - beneficio, e informar de ellos al juez del concurso, (...) RESUELVE Primero. Inhibirse de autorizar la solicitud presentada por el liquidador».

- **Controversia: Venta por debajo del avalúo aprobado**

Proceso: Operador Solidario de Propietarios Transportadores Coobus S.A.S. En Liquidación Judicial - 400-000317 -17/01/20

Decisión: «(...) I. ANTECEDENTES 2. Con memoriales 2018-01-281011, 2018-01-303287, 2018-01-504695 de 6, 29 de junio, 28 de noviembre de 2018, 2019-01-032352 de 15 de febrero de 2019, la liquidadora presentó informes de venta del inventario de bienes representando en buses, justificó la venta de ellos por un menor valor al aprobado como inventario valorado y remitió contratos de compraventa». «(...) El valor de los siete (7) buses articulados que no se enajenaron, avalúo aprobado por la suma de \$4.148.124.960, pero que este despacho modificará, considerando los mismos argumentos expuestos por la liquidadora para justificar las ventas de los buses por valor inferior al avalúo aprobado, y para determinar el nuevo valor de los buses no vendidos, tendrá en cuenta lo establecido en el artículo 2.2.2.13.1.4. del DUR 1074 de 2015, esto es, el valor fijado oficialmente para calcular el impuesto de rodamiento en el año 2019, valor individual de \$251.300.000, se verifica en las constancias de pago del impuesto sobre vehículos automotores remitidos en el memorial 2019-01-175755 de 5 de mayo de 2018, buses modelo 2012, para un total de \$1.759.100.000. (...)».



- **Controversia: Ejecución de garantía**

Proceso: C.I. Exportécnicas - 430-005103 - 22/05/20

Decisión: «(...) 2. Mediante memorial 2017-01-658499 del 26 de diciembre de 2017, la acreedora VTF Latin América S.A. solicitó la ejecución de una garantía mobiliaria que recae sobre bienes de la concursada, específicamente, 20 vehículos de marca Mack. II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO: Con base en los antecedentes expuestos, el despacho procederá a considerar los siguientes asuntos: (i) Riesgo de deterioro o pérdida, (ii) Bienes necesarios y, (iii) Carga de la prueba. 4.2. El despacho también ordenará al acreedor que aporte el avalúo de los bienes que recibirá en virtud de la ejecución de la garantía mobiliaria, con el fin determinar si subsiste o no un saldo pendiente a su favor, el cual deba mantenerse en el proyecto de calificación y graduación de créditos de la concursada en el presente proceso de reorganización. Todo esto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.2.4.2.36 del Decreto 1835 del 2015. (...)».

Proceso: Henry Alejandro Bernal Ayala - 431-000594 - 18/06/20

Decisión: «... Pero, en aras de dar claridad, dispone este despacho que en el proceso de reorganización previamente a la entrada en vigor de la Ley de Garantías Mobiliarias, no se requería hacer avalúo de los bienes de aquellos sobre los cuales recae la garantía, situación que mutó con la entrada en vigencia de dicha ley, lo cual habrá de tenerse en consideración al momento de ejecución de la garantía. El valor de los bienes que estuvo en traslado y que fue reconocido es el que se tendrá en consideración para esos efectos. Esto también es coherente con la conducta procesal asumida por Bancolombia en el marco del proceso de reorganización, que en su momento solicitó la ejecución de las garantías mobiliarias... En consecuencia, el avalúo que se hace en el proceso de reorganización se hace en función de las garantías, tal como lo dispone el Decreto reglamentario previamente referenciado. Tan importante es este avalúo que el artículo 2.2.2.4.2.37. del Decreto 1835 de 2015 establece, en uno de sus incisos, que en caso de que el bien objeto de la garantía tenga un valor superior a la obligación garantizada, tendrá el acreedor garantizado que ejecuta, dar las vueltas y constituir



un título de depósito judicial a nombre del deudor en el despacho del Juez del Concurso (...».

Proceso: Dugotex S.A. En Reorganización - 400-003807 - 9/04/21

Decisión: «16. Por su parte el Parágrafo 3 del artículo 2,2,2,4,2,3, y el inciso segundo del 2,2,2,2,47 del mencionado decreto, al habla del mecanismo de pago directo y exclusión de bienes dados en garantía en el proceso de liquidación, respectivamente, es claro en establecer que a los negocios fiduciarios con fines de garantía se le aplicarán los mecanismos de pago establecidos en el respectivo contrato. (...) No obstante lo anterior, es claro que en atención al tiempo que duro el proceso en su etapa de negociación, y en virtud a dilaciones procesales ajenas al despacho, los avalúos no se encuentra vigentes toda vez que, de conformidad con lo normado en el artículo 19 del Decreto 1420 de 1998 esos dictámenes tienen validez por el término de un (1) año, por lo que tomar un valor tan desactualizado podría ser contraproducente tanto para el acreedor garantizado como para los otros acreedores, la sociedad concursada y la ejecución del acuerdo de reorganización. (...) Este despacho autorizará la ejecución, previa actualización de los avalúos de los bienes no necesarios dados en garantía por la concursada a favor de Banesco S.A. a través de los mecanismos fiduciarios para tales fines establecidos en el Fideicomiso Dugotex».

Proceso: Comercializadora Internacional Texman S.A.S. - 426-01123 - 6/2/24

Decisión: «Respecto a las pruebas aportadas por las partes con radicados 2022-01-125554 del 9 de marzo de 2022 y 2022-01-469973 del 26 de mayo de 2022 controvirtiendo los avalúos presentados, advierte este despacho que, al no llegar a un consenso respecto al valor del bien garantizado, y atendiendo a que existe una diferencia importante entre el avalúo presentado por la concursada y el avalúo presentado por el acreedor Scotiabank Colpatria S.A., y considerando que el juez del concurso cuenta con poderes de ordenación e instrucción, se tendrá como única prueba para dirimir la controversia presentada respecto a los avalúos, un dictamen técnico e imparcial, para lo cual se ordenará una prueba de oficio, esto, conforme a lo estipulado en el Artículo 169 del Código General del Proceso. (...) Ahora bien, estipula el artículo



2.2.2.4.2.15. del Decreto 1074 de 2015, que, con el objeto de proceder a la apropiación o enajenación de activos, es necesaria la valoración de los bienes en garantía. Conforme a lo expuesto, se hace necesaria la referida prueba de oficio, esto, a efectos de determinar el valor por el cual se ordenará la ejecución, y atender la solicitud realizada por el acreedor garantizado».

- **Controversia: Enajenación por el valor contable**

Proceso: Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S. - 400-000955 - 6/2/20

Decisión: «(...) I. ANTECEDENTES (...) 1. ...la sociedad en concurso coadyuvada por el promotor, solicitó autorización a este despacho para: (i) la enajenación de su participación accionaria en la sociedad Concesionaria Túnel Aburrá Oriente S.A., que asciende a 2.990 % del capital social, como consecuencia del interés presentado por unos inversionistas en comprar la totalidad o un monto relevante de acciones; (...) (iii) el pago parcial al acreedor garantizado. (...)». 11. En cuanto a este argumento, se reiteran algunas de las consideraciones que tuvo en cuenta el despacho para concluir que la enajenación no desmejora el patrimonio de la concursada: (i) la enajenación se hará por un mayor valor al registrado por la compañía en su contabilidad; (ii) el acreedor garantizado otorgará a la concursada cupos de crédito para capital de trabajo de la compañía; 12. Además, el hecho de que la sociedad enajene uno de sus activos, no significa per ser que se desmejore la prenda general de los acreedores, entre otras, porque el precio es mayor al valor registrado en la contabilidad. 22.4. En todo caso, es carga de las partes probar sus alegaciones, por lo cual, en el evento en el que recurrente estuviera en desacuerdo con el valor de la transacción, debió argumentarlo y demostrar sus afirmaciones mediante pruebas correspondientes. (...)».

Proceso: CONALVÍAS Construcciones S.A.S. En Liquidación Judicial - 400-003054 - 1/4/20

Decisión: 10. En cuanto a la conveniencia, manifiesta que el valor con el que se pretende enajenar el inmueble, es superior al registrado en libros antes de iniciarse el proceso de liquidación judicial, si se tiene en cuenta el asiento contable que corresponde a un avalúo realizado por la firma Asesorías Vega Martínez S.A.S., con fecha 31 de diciembre



de 2018, quien estimó el valor en la suma de \$3.426.517.220. (...) 27. Adicionalmente se corroboró la información aportada por el liquidador en relación con el avalúo del inmueble, encontrando que en los folios 10 al 29 del memorial 2019-01-409894 de 14 de noviembre de 2019, se adjuntó documento de la empresa Asesorías Vega Martínez S.A.S., radicada a CONALVÍAS Construcciones el 31 de diciembre de 2018, en el cual se avalúo el inmueble en la suma de \$3.426.517.220 a fecha 31 de diciembre de 2018. 28. Es necesario advertir que los propietarios del lote son; Constructora Concreto S.A., (9.81970 %), Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A., (23.93180, Carvajal Propiedades e Inversiones S.A., (22.85150) y CONALVÍAS Construcciones S.A. En liquidación judicial con el (43.39700 %), los cuales firmaron y tienen la voluntad del negocio ofertado, situación que, aunado al precio señalado en el numeral precedente, constituyen un escenario positivo para el auxiliar de justicia, si se tiene en cuenta que, si el bien no se negociara de manera anticipada a la etapa de venta, difícilmente se podría enajenar la cuota parte del inmueble que pertenece a la concursada, en el valor ofertado y en estas condiciones, pues el término que otorga la Ley es de dos (2) meses para dichos efectos. (...)».

Por último, citamos algunos autos en los que el juez le recuerda al liquidador que dentro de sus funciones está la designación de peritos, sin perjuicio de la facultad de objetar las contrataciones que adelante el auxiliar de justicia.

- **Controversia: Designación avaluadores**

Proceso: Sociedad Vías y Construcciones - Vicon S.A.S. En Liquidación Judicial

Decisión: «3. De acuerdo con lo anterior, el artículo 2.2.2.13.1.3. del Decreto 991 de 2018, señala que el avaluador será nombrado por el liquidador de la lista que para el efecto haya establecido la Superintendencia de Sociedades. 4. (...) Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, establece a su vez que el liquidador podrá celebrar en nombre de la concursada, los nombramientos y contratos que sean necesarios (...) 8. En consecuencia, el mencionado contrato no se objetará».



Proceso: Manufacturas Terminadas S.A. Mantesa. En Liquidación Judicial

Decisión: «(...) Que para la elección del perito avaluador se debe tener en cuenta, no sólo el precio, sino el volumen de bienes a evaluar y la cantidad de personas que harían parte de la labor, toda vez que, por tratarse de un grupo de profesionales, el trabajo se realizaría con celeridad y eficiencia (...)» «(...) II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO Lo primero que se hace necesario precisar es que el artículo 2.2.2.13.1.3 del Decreto 991 de 2018, otorgó facultades al liquidador para la designación de los peritos avaluadores, sobre los bienes de propiedad de la sociedad concursada, por lo cual el acto de selección corresponde al ámbito de competencia del liquidador (...)».

10. CONCLUSIÓN

El recorrido que planteamos en este artículo busca ofrecer una perspectiva distinta sobre los avalúos y los avaluadores. En ocasiones, la sociedad en la que vivimos y la accesibilidad a la información nos llevan a creer que todo lo que vemos hoy ha existido desde siempre, cuando en realidad, todo ha experimentado una evolución, en su mayoría, extensa. Por tanto, es importante no limitarnos a considerar que la valoración se reduce únicamente al valor final reflejado en el dictamen que estamos examinando.

Los avalúos y los profesionales que los realizan son elementos esenciales en los procesos de insolvencia. Desde la '*manum iniectionem*' hasta nuestros días, el precio o valor de los bienes del quebrado ha sido un aspecto crucial. Por consiguiente, en los procesos de insolvencia, la relevancia de los avalúos, como resultado del trabajo del avaluador, que como hemos observado, requiere un riguroso respaldo técnico y legal, exige que su análisis y contradicción por parte de los operadores de insolvencia sean igualmente técnicos y profesionales.



LIQUIDACIONES EMPRESARIALES

Liquidaciones: visión panorámica y ventana de oportunidad

CARLOS DE LA PUENTE SANDOVAL*
Perú

1. RESUMEN

Tal como ocurriera en una anterior ocasión (De la Puente, 2011), se muestra a continuación el resultado del análisis realizado sobre las características, la importancia y las dinámicas de las liquidaciones en el Perú, a fecha actualizada. Como se conoce éste es un mecanismo creado para facilitar la salida del mercado de aquellos patrimonios en crisis que no mostrarían viabilidad. En esta evaluación se atenderá particularmente, el caso de las liquidaciones concursales.

El presente artículo se formula fundamentalmente a partir de la revisión de la información pública disponible en INDECOP (2022) respecto de las liquidaciones en sede concursal. Tal acceso ha posibilitado trazar las líneas centrales de una visión panorámica y actualizada del sistema concursal, en particular de las principales características de los procedimientos iniciados al amparo del Sistema Concursal Peruano (en adelante, SCP).

* Licenciado en Economía por la Universidad del Pacífico de Lima, con una segunda especialización en Geología, Minería y Metalurgia (INGEMMET) y el Programa de Gestión Empresarial de la Universidad de Piura (PGE/PDD, Convenio CONADE/UDP) obteniendo por otra parte un diplomado en Instituciones Jurídicas del Mercado por la UPC, otro en Negocios y Administración de Empresas por la Universidad Adolfo Ibáñez y el diplomado sobre Economía del Comportamiento en el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).



Según la información revisada, es posible identificar la existencia de elementos de juicio que confirman la caída tendencial del número de los procesos concursales, la presencia predominante de procesos liquidatorios dentro de los casos analizados, la importante presencia de los créditos reconocidos expresados en millones de soles y el reciente incremento de la participación de las reestructuraciones dentro de las opciones de destino del patrimonio de los deudores. Además, en el artículo, realizamos el análisis de los procesos que en su momento provenían, en su mayoría, de instancias judiciales. A partir de dichas constataciones, se revisan las principales causas de esta situación, y se evalúa la existencia y el contenido de las ventanas de oportunidad respecto de posibles mejoras al SCP. Desde esa perspectiva de identificar espacios de cambio regulatorio e institucional el artículo propone un conjunto de medidas de reforma del SCP, basadas en la experiencia acumulada en el Perú y a nivel internacional. Estas propuestas se centran, principalmente, en salvaguardar económicamente los patrimonios sometidos a concurso y en potenciar la eficiencia de los gestores concursales.

2. INTRODUCCIÓN ¹

2.1. En Perú, los patrimonios en crisis que terminan siendo materia de liquidación proceden por tres vías. Una vía son los procesos de liquidación concursal desarrollados sobre la base de lo establecido por la Ley General del sistema concursal con número 27809 y modificatorias (LGSC); una segunda vía son las liquidaciones puestas a implementación sobre la base de lo dispuesto sobre la materia por la Ley General de Sociedades (LGS); y, por último, están aquellas situaciones en las que un agente productor de bienes o servicios cesa permanentemente sus actividades sin transitar por alguna de las anteriores dos opciones mencionadas. Esto último ocurre usualmente en el componente de economía informal del tejido empresarial del país y comprende a la mayoría de los casos de salida de mercado que se conoce (INEI, 2023). Por lo expuesto, es necesario resaltar, en consecuencia, que las liquidaciones formales y, en especial, las concursales, representan un número acotado de procedimientos respecto del universo de actividades de liquidación en Perú.

¹ Agradecemos la asistencia brindada por el señor Álvaro Zaravia para la formulación del presente artículo.



2.2. Para tener un conocimiento exacto sobre la realidad de los agentes económicos cuyos patrimonios anualmente se someten, sea de manera obligatoria o voluntaria, por la vía concursal, se ha realizado un análisis exhaustivo de la información pública que brinda INDECOPI. Para fines de este trabajo, el periodo a analizar será del 2011-2022. En tal sentido, se puede señalar que durante ese periodo un total de 805 patrimonios se concursaron y se difundieron por la Comisión de Procedimientos Concursales - Sede Central.

2.3. Respecto de las liquidaciones societarias la doctora Marcia Arellano, abogada concursalista del Estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas, según apreciación recogida del artículo “Aumenta liquidación de empresas medianas y pequeñas por debilidad de Economía” del diario Gestión (2024, p. 2), se estima que cada año un total de 1,200 patrimonios se liquidan societariamente. De compararse esta última cifra con la que se mencionó en el punto 2.2., se notará la elocuente brecha que separa el número anual de liquidaciones concursales frente a las de naturaleza societaria.

2.4. Para estimar la cantidad de empresas que salen del mercado a nivel nacional por vías distintas a la concursal y a la societaria, se ha utilizado como base la metodología del INEI. En el presente artículo, en lo particular, se toma como referencia el cuadro: “Perú: stock y variación neta de empresas por trimestre” procedente de la publicación Demografía Empresarial (INEI, 2023) habiéndose logrado conocer el número de empresas y negocios que trimestralmente han venido siendo dados de baja. Así, por ejemplo, durante el cuarto trimestre del 2022 un total de 54,253² empresas fueron dadas de baja para fines de estadística nacional, tal como se aprecia en la tabla No.1.

2 Esta cifra corresponde al número de empresas que dejan de operar por el cierre o cese definitivo de sus actividades, suspensión temporal, fallecimiento en el caso de personas naturales y fusión o escisión en el caso de personas jurídicas

TABLA n.º 01

Concepto	2022			
	I Trim.	II Trim.	III Trim.	IV Trim.
Stock al inicio del periodo	2,979,707	3,029,585	3,071,367	3,091,325
Altas	62,275	63,537	65,734	66,179
Bajas	-9,302	-27,708	-59,470	-54,253
Otros Ingresos y salidas	-3,095	5,953	13,694	15,047
Variación neta	52,973	35,829	6,264	11,926
Stock al final del periodo	3,029,585	3,071,367	3,091,325	3,118,298
Tasa de altas (%)	2.0 %	2.1 %	2.1 %	2.1 %
Tasa de bajas (%)	0.3 %	0.9 %	1.9 %	1.7 %
Tasa neta	1.7 %	1.2 %	0.2 %	0.4 %

FUENTE: INEI

2.5. Como es posible concluir según lo expresado dentro de las liquidaciones formales, las de naturaleza concursal sólo explican a la minoría de ellas y las liquidaciones formales a su vez solo explican una parte menor de las liquidaciones totales.

3. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LAS LIQUIDACIONES CONCURSALES EN EL PERÚ

3.1. Desde antes de 2011, el comportamiento de los acuerdos celebrados por los acreedores acerca del destino del patrimonio de los deudores concursados se ha orientado claramente a la liquidación. En los tiempos actuales y en función de lo expuesto es dable concluir que, generalmente, una empresa sometida a concurso, por impulso propio o por el de terceros, enfrenta una situación poco alentadora en cuanto a la posibilidad de reinsertarse al mercado. Algunas veces, incluso, esto ocurre de manera independiente de la viabilidad y el potencial de la empresa misma.

3.2. En el siguiente apartado de este artículo se intenta dar respuesta a las interrogantes siguientes: ¿cuál es la tendencia de los procesos en el Perú? ¿Cuál es la preferencia mayoritaria por la Junta de Acreedores en cuanto a reestructurar o



liquidar? ¿Cuál es la procedencia de los patrimonios concursados? ¿Los deudores se encuentran predispuestos a acogerse a la Ley del Sistema Concursal?

3.3 Para dicho propósito, es de vital importancia realizar un seguimiento a la dinámica concursal en el Perú para sustentar lo afirmado. Esto debido, entre otras causas, a que empresas viables podrían terminar siendo concursadas, ya sea por factores internos o externos. Esto impactaría negativamente en el crecimiento económico del país debido a que las empresas brindan valor a la economía local y generan empleo y tributos; y satisfacen, a su vez, la demanda y el consumo privado por lo que resulta importante conocer al detalle las estadísticas del SCP.

4. PERSPECTIVAS DEL SISTEMA CONCURSAL AL CIERRE DEL 2022

4.1. En primer lugar, el examen actualizado del sistema concursal, nos permite identificar el número de concursos iniciados desde el 2011 hasta la información más reciente publicada en el último Anuario Estadístico formulado por INDECOPI (2022). Es importante resaltar que el número y las particularidades de los procedimientos que se ejecutan bajo las leyes concursales en Perú hoy en día no son aleatorios: son el resultado de varias características y circunstancias que los rodean y los afectan. Los patrones mencionados han evolucionado durante un periodo considerable, y contribuyen de esa manera a la formación y la consolidación de la dinámica de los procesos concursales, tal como hoy lo conocemos. En segundo lugar, se dejará constancia de la predominancia de los acreedores como iniciadores de estos procesos en comparación a los deudores. En tercer lugar, hay que mencionar que se observa también, al menos hasta 2017, una etapa en la que los casos concursales se sostienen por la presencia mayoritaria de procedimientos iniciados al amparo de los artículos (692 – A o 703) del Código Procesal Civil (modalidad que ya no se aplica), en comparación a los procedimientos iniciados por acreedores y deudores, sin antecedente judicial. En cuarto lugar y como última característica, fundamentada en los datos proporcionados por INDECOPI (2022), permiten identificar la predominancia de casos de liquidación con respecto a los de reestructuración, considerando no sólo el número total de expedientes, sino también la envergadura de los patrimonios de deudores destinados a concurso sea liquidatorio o reestructurativo.

Estas cuatro características del sistema concursal en Perú han determinado el perfil de los procesos concursales y establecido el escenario en el que los

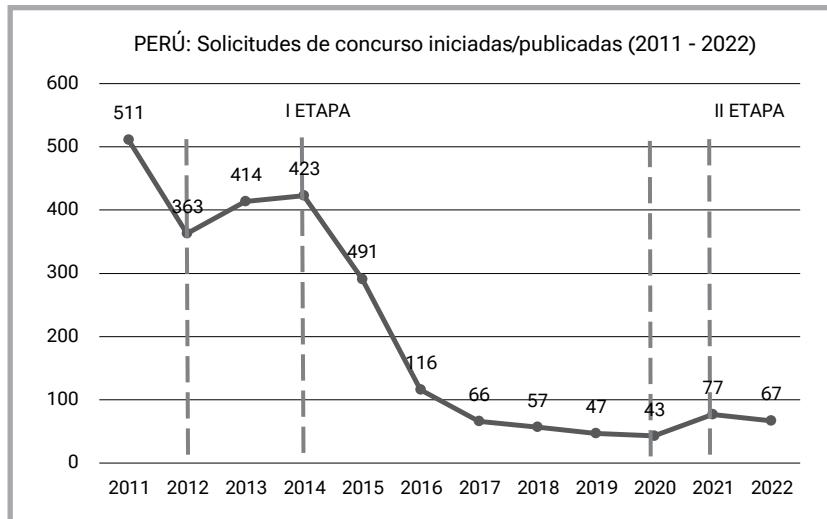


gestores concursales deben llevar a cabo sus actividades y su interacción con las opciones disponibles para lograr una eventual viabilidad empresarial.

4.2. Desarrollando el primer tema se ha tomado en cuenta la información expresada en el gráfico n.º 01 el cual nos muestra que en 2011 se iniciaron 511 casos de procedimientos concursales, mientras que en el año 2022 solo se contabilizaron 67 casos. Esto representa una caída porcentual significativa del 86.90 % en la cantidad de casos de patrimonios provenientes de diferentes deudores que se ven involucrados en procesos concursales a lo largo de este período y, con ello, marca una tendencia principalmente bajista.

Así mismo, el gráfico n.º 01 expone la evolución de la cantidad de procedimientos iniciados en el periodo 2011 - 2022 en donde se observa dos etapas particulares dentro de este mismo periodo. La primera, comprendida desde 2012 hasta 2014, presenta un aumento en los casos anuales, pasando de 363 en 2012 a 423 en 2014. La segunda etapa particular, comprendida desde 2020 hasta 2021, presenta de igual manera, un aumento en sus casos anuales, pasando de 43 en 2020 a 77 en 2021.

GRÁFICO n.º 01



Fuente: INDECOPÍ Elaboración: Propia



En segundo término, otra característica principal de los procedimientos concursales en el Perú es la predominancia de los acreedores como iniciadores de estos procesos en comparación a los deudores³. Para afirmar lo anterior nos hemos basado en la información de INDECOP, sintetizada en la TABLA n.º 02, a partir de la cual se puede apreciar que desde el 2011 hasta el 2022 la mayoría de procesos son solicitados por acreedores con 2341 procedimientos frente a 191 procesos iniciados por deudores.

TABLA n.º 02

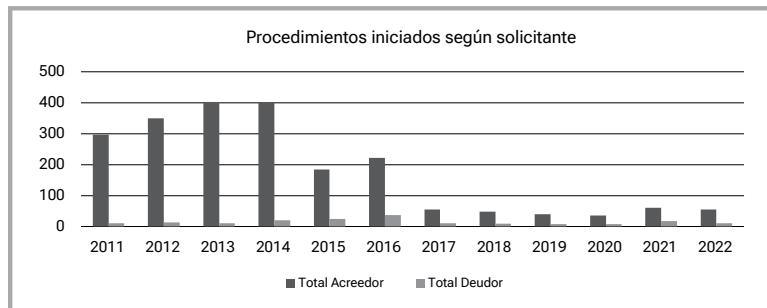
Año	Acreedor			Deudor			Total de Procesos – Nivel Nacional
	Acreedor (692-A o 703)	Acreedor	Total Acreedor	Deudor	Proceso Preventivo	Total Deudor	
2011	478	10	488	23	-	23	511
2012	334	16	350	13	-	13	363
2013	395	8	403	11	-	11	414
2014	386	15	401	20	-	20	421
2015	165	19	184	24	-	24	208
2016	195	27	222	37	-	37	259
2017	42	13	55	11	-	11	66
2018	22	26	48	9	-	9	57
2019	16	24	40	7	-	7	47
2020	6	29	35	8	-	8	43
2021	2	58	60	17	-	17	77
2022	1	54	55	11	1	12	67
TOTAL	2042	299	2341	191	1	192	2533

Fuente: INDECOP Elaboración: Propia

3 Ver Gráfico n.º 02



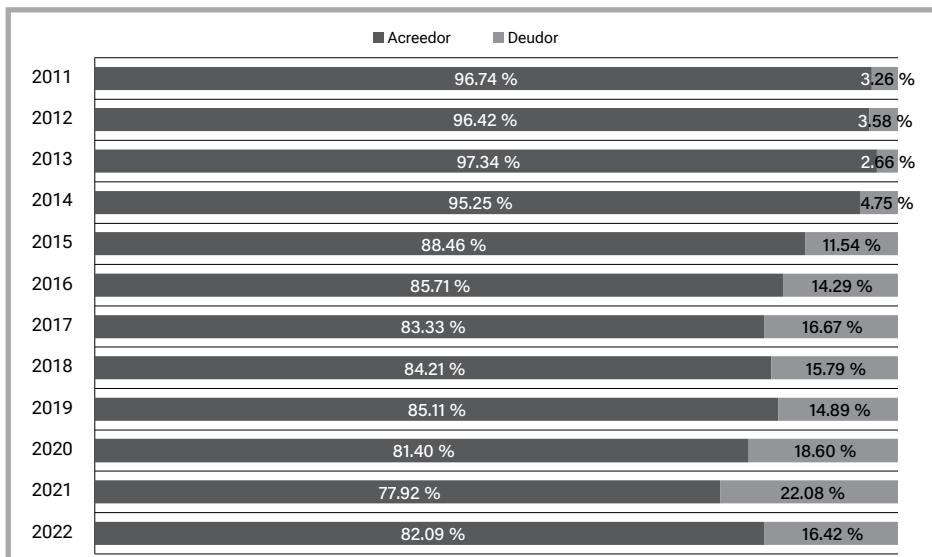
GRÁFICO n.º 02



Fuente: INDECOPÍ Elaboración: Propia

4.3. Haciendo referencia exclusivamente a las proporciones en el gráfico n.º 3, se puede observar que en el 2011 los procesos iniciados por acreedores fueron el 96.74 % de los procesos totales. Mientras que los procesos iniciados por deudores fueron únicamente el 3.26 %. Si bien este predominio proporcional de liquidaciones se ha mantenido hasta el 2022, se puede decir que desde 2015, año siguiente a la modificación del artículo 692º-A, el porcentaje de procesos iniciados por deudores aumentó por encima del 10 %. Esta tendencia se ha mantenido y ha alcanzado un máximo porcentual de 22.08 % en 2021.

GRÁFICO n.º 03



Fuente: INDECOPÍ Elaboración: Propia



Observando las cifras generales, no se puede determinar la presencia de una tendencia en los procesos iniciados por los deudores que esté en camino a superar la predominancia que se percibe de por la participación de los acreedores en el inicio de los concursos. Por el contrario, si bien se aprecia una tendencia creciente de procedimientos iniciados por deudores (El año 2016 fue el más significativo con un máximo de 37 procedimientos; sin embargo, este sólo representó el 14.29 % de los procesos totales de ese año).

Un aspecto más a analizar desde esta perspectiva es la distribución de los procedimientos iniciados según el tipo de solicitante. Como se sabe, éstos pueden ser iniciados por acreedores o deudores, considerando que dentro de los acreedores están aquellos que se acogieron a la aplicación del artículo 692-A, antes 703, del Código Procesal Civil. La modificación de dicha disposición elimina la posibilidad de aspirar al concurso por mandato⁴ judicial⁵. El periodo completo del presente análisis (2011-2022) considera dos etapas importantes en la tendencia global. Las mismas se detallan a continuación.

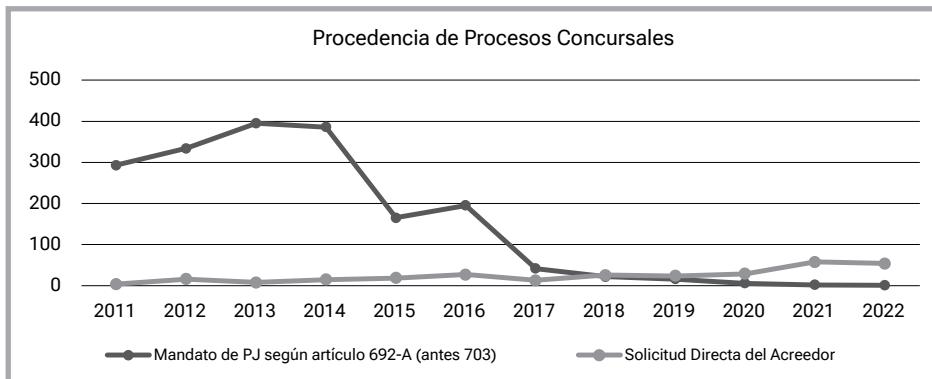
La primera etapa, comprendida desde 2011 hasta 2014, se caracteriza por una considerable mayoría de procedimientos iniciados por mandato judicial. Esta alcanzó un máximo de 395 procedimientos en 2013; mientras que los iniciados por parte de solicitud directa alcanzaron un máximo de 29 en 2012. La segunda etapa, inicia en 2014 con la modificación del artículo 692-A. Por ello, la cantidad de procedimientos iniciados por mandato judicial se fueron reduciendo significativamente. Así, en el año 2018 por primera vez se registró un número menor de estos procesos con respecto a los que se iniciaron por solicitud de acreedores: 22 de procedencia judicial contra 35 a solicitud de acreedores más que deudores como se puede ver en la tabla 2. Al cierre de 2022, solo se registró un procedimiento iniciado por mandato judicial y 54 procedimientos iniciados por parte de los acreedores.

4 A la fecha, se siguen gestionando procesos iniciados con anterioridad a la mencionada modificación legal.

5 Nótese la importancia relativa que estos procedimientos procedentes del Poder Judicial los que han terminado siendo de mayor envergadura que las demás maneras de aproximarse al concurso (acreedor o deudor).



GRÁFICO n.º 04



Fuente: INDECOP. Elaboración: Propia

En cuarto término, como característica principal de los procesos concursales en el Perú, como ya se mencionó, la mayor parte de las decisiones adoptadas en las juntas de acreedores se inclinan por la liquidación de los patrimonios de manera definitiva, sea en su versión en marcha o en la ordinaria. La información de las cantidades involucradas se presenta en la Tabla n.º 03⁶ y las curvas que reflejan las tendencias en el Gráfico n.º 05.

TABLA n.º 03

AÑO	TOTAL DE CASOS (Sede Central)	LIQUIDACIÓN		REESTRUCTURACIÓN		AGR ⁷	
		Casos	% del total	Casos	% del Total	Casos	% del Total
2011	110	107	(97.27 %)	3	(2.73 %)	0	(0 %)
2012	126	124	(98.41 %)	1	(0.79 %)	1	(0.79 %)
2013	104	102	(98.08 %)	1	(0.96 %)	1	(0.96 %)
2014	145	136	(93.79 %)	9	(6.21 %)	0	(0 %)
2015	92	92	(100.00 %)	0	(0 %)	0	(0 %)
2016	58	55	(94.83 %)	3	(5.17 %)	0	(0 %)

6 Recoge datos a nivel Sede Central debido a la disponibilidad de la información.

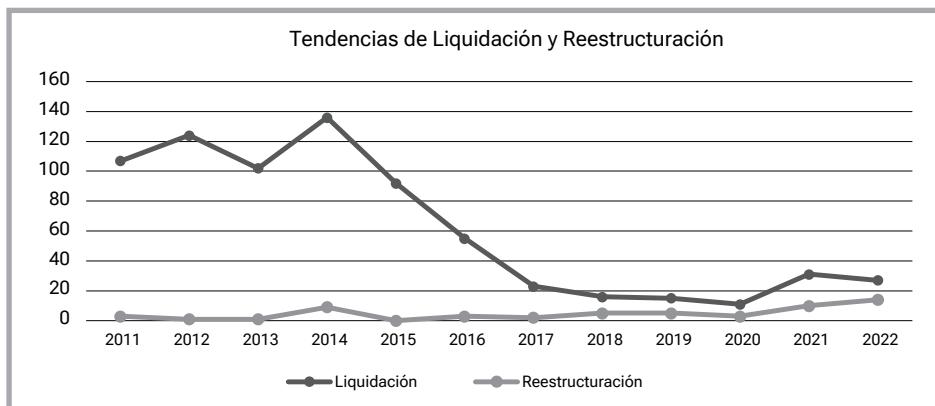
7 Incluye a los Procedimientos Acelerados de Refinanciación Concursal (PARC).



AÑO	TOTAL DE CASOS (Sede Central)	LIQUIDACIÓN		REESTRUCTURACIÓN		AGR ⁷	
		Casos	% del total	Casos	% del Total	Casos	% del Total
2017	26	23	(88.46 %)	2	(7.69 %)	1	(3.85 %)
2018	21	16	(76.19 %)	5	(23.81 %)	0	(0 %)
2019	21	15	(71.43 %)	5	(23.81 %)	1	(4.76 %)
2020	14	11	(78.57 %)	3	(21.43 %)	0	(0 %)
2021	46	31	(67.39 %)	10	(21.74 %)	5	(10.87 %)
2022	42	27	(64.29 %)	14	(33.33 %)	1	(2.38 %)
Total	805	739	(91.8 %)	56	(6.96 %)	10	(1.24 %)

Fuente: INDECOPÍ Elaboración: Propia

GRÁFICO n.º 05



Fuente: INDECOPÍ Elaboración: Propia

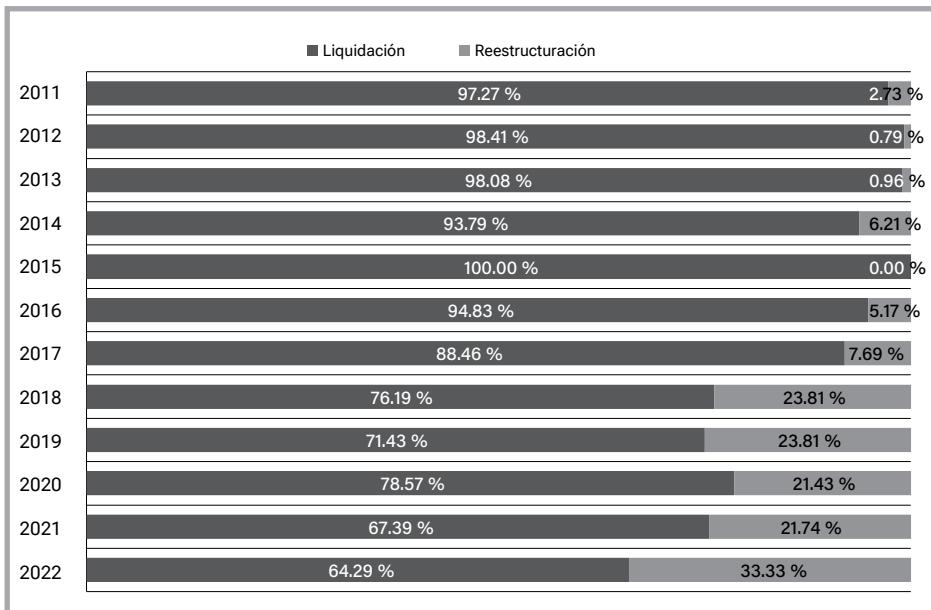
Por otro lado, y focalizando el análisis en las proporciones, el gráfico n.º 06 presenta que en el 2011 los procesos de liquidación fueron el 97.27 % de los procesos totales, mientras que los procesos de reestructuración fueron únicamente el 2.73 %. Si bien este predominio proporcional de liquidaciones se ha mantenido hasta el 2022, se puede decir que desde 2018, el porcentaje de reestructuración aumentó por encima del 20 %.

Esto encuentra explicación en el contexto y las cifras generales, pues la cantidad de procesos ha disminuido en el periodo analizado; sin embargo, no



se debe menospreciar, para fines del análisis, el aumento neto de la cantidad de procesos reestructuradores, los mismos que pasaron de tres (3) en el año 2011 a catorce (14) en el año 2022. Esto representa un aumento de 467% en el tiempo, como se puede observar en la Tabla n.º 03.

GRÁFICO n.º 06



Fuente: INDECOPI Elaboración: Propia

Conociendo estas proporciones, procedemos a analizar los créditos reconocidos hábiles para participar en junta según el destino del patrimonio del deudor en la misma temporalidad que los otros análisis anuales, es decir, desde 2011 hasta 2022. La tabla n.º 04 presenta las cifras de interés en millones de soles. De aquí se destaca que en el primer año de evaluación (2011), el monto total de créditos reconocidos ascendió a S/ 501.97 millones de soles, de los cuales, S/ 327.48 millones correspondió de procesos liquidatorios (65.24 %) y S/ 174.49 millones de procesos de reestructuración (34.76 %). De otro lado, al cierre de 2022, el monto total de créditos reconocidos ascendió a S/ 6,698.1 millones de soles de los cuales, S/ 6,133.4 millones corresponden al destino liquidatorio (91.57 %), S/ 557 millones a procesos de reestructuración (8.32 %) y S/ 7.7 millones al acuerdo Global de Refinanciación (0.11 %). Generar el análisis de



tendencias de mayor envergadura en esta etapa puede ser de cierta complejidad: los montos involucrados fluctúan sin destacar ningún patrón tendencial. Esto es explicado por el tamaño y cantidad de patrimonios considerados a la hora del reconocimiento de los créditos por INDECOP.

Al conocer que la preferencia de la junta de acreedores está orientada hacia la liquidación, podemos cuantificar esta decisión expresándola en millones de soles de manera anual. Con el apoyo del gráfico n.º 07, se puede apreciar que la liquidación como tal muestra mayor peso relativo que la reestructuración en términos de unidades monetarias con excepción de tres años, siendo éstos: 2013, en donde la liquidación es superada en S/ 585.3 millones de soles; 2018 con S/ 45.8 millones de soles, y 2020 con S/ 321 millones de soles. Además, se evidencia un caso de interés en donde el 100% de los créditos reconocidos en 2015 provienen de la liquidación y que, al cierre de 2022, se presenta una diferencia abrumadora en relación a los demás años, ya que representa un incremento del 8265.67 %⁸ del monto más bajo de los créditos reconocidos provenientes de liquidación en el panorama contemplado en este análisis.

TABLA n.º 04

Destino del Patrimonio del Deudor	Liquidación	Reestructuración	Acuerdo Global de Refinanciación	PRE Aprobado	TOTAL
2011	S/ 327.48	S/ 174.49	-	-	S/ 501.97
2012	S/ 1,865.97	S/ 1,189.20	S/ 27.06	-	S/ 3,082.23
2013	S/ 814.06	S/ 1,399.36	S/ 2.82	-	S/ 2,216.24
2014	S/ 1,745.06	S/ 174.82	-	-	S/ 1,919.88
2015	S/ 389.89	-	-	-	S/ 389.89
2016	S/ 1,913.22	S/ 559.35	-	-	S/ 2,472.57
2017	S/ 1,081.41	S/ 296.15	S/ 4.41	-	S/ 1,381.97
2018	S/ 73.33	S/ 119.13	-	-	S/ 192.46
2019	S/ 177.10	S/ 135.50	S/ 62.90	-	S/ 375.50

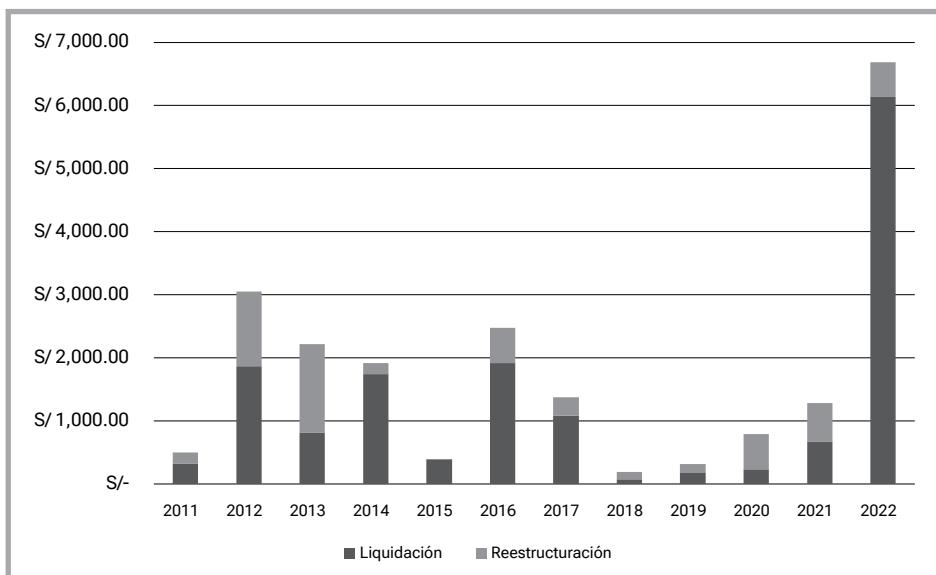
8 Variación de S/ 73.33 millones de soles en 2018 a S/ 6,133.40 millones de soles en 2022.



Destino del Patrimonio del Deudor	Liquidación	Reestructuración	Acuerdo Global de Refinanciación	PRE Aprobado	TOTAL
2020	S/ 234.30	S/ 555.30	-	-	S/ 789.60
2021	S/ 676.70	S/ 606.40	S/ 281.80	S/ 3.00	S/ 1,567.90
2022	S/ 6,133.40	S/ 557.00	S/ 7.70	-	S/ 6,698.10
TOTAL	S/ 15,431.92	S/ 5,766.70	S/ 386.69	S/ 3.00	S/ 21,588.31

Fuente: INDECOPI Elaboración: Propia

GRÁFICO n.º 07



Fuente: INDECOPI Elaboración: Propia

5. PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y EXPERIENCIAS COMPARABLES

A renglón seguido se hace mención a un grupo de investigaciones que desde una óptica internacional o nacional abordan la temática de la crisis empresarial y las soluciones que el sistema concursal aporta o podría aportar. Las principales conclusiones de dichas investigaciones sirven como complemento explicativo de los comportamientos del sistema concursal local, explicados líneas arriba. Se busca obtener mayores ideas respecto de la manera como otros países abordan la



temática bajo análisis, sus experiencias y las soluciones que su propio sistema le otorga a la crisis. La finalidad última de este complemento explicativo es conocer resumidamente los alcances que ayuden a comprender la predominancia de casos de liquidaciones en el escenario local.

En un estudio publicado en 2016 por el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas titulado: “Hacia un nuevo paradigma en el estudio y el diseño del Derecho concursal en Iberoamérica”, su autor, el doctor Aurelio Gurrea Martínez destaca que, en Iberoamérica, el uso de los procedimientos concursales es notablemente inferior en comparación con otros países de otras partes del mundo. Gurrea Martínez argumenta que ésta perspectiva se explica por una falta de “cultura concursal” en la comunidad iberoamericana, donde los empresarios no tienen la misma perspectiva sobre emprendimiento, innovación y fracaso empresarial que en otros lugares. Sin embargo, Gurrea Martínez considera que la reticencia al uso de los procedimientos concursales no es un fenómeno sociológico o cultural, sino más bien un problema institucional. La forma tradicional de entender el Derecho Concursal no ha considerado su impacto económico y su influencia en el comportamiento de las personas. Esto ha llevado a la creación de instituciones concursales poco atractivas tanto para los deudores como para los acreedores.

El doctor Gurrea Martínez sostiene que esta falta de atractivo de los procedimientos concursales ha provocado que los operadores minimicen el riesgo de insolvencia o tengan reticencias a utilizarlos una vez que el deudor se vuelve insolvente (2016). Esta minimización del riesgo y la reticencia tienen consecuencias perjudiciales para la actividad económica, puesto que el Derecho Concursal no debe favorecer exclusivamente al deudor o al acreedor, sino que debe ser diseñado para maximizar los intereses de ambas partes, o al menos no perjudicar los intereses del otro, a menos que genere un beneficio para la economía en su conjunto (2016).

Para lograr esto, Gurrea Martínez sostiene que es necesario realizar un análisis económico, empírico y comparado del Derecho Concursal, y considerar su impacto en variables clave para el crecimiento económico, como el emprendimiento, la innovación y el acceso al crédito. Si el legislador busca cambiar el comportamiento de los operadores para promover una cultura de emprendimiento e innovación, así como incentivar la apertura temprana de los concursos de acreedores, debe haber un cambio de paradigma en la forma



de entender y diseñar el Derecho Concursal. Este cambio debe comenzar en la academia, donde se estudia, enseña, investiga y mejora el derecho vigente, finaliza el doctor Gurrea Martínez.

Otro estudio publicado en 2006, elaborado por Carlos López Gutiérrez, Myriam García y Begoña Torre titulado *Financial Consequences of The Bankruptcy Law: European Comparison*, muestra el análisis de los títulos de empresas con dificultades financieras en función de la legislación concursal aplicable en Alemania, España, Francia y el Reino Unido. Ellos encuentran que la valoración de los títulos varía dependiendo del tipo de legislación, debido a las implicaciones financieras de los procedimientos concursales.

Este estudio del profesor López y otros proporciona información valiosa sobre la eficiencia de los procesos concursales en diferentes países y destaca la importancia de contar con sistemas legales y judiciales eficientes para una resolución rápida y justa de los casos de quiebra.

Además, se precisa que se ha observado que en los sistemas concursales que protegen más los derechos de los acreedores, se produce una mayor pérdida de valor de los títulos de las empresas en comparación con los sistemas que se enfocan en la continuidad de la empresa y la protección del deudor. Esto se debe a que, dicen los autores, en los sistemas más protectores de los acreedores se transfieren más riquezas a favor de los accionistas y se facilita la supervivencia de empresas económicamente eficientes.

Estos resultados, añaden los autores, son relevantes para la discusión sobre cuál es el sistema concursal más adecuado, tanto para países que consideran reformas como para intentos de homogeneización legislativa en la Unión Europea. Además, se sostiene, debe tomarse nota de que la legislación concursal puede influir en las decisiones financieras de todas las empresas. Esto podría llevar a una financiación a través de acciones en sistemas más protectores del deudor y una financiación con deuda en países más protectores de los acreedores.

Sin embargo, establecen los autores, este estudio es solo una primera aproximación a un tema complejo y se sugiere extender la investigación a otros países europeos y comparar con el sistema de Estados Unidos.

Otra investigación relevante para el propósito de nuestra evaluación de sistemas concursales comparables es *Efficiency of Bankruptcy Procedures: A Comparative Analysis* realizada por Schäfer y Talavera en 2018. En dicha



investigación los autores analizan la eficiencia de los procedimientos de quiebra en Alemania, España, Francia, Italia y el Reino Unido.

En esta investigación, los resultados muestran que existen diferencias significativas en la eficiencia de los procesos concursales entre los países analizados. Se encontró que los países con procedimientos más rápidos y menos costosos tienden a tener una mayor eficiencia en la resolución de los casos de quiebra. Además, se observó que la eficiencia de los procedimientos concursales está relacionada con la calidad del marco legal y la infraestructura judicial de cada país (Schäfer y Talavera, 2018).

Por último, rescatamos el caso presentado en 2008 en el *Journal of Political Economy* denominado *Debt Enforcement around the World* de Oliver Hart y Andrei Shleifer de La Universidad de Harvard, junto a los investigadores Simeon Djankov y Caralee McLiesh, funcionarios del Banco Mundial. Ellos llevaron a cabo un estudio en 88 países donde solicitaron a expertos en insolvencia describir el proceso de recuperación de deudas de un hotel llamado *Mirage*⁹ después de que este no cumpliera con sus obligaciones de pago. Los expertos utilizaron datos relacionados con plazos, costos y la posible disposición de activos, ya sea preservando el negocio como una empresa en marcha o vendiendo por partes y piezas. El objetivo central del estudio era crear una medida de eficiencia en la recuperación de deudas en cada país. Según los autores, esta medida está estrechamente vinculada al ingreso *per cápita*, la fuente de derecho que origina la deuda y las predicciones sobre el desarrollo del mercado de deuda. Además, los autores argumentan que ciertas características de los procedimientos de recuperación, como la estructura de las apelaciones y la disponibilidad de cargas financieras flotantes, relacionadas con los activos del deudor en su totalidad, influyen en la eficiencia del proceso.

Los principales elementos del caso *Mirage* pueden apreciarse en el Anexo n.º 01. y son una sistematización a partir de los datos proporcionados por la investigación.

9 El *Mirage* es un hotel propiedad de un inversionista local ubicado en la ciudad más populosa de cada país; cuenta con 201 empleados y 50 proveedores, a los que les debe dinero, consecuencia de sus últimos desarrollos.

6. VENTANA DE OPORTUNIDAD

6.1. Desde julio del año pasado, se encuentra en la Comisión de Justicia del Congreso de la República del Perú un proyecto que reforma la Ley General del Sistema Concursal (LGSC). Esta propuesta proviene de la Presidencia del Consejo de Ministros del Perú (PCM) y plantea cambios en diversas materias de carácter concursal. Nos parece que se trata de una gran oportunidad para alcanzar propuestas de cambios regulatorios de parte de los administrados que busquen mejorar el actual funcionamiento del SCP. Y, así, ajustar la estructura legal de los concursos que sustente el esfuerzo por mejorar, vía mayor celeridad a los procesos y mejor soporte de recursos humanos, los plazos reales del procedimiento y aportando, al menos una cuota en materia de institucionalidad que facilite la gestión y la evaluación de los administradores.

6.2. Respecto de lo primero, es decir, la mayor celeridad que podrían demandar los procesos, se debe repensar el procedimiento en su conjunto y posibilitar la tercerización de algunos procesos de importancia que alivie la necesidad de requerir mayor carga de talento humano propio de INDECOPI.

6.3. Mayor desarrollo regulatorio en materia de determinación de la prelación en el caso de procesos que combinen una fuerte participación de créditos laborales post concursales (por encima del 10% del total de la deuda laboral).

6.4. Mayor desarrollo regulatorio del artículo 74 de la LGSC referido a la liquidación en marcha, que establezca plazos y condiciones económico-financieras determinadas para posibilitar su aprobación y desarrollo.

6.5. Implementar mecanismos de Control de Gestión para el caso de Reestructuraciones y Liquidaciones en marcha que permitan identificar, desarrollar y seguir el cumplimiento de objetivos, metas y plazos de los procedimientos.

6.6. Prever la existencia de un juez homologador de los procesos vinculados a un patrimonio en liquidación, materia de la quiebra.

7. CONCLUSIONES

El análisis detallado del sistema concursal en Perú desde el año 2011 hasta el 2022, basado en los datos proporcionados por el Anuario Estadístico de INDECOPI, revela una serie de tendencias y características significativas que han



marcado la evolución de los procesos concursales en el país. Estas conclusiones se derivan de la exploración de cuatro aspectos principales.

En primer lugar, se observa una marcada disminución en el número de procedimientos concursales iniciados a lo largo del período analizado, pasando de 511 casos en 2011 a 67 casos en 2022. Esto representa una caída porcentual del 86.90%. Si bien hubo períodos de aumento en los años intermedios, la tendencia general es a la baja. En segundo término, los datos de INDECOPA muestran que, desde 2011 hasta 2022, la mayoría de los procedimientos concursales a nivel nacional fueron iniciados principalmente por los acreedores con 2341 solicitudes frente a 192¹⁰ procesos iniciados por deudores. Y, aunque los procedimientos iniciados por acreedores han sido dominantes a lo largo del tiempo, se pudo observar un aumento en el porcentaje de procesos iniciados por deudores. Sin embargo, estos procesos iniciados por deudores no parecen estar en camino de superar la predominancia de los procedimientos iniciados por acreedores. Esto confirma que la herramienta concursal no despierta demasiado interés en el mundo de los deudores en crisis como salida de la misma.

En tercer término, la mayoría de las decisiones tomadas en las juntas de acreedores han tendido hacia la liquidación de los patrimonios de manera definitiva, con un porcentaje que ha oscilado entre el 64.29 % y el 100% de los procesos totales a lo largo del período, aunque la participación relativa, como se aprecia en las tablas respectivas, de los casos de reestructuración se ha incrementado en periodo reciente. En cuarto lugar, se contempla que respecto a los créditos reconocidos (hábiles para participar en junta) para el proceso de liquidación el año 2022 contempla una diferencia abrumadora en comparación con los demás años analizados con un aumento de 8265.67% del monto más bajo de los créditos reconocidos para este mismo destino. En resumen, en el Perú, la liquidación es la conclusión más representativa del sistema concursal debido a su abrupta preferencia en las decisiones tomadas en las juntas de acreedores. Esto debido a múltiples factores como por ejemplo i) procedimientos poco robustos, largos e inciertos, (ii) un procedimiento comandado por un órgano institucional que muestra ineeficiencia en términos de impulsar rápidamente los procesos. En tal sentido, se requiere reforzar su soporte de recursos humanos y permitir que expertos en materia empresarial nutran las posiciones administrativas relevantes;

10 Incluye procedimientos concursales preventivos.

(iii) incertidumbre respecto del plazo para el reconocimiento de créditos. Todos estos factores no solo repercuten en las expectativas de los agentes partícipes del sistema concursal, sino también de los que gestionan los patrimonios en insolvencia llevándolos muchas veces a desertar en el camino de su gestión sin siquiera conseguir logros significativos en el proceso. Esto tendría justificación si consideramos que los procesos se vuelven más costosos que rentables para todos, inclusive para los acreedores quienes al optar por la liquidación asumen el costo de no recuperar sus créditos en su totalidad salvo lo que el valor de los activos netos de la empresa pueda cubrirlos.

Tomando en cuenta todo esto, la iniciativa para reformar el sistema concursal en Perú, debería centrarse en los siguientes objetivos:

- a. Procedimientos más eficaces y baratos para un retorno rápido de las empresas al mercado.
- b. Mayor protección del patrimonio del agente concursado, y evitar así que este se deteriore más, antes y durante del proceso concursal.
- c. Mejoramiento del performance de los gestores concursales en temas de liquidación basados en el control de gestión y la sofisticación de los procesos administrativos y legales que incurre el gestor concursal cuando lleva a su cargo un proceso liquidativo frente a la junta de acreedores.

8. REFERENCIAS

- Arellano, M. (5 de enero de 2024). Aumenta liquidación de empresas medianas y pequeñas por debilidad de Economía. Diario La República. <https://gestion.pe/tu-dinero/finanzas-personales/empresas-aumenta-liquidacion-de-empresas-medianas-y-pequenas-por-debilidad-de-economia-noticia/>
- Baird, D. (2010). *Elements of Bankruptcy Concepts and Insight Series*. Fifth Edition The Foundation Press Inc.
- Dasso, A. (2009). *Derecho concursal comparado*. Tomo I y II. Legis Argentina S.A.
- De la Puente Sandoval, C. (23 de febrero de 2009). Las opciones concursales y el espejismo de la recuperación. *Empresas y negocios*,



p. 12. Revista Semanal de la Cámara de Comercio de Lima, Sección Gerencia al día.

- De la Puente Sandoval, C. (2011). Gestión de empresas en liquidación: una primera aproximación. *Revista de INDECOPI*. 7(12), pp. 5-31.
- Gurrea Martinez, A. (2016). Toward a New Way of Understanding Bankruptcy Law in Ibero-America. *Working Paper Series*, 7. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas.
- López Gutierrez, C., García Olalla, L., y Torre Olmo, B. (2006). Financial Consequences of the Bankruptcy Law: European Comparison. *Revista de Contabilidad-Spanish Accounting Review*, 9(18), pp. 111-143.
- Djankov, S., Hart, O., McLiesh, C., & Shleifer, A. (2008). Debt enforcement around the world. *Journal of Political Economy*, 116(6), pp. 1105-1149.
- INDECOPI, (2022) Anuario Estadístico
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2023). *Informe Técnico N.º 04 Demografía Empresarial en el Perú. Tercer Trimestre 2023*. PCM. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5546646/4932109-demografia-empresarial-en-el-peru-iii-trimestre-2023.pdf>

9. ANEXOS

Anexo n.º 01 – Caso Hotel Mirage

El proceso de insolvencia del hotel Mirage lleva, en promedio, 2.64 años en resolverse y tiene un costo equivalente al 14% del valor del edificio donde está ubicado. Además, solo en el 36% de los casos se logra preservar el valor del hotel como un negocio en marcha. Según los autores, a nivel mundial, la eficiencia promedio en este tipo de procesos es del 51.97%, lo que significa que casi la mitad del valor del Mirage se pierde durante la ejecución de la deuda. Este ejemplo, en el que se presume la existencia de un acreedor mayoritario y se excluye la liquidación de activos, refuerza la percepción generalizada sobre la eficiencia de la bancarrota, ya que demuestra que una cantidad significativa del valor se pierde en la recuperación de la deuda.

Existe una amplia variación entre países en términos de tiempo, costos y eficiencia. En catorce países, todos ellos desarrollados y ricos, la insolvencia toma más de cinco años. En general, los costos no son muy elevados, pero en siete



países de la muestra, todos ellos con procedimientos muy largos, se consume por encima del 30% valor del establecimiento hotelero: el activo más importante del Hotel Mirage y predominan los costos relacionados con las comisiones legales.

Los investigadores concluyen que incluso en el escenario simplificado que han simulado, el proceso de recuperación de deudas es altamente ineficiente y esto proveniente de:

- a) Los altos costos administrativos y extensas demoras, pero también de las excesivas ventas en partes de los bienes de negocios viables.
- b) La ineficiencia está vinculada con el subdesarrollo, el que, a su vez, se relaciona con la pobre capacidad del sector público de un país y con el derecho francés¹¹, el que se caracteriza por un excesivo formalismo en el proceso de recuperación de deudas.
- c) La ineficiencia está también relacionada con aspectos estructurales de la recuperación de las deudas como sistemas de colateralización ineficientes, apelaciones pobemente estructuradas, interrupciones a la marcha de los negocios durante el proceso de bancarrota, a los inefectivos sistemas de votación entre los acreedores.
- d) La ineficiencia se relaciona asimismo con mercados de deuda subdesarrollados, consistentes con la visión de que las fallas en los procesos de recuperación de deudas desalentaron el otorgamiento de créditos¹²

11 También se analizan países cuyas bases jurídicas se sustentan en el derecho anglosajón, en el derecho de origen alemán y en el derecho nórdico.

12 En el caso del Perú, los autores lo ubican dentro de los países tributarios del derecho francés. Se analiza el caso de una reorganización empresarial (reestructuración, según nuestra legislación) y se sostiene que ese proceso tarda en promedio 3.08 años, el costo importa el 7% del valor del activo principal (inmueble, en el caso del ejemplo del Hotel Mirage), con una tasa de interés del sistema financiero del orden del 14.2% y con una eficiencia del proceso de 41.8%.



INSOLVENCIA DE PERSONAS NATURALES

Insolvencia de personas naturales

JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO*

Chile

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión sobre la formulación de medidas especiales para lidiar con la insolvencia de las personas naturales se ha ido presentando cada vez con mayor fuerza en el concierto internacional, especialmente con posterioridad a la crisis *subprime* de mediados de la primera década de este siglo. Fue en ese momento en que se constató empíricamente que los cambios en las dinámicas del crédito y que una caída transversal de las capacidades de pago de los consumidores puede terminar afectando la estabilidad del sistema financiero, haciendo necesarias las medidas para evitar y, luego, paliar, el sobreendeudamiento y la crisis patrimonial de las personas físicas. De ahí que fuesen surgiendo mecanismos preventivos como parte de las normativas de protección de consumidores financieros o en la revisión de la conducta de mercado de las entidades crediticias, pero también fórmulas concursales para efectos de resolver, sea mediante renegociaciones o liquidaciones simplificadas, el dilema de la insolvencia personal.

Como muestra, en lo que respecta las respuestas concursales, las regulaciones latinoamericanas tienen enfoques diferentes hacia la insolvencia desde la perspectiva de su “presupuesto subjetivo”, refiriéndose al tipo de deudor

* Profesor asociado de los Departamentos de Derecho Privado y de Derecho Económico, Comercial y Tributario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca) y Licenciado en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile).



que puede iniciar un procedimiento de insolvencia o que puede estar sujeto a él debido a la solicitud de uno o más de sus acreedores. Algunas de ellas no ofrecen diferencias sustanciales entre los procedimientos aplicables a individuos y entidades comerciales, ni restricciones específicas a las actividades comerciales. Esta estructura se encuentra, por ejemplo, en Argentina, Guatemala y Perú, bajo la idea de la “unidad de disciplina”, que tiende a centrarse en el aspecto material del procedimiento (es decir, la insolvencia), sin requerir ajustes considerables según la actividad económica realizada por el deudor, un paradigma que ha sido revisado en otras latitudes ofreciendo una fragmentación de las regulaciones de insolvencia. El principal problema señalado con respecto a esta elección legislativa proviene de la necesidad, no siempre comprobada, de extender las estructuras mercantiles a deudores civiles, especialmente cuando las diferencias intrínsecas no son debidamente resaltadas por la regulación aplicable.

A su turno, la ley de insolvencia uruguaya solo es aplicable a personas que participan en actividades comerciales (entendidas como una actividad profesional, económica y organizada destinada a la producción o intercambio de bienes o servicios), o entidades legales civiles o comerciales. Sin embargo, el Código General del Proceso contiene un procedimiento de ejecución colectiva para personas que no participan en actividades comerciales, incluidos procedimientos judiciales (concurso) y un acuerdo extrajudicial aprobado judicialmente. Una característica común de todos los procedimientos uruguayos es la política de nuevo comienzo, donde el deudor puede obtener la liberación de deudas, pero de manera diferente. En caso de un procedimiento comercial, la liberación se obtiene después de diez años desde su suspensión debido a la inexistencia de activos, requiriendo que haya sido iniciado voluntariamente por el deudor, que se haya calificado como fortuito y que el deudor haya cooperado según lo exige la ley. En caso de procedimientos no comerciales, la liberación de deudas también es posible, pero solo si es aprobada por la mayoría de los acreedores que poseen al menos dos tercios de las obligaciones. De lo contrario, los nuevos activos adquiridos por el deudor estarán sujetos al procedimiento y se utilizarán para pagar deudas pendientes.

Colombia también tiene una regulación dual: por un lado, la Ley 1.116, de 2005, solo es aplicable a personas que participan en actividades comerciales y entidades legales no excluidas de su aplicación, que realizan negocios permanentes en el territorio colombiano, ya sean privadas o mixtas. Esta aplicación se extiende



también a sucursales de empresas extranjeras y patrimonios autónomos dedicados a actividades comerciales. Todos estos procedimientos se iniciarán ante la Superintendencia de Sociedades, que, para estos fines, actuará como tribunal y estará investida de todas las facultades jurisdiccionales requeridas por la Constitución colombiana. Por otro lado, el Código General del Proceso incluye regulaciones para personas no comerciantes, distintas de aquellas que califican como controladores de empresas comerciales o que forman parte de un grupo de empresas. A estos efectos, los procedimientos de negociación están dentro de la competencia de centros de conciliación y notarios públicos, pero cualquier controversia será conocida por un juzgado municipal. Solo en caso de rechazo, nulidad o incumplimiento del plan de renegociación, se iniciará un procedimiento de liquidación judicial, finalizando con la liberación de deudas (convirtiendo los saldos no cubiertos en “obligaciones naturales”).

La ley de insolvencia mexicana solo trata de los concursos de comerciantes, definiéndolos como personas físicas o entidades legales que tengan ese carácter de acuerdo con el Código de Comercio. Sin embargo, este concepto incluye fideicomisos, cuando participan en actividades comerciales, entidades comerciales controladoras o controladas que conforman un grupo de empresas (según se define en la misma ley) y empresas de propiedad estatal mayoritaria cuando se someten a procesos de desinversión o disolución. Siguiendo de alguna manera la estructura uruguaya y colombiana, recientemente México aprobó su nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, con una *vacatio legis* hasta 2027, creando nuevos procedimientos para personas no comerciantes (persona deudora no comerciante), estableciendo tanto un procedimiento extrajudicial como judicial para ellas.

Finalmente, desde 2014, Chile ha experimentado una profunda fragmentación de sus procedimientos de insolvencia. Después de un enfoque unitario de larga duración (desde 1929), la ley chilena eligió inicialmente distinguir los procedimientos para personas (persona deudora) y empresas (empresa deudora), pero, después de su reciente reforma en 2023, esta última categoría también se ha dividido entre empresas medianas y grandes y micro y pequeñas empresas. Tales regulaciones se basan principalmente en la idea de simplificar procedimientos más pequeños, incluso creando uno administrativo para la renegociación de deudas de individuos ante la Superintendencia de Insolvencia



y Reemprendimiento, pero no abordan las características especiales de cada tipo de perfil (por ejemplo, tipos de deuda, garantías cruzadas, etc.).

2. DEL SOBRENDEUDAMIENTO A LA INSOLVENCIA DEL CONSUMIDOR

El concepto de sobreendeudamiento es esquivo en atención a la ausencia de un tratamiento uniforme en los ordenamientos jurídicos (TRUJILLO, 2003; BANCO MUNDIAL, 2013; SÁNCHEZ, 2016)¹. En términos generales, una primera aproximación nos revela que aquel comporta una “situación no temporal de incapacidad de cumplir puntualmente con las obligaciones financieras contratadas” (BOUYON y MUSMECI, 2017). Sin embargo, tratándose de una fórmula descriptiva que no aborda las causas del fenómeno, sino sus efectos patrimoniales, ella se constata paralela a la definición amplia de insolvencia. Por ello, utilizaremos la noción de sobreendeudamiento para aludir al estado de impotencia patrimonial del consumidor para hacer frente a sus obligaciones dinerarias, especialmente aquellas derivadas del crédito al consumo, pero que, dada su formulación, proviene de la existencia de un nivel de deuda que supera un cierto estándar (de ahí el añadido de “sobre”) que impide al sujeto mantener un nivel adecuado y digno de vida sin incurrir en sacrificios adicionales.

En cualquier caso, el sobreendeudamiento debe entenderse como el resultado desfavorable, aunque previsible, de un cierto planteamiento económico (VIGNEAU, BOURIN y CARDINI, 2012): en términos globales, los niveles de endeudamiento han presentado un alza sostenida a partir de fines de la década de los setenta del siglo XX (RAGA, 2017) en razón de una facilitación de acceso al mercado de crédito, como un medio para lograr un incremento del consumo. Con ello, se ha pretendido conseguir un impacto en la situación social y financiera de las economías domésticas en virtud del crecimiento positivo de los productos brutos y la consecuente alza en los índices de empleo (BOUYON y MUSMECI, 2017). Pero luego de la crisis *subprime*, como ya adelantáramos, se constató mundialmente que la ausencia de respuestas concretas a este fenómeno incrementó el número de personas que, en lugar de contribuir a la sociedad, fueron forzadas a depender de ella (ATAMER, 2011). Luego, al tiempo en que el

1 El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo 2014/C 311/06 señala que la definición debe considerar: el hogar como unidad apropiada de cuantificación; los compromisos financieros e informales adquiridos; la incapacidad de pago; el sobreendeudamiento estructural; el nivel de vida digno y la insolvencia.



incumplimiento masivo provocó el debilitamiento de las entidades financieras, debió recurrirse a instancias de conversión de la “deuda privada” en “deuda pública”, haciendo que los Estados terminaran socavando su propia solvencia (RAGA, 2017). Estas consecuencias desencadenaron fenómenos de aceleración de la pobreza y exclusión social, incrementados por los planes de austeridad que debieron llevar adelante las economías afectadas².

A partir de ello, los ordenamientos comparados se han enfrentado a varias encrucijadas, en especial, al tiempo de tener que diseñar reglas coherentes con dos fuerzas aparentemente opuestas: la protección del consumidor y la estabilidad del mercado financiero. Sin embargo, un punto de conexión se puede situar en la generación de barreras en el otorgamiento de crédito cuando, atendidas las circunstancias patrimoniales del deudor, puede preverse su exposición al riesgo de sobreendeudamiento. Con ello, por una parte, el consumidor queda a salvo de la eventual pérdida de su patrimonio, y, por la otra, se evita un colapso financiero derivado de la acumulación de créditos incobrables. De acuerdo a esta visión, un mecanismo concursal, como medida curativa, sólo se activaría en caso de haber fracasado tales barreras, o cuando los pronósticos sobre la estabilidad patrimonial del consumidor han resultado errados, funcionando como una válvula de salida para ambas partes: respecto al deudor, liberándolo de las deudas una vez liquidado su activo embargable (bajo la técnica del *fresh start*); y al acreedor, haciendo innecesarias las gestiones individuales de cobro (judiciales y extrajudiciales), probablemente infructuosas, para obtener el castigo tributario de la deuda.

En este sentido, si la respuesta del ordenamiento se ofrece solo en sede preventiva y de consumo, el sistema estaría asumiendo la infalibilidad de las barreras de entrada, de forma de hacer innecesario un mecanismo solutorio, o, al menos uno que identifique las particularidades del concurso del consumidor. A la inversa, una respuesta normativa únicamente concursal asumiría que, carente de herramientas jurídicas de prevención, el deudor es capaz de apreciar adecuadamente sus propios riesgos y autogenerarse medios para evitar el sobreendeudamiento. Sin embargo, ambas afirmaciones son cuestionables si se toman en consideración las dos dimensiones del sobreendeudamiento, pasivo y activo, y sus causas particulares, como explicaremos a continuación.

2 Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2008/C 44/19).

Existen múltiples factores que obstaculizan la apreciación de los riesgos a los que puede enfrentarse el consumidor en el ciclo de vigencia del crédito. Más allá de la ausencia de habilidades financieras (KLAPPER, LUSARDI y VAN OUDHEUSDEN, 2015), la principal distorsión se ocasiona por un razonamiento optimista al tiempo de tomar las decisiones de endeudamiento a mediano y largo plazo, pudiendo dar lugar a fenómenos de “sobreendeudamiento pasivo”³. Se ha constatado una tendencia conductual de autocalificarse como una persona menos expuesta a sufrir eventos negativos (HELWEG-LARSEN y SHEPPERD, 2001), justificado, entre otros, por la falta de experiencias personales con relación al riesgo, el enaltecimiento de las destrezas y competencias propias y la existencia de ciertos errores cognitivos asociados (WEINSTEIN, 1989). Aplicando lo anterior a la materia que nos interesa, el consumidor tiende a proyectar sus ingresos y gastos de manera estable a partir de su situación actual⁴, desestimando, por ejemplo, posibles enfermedades, cesantías o crisis matrimoniales. Si el consumidor no se ha visto expuesto a situaciones de riesgo o no hay señales claras de ellas, no existen motivos para apreciar una vulnerabilidad, siendo conductualmente coherente una actitud que las desatienda. Por ello, el principal problema del sobreoptimismo se refiere a que éste afecta la realización de esfuerzos que tiendan a la reducción de dichos riesgos, o, al menos, a su correcta ponderación para la adopción de decisiones que puedan tener un impacto futuro (WEINSTEIN, 1989). De acuerdo con ello, es usual que el consumidor asuma que los términos financieros pactados se aplicarán en el régimen de solvencia existente al momento de su contratación y tenderá a considerar que los ingresos futuros serán siempre suficientes para darles adecuada cobertura (FRANK, 2011).

En la otra cara de la moneda, la denominada “democratización del crédito” y los objetivos de “inclusión financiera”⁵ dan cuenta de que parte de la población suple las deficiencias de sus ingresos por medio del endeudamiento. Ello ha

3 Se entiende por “sobreendeudamiento pasivo” el que “viene producido por causas ajena a la voluntad del consumidor de la más variada índole: pérdida del puesto de trabajo, accidentes, enfermedades, fallecimiento del cónyuge, sanciones tributarias, disolución del matrimonio o aumento inesperado de la familia” (Álvarez Vega, 2010).

4 La conexión entre la inestabilidad de los ingresos y el endeudamiento excesivo es puesta en evidencia en los considerandos 7 y 8 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de noviembre de 2001 (2001/C 364/01).

5 La inclusión financiera advierte que el acceso al crédito puede ser utilizado como un medio para la superación de la pobreza y el incremento del bienestar social (Hudon, 2009).



provocado dos efectos relevantes para este análisis: se han reemplazado ciertos esfuerzos del Estado en la dotación de elementos básicos de seguridad social (TRUMBULL, 2014), argumentando que ellos pueden ser obtenidos por medio del mercado, suponiendo la facilitación del acceso al financiamiento. Por otra parte, ello ha desencadenado una disminución de las tasas de ahorro, gravando en mayor medida en las familias de estratos sociales más bajos (BARBA y PIVETTI, 2009). La constatación de ambos efectos provoca problemas desde varias aristas: la negativa de crédito, sin balancearla con redes de bienestar público, resulta en un debilitamiento de la posición social en la medida en que no se dispongan medios sustitutivos para la satisfacción de necesidades básicas (RAMSAY, 1995). Asimismo, si el crédito es utilizado para estos fines, existe una enorme posibilidad de “sobreendeudamiento activo”⁶ (SCOTT, 2007), cuando tales necesidades siempre superaron las posibilidades efectivas de pago. Y, finalmente, porque la satisfacción de las necesidades básicas (o, incluso, aquellas fomentadas por técnicas de incitación al consumo)⁷, altera la ponderación del riesgo por parte del deudor, quien ignorará o, al menos, situará en una posición secundaria, su incapacidad de pago (*ignoring complexity*) (ATAMER, 2011).

Ambos fenómenos de sobreendeudamiento, activo y pasivo, mal llevados, pueden derivar en escenarios de calamidad más profunda, desencadenando una crisis patrimonial derivada de la insolvencia. La cuestión se complejiza si, independientemente a contar o no con medidas de prevención (esencialmente en sede de consumo), los ordenamientos jurídicos siguen configurando respuestas concursales centradas exclusivamente en la figura del comerciante (que, en los modelos decimonónicos eran los principales usuarios de crédito) o establecidos

Sin embargo, para una referencia sobre los dilemas morales y económicos implícitos, vid. White (2012).

- 6 Se entiende por sobreendeudamiento activo, “aquellos supuestos en los que el consumidor provoca en forma dolosa, o al menos negligente, su propio estado de insolvencia aumentando su endeudamiento excesiva o irreflexivamente [...], pudiendo llegar incluso a niveles de conducta compulsiva” (Álvarez Vega, 2010).
- 7 Este problema se ha descrito bajo la idea del “descuento hiperbólico”, en que las ventajas inmediatas del consumo son ponderadas en un nivel superior al de sus costos, que incluso claramente informados, son postergados por medio del endeudamiento. Especialmente indicativa es la sugerencia de Andrade (2013), respecto a los efectos producidos por técnicas de incitación al consumo fundadas en “descuentos exclusivos” y “programas de fidelización” en las tarjetas de crédito.

en torno a regímenes unitarios en que el concurso es aplicable a cualquier tipo de deudor, pero que está construido en torno a ideas impropias a la persona física, como la preservación de unidades económicas, la disolución societaria por pérdidas, el rescate de negocios viables, etc. Estos modelos inadecuados para el tratamiento de la insolvencia del deudor no comerciante (sea consumidor o, incluso, micro o pequeño empresario) provocan un aumento del costo del crédito, en la usual ponderación *ex ante* de los efectos de las reglas concursales, y una tasa de recuperación extraordinariamente reducida para los acreedores, ahora en una valoración *ex post*, habida cuenta de los gastos exorbitantes que implica someter al deudor a un procedimiento que está pensado en empresas.

3. LA INCIDENCIA DE LA REFORMULACIÓN DEL MODELO ECONÓMICO EN EL TRATAMIENTO DE LA DEUDA DE CONSUMO

En el modelo original del crédito contemplado en las codificaciones del siglo XIX, la idea de que una persona pudiese acceder al mismo de forma habitual se centraba en exclusiva en la figura del comerciante. En esta época, la sola noción de que un “no-comerciante” (hoy diríamos, “consumidor”) pudiese solicitar un préstamo para el financiamiento de su vida sólo podía dar cuenta de un desorden financiero o de una situación próxima a la caridad, de forma tal que los ordenamientos bien podían diseñar reglas fundadas en parámetros generales de autorresponsabilidad. En otras palabras, al tiempo en que el solicitante (comerciante) requería de crédito, no era la intención de las partes, ni del legislador, un traspaso del riesgo del negocio al financista, de forma tal que el deudor debía encontrar medios para solventar el pago so pena de la reprimenda social y jurídica.

El sustrato que subyace al modelo civil se basa, en consecuencia, en un incremento de la tutela de los acreedores⁸ al desencadenarse la insolvencia, cuya contrapartida se constata en una débil protección del deudor insolvente. Al efecto, se ha expresado que la conducción de la coercitividad de las obligaciones por medio de la regla de la responsabilidad patrimonial universal⁹, envuelve un modelo en que la insolvencia del deudor constituye un estado que debe activar

8 Sobre la idea de la satisfacción del interés el acreedor, vid., especialmente, Vidal (2007).

9 En el ámbito chileno, destacamos a Barros Errázuriz (1932); Meza Barros (1950); Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2001); Bahamóndez (1993); Fueyo (2004); Barcia (2008); Figueroa (2008); Court y Wegner (2013); Abeliuk (2014). En el contexto internacional, para una mayor



una mayor protección para el acreedor a fin de dar plena eficacia al principio de responsabilidad civil (FIGUEROA, 2008). A partir de la constatación de que el patrimonio del deudor puede variar en el tiempo que media entre el nacimiento del crédito y la época fijada para su cumplimiento, se ha considerado que la “verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad de su deudor para hacer frente a sus obligaciones” (DÍEZ-PICAZO, 2011). Así, se supone que tal variabilidad deriva “de circunstancias que él [el acreedor] no puede influenciar ni, en su mayor parte, prever” (LARENZ, 1958), de tal suerte que un declive en la solvencia del deudor justifica la consagración de normas tales como las relativas a la pérdida del beneficio del plazo, la exigencia de la constitución de fianzas y los denominados derechos auxiliares, como son el ejercicio de acciones oblicuas y paulianas¹⁰.

A la luz de esta construcción, la regla de responsabilidad universal es especialmente dura desde la perspectiva del deudor, porque, al decir de DÍEZ-PICAZO (2011), se considera que sólo “el deudor solvente es un deudor responsable”. De este modo, al deudor en desventura se le aprecia bajo un estándar de sospecha, que viene dado por el solo hecho de haber administrado su patrimonio acarreándolo a la insolvencia, con escasa atención a las razones que pudieron llevarlo a esa situación (salvo el extremo del evento fortuito) y, menos aún, atendiendo si acaso el acreedor había desplegado medidas anticipatorias para evitar la situación de riesgo. De ahí que el mínimo espacio que usualmente se le confería para la protección de sus intereses, articulado por medio del “pago por cesión de bienes” (*cessio bonorum*), supone que el deudor debe desvirtuar la presunción de culpabilidad en la generación de la insolvencia, en la medida en la que el deudor debe acreditar que el estado patrimonial crítico proviene de “accidentes inevitables”. Solo así, y luego de la entrega de todos sus activos embargables, se consigue la postergación de la agresión a sus bienes futuros por medio del beneficio de competencia, dejándole lo indispensable para su modesta subsistencia, pero siempre con cargo de la devolución del crédito cuando mejore su fortuna.

elaboración dogmática de la regla de responsabilidad patrimonial universal, vid. Capilla Roncero (1988).

10 Sobre algunos de estos aspectos, vid. Contardo (2013); y Severin (2015).

De esta manera, la regla de responsabilidad termina asumiendo que el riesgo de insolvencia siempre terminará gravando al deudor, quien, ni siquiera en caso de circunstancias extraordinarias, podrá desatender aquello a lo que se ha obligado ni a las consecuencias de su incumplimiento. Se configura así un reproche por no efectuar una adecuada ponderación de tal riesgo habida cuenta de las fuerzas de su patrimonio, actuales y proyectadas durante toda la vigencia del crédito. Desde la perspectiva contractual, subyace en ello el respeto irrestricto del *pacta sunt servanda*, suponiendo el nacimiento de una obligación basada en una negociación previa, equilibrada e informada, en la que el acreedor no se considera responsable ni partíce de la insolvencia de su deudor, ni en una posición de haberla previsto completamente a fin de aplacar sus efectos. Asume también que, dado el reproche al que debe someterse al deudor, no es posible configurar ningún mecanismo de alivio e, incluso, que cualquier respuesta negocial puede quedar proscrita por la consideración del deudor como un estafador (bajo la lógica del *decocto ergo fraudator*), de forma tal que el deudor insolvente quedaba condenado a la exclusión financiera permanente al no estar ya validado económica, social y jurídicamente a acceder nuevamente a los mercados crediticios.

Empero, la transformación que advertíamos en el apartado anterior se ha ido reflejando en diversas reformas de los sistemas concursales desde fines del siglo XX, evidenciadas en la disminución de su carácter sancionatorio y la atenuación del principio de responsabilidad patrimonial. Sin perjuicio de que este movimiento encuentra su punto de partida en la abolición de la prisión por deudas con bastante anterioridad, la implementación de técnicas de recuperación del deudor y la promoción de la “segunda oportunidad” mediante la liberación de obligaciones al finalizar los procedimientos concursales mediante la técnica de la exoneración del pasivo insatisfecho (*discharge*) se ofrecen como nuevos desafíos alentados con especial atención luego de la crisis *subprime* en la primera década de este siglo.

El cambio de la “muerte del deudor” a la idea de la “muerte de la deuda” ilustra este nuevo paradigma, en que se entiende que los ordenamientos deben dar alguna clase de alivio para deudores inocentes (con variaciones en cuanto a la comprensión de este adjetivo), permitiendo su reincorporación a los flujos financieros y a la dinámica del consumo. Si bien los parámetros para la reconfiguración de estos modelos puede entenderse centrada en cuestiones



humanitarias, especialmente vinculadas a los efectos personales, familiares y psicosociales del sobreendeudamiento y la insolvencia personal, la cuestión también se enfoca desde una perspectiva económica, en la medida en que desnuda la realidad de la imposibilidad real de cobro y el peligro de llevar a la persona física a dinámicas de economía sumergida para evitar el perpetuo ataque de los acreedores.

Las nuevas coordenadas suponen convertir al sistema concursal en uno de los engranajes de las políticas de protección social, muchas veces justificada por la reducción del Estado de bienestar que ha alentado a la incitación al endeudamiento para suplir las necesidades básicas a las que antes aludíamos, en especial, cuando nos enfrentamos a mercados de creciente costo, como son los de la vivienda (burbujas inmobiliarias), educación privada y salud. Ello, concertado también con otras deficiencias de la sociedad del consumo, en que los recursos publicitarios tienden a la incitación de un consumo desmedido, a la renovación permanente de bienes de alto costo (especialmente en el ámbito tecnológico) y, en general, a la creación de necesidades que sólo pueden ser resueltas por medio del crédito al consumo ante la insuficiencia de los recursos propios generados a partir del desarrollo laboral. El modelo al que nos referimos encuentra su foco en evitar las respuestas liquidatorias mediante el ofrecimiento de modelos de renegociación colectiva, en que los montos de las deudas resulten ajustados a las reales capacidades de pago de los individuos en términos de montos y plazos, y, de no ser posible, en brindar al deudor el alivio de la remisión de la deuda (*descargue* o *discharge*) cuando el ordenamiento jurídico lo considera meritorio de un “nuevo comienzo” (*fresh start*), evitando que quede permanentemente atado a una carga de deudas que impide lograr estabilidad y desarrollo personal y familiar.

Así, la revisión y perfeccionamiento de los sistemas concursales, incluyendo modelos especiales para la insolvencia de la persona física, aún responde al reconocimiento del crédito como pilar del tráfico económico y la generación de riqueza, influido por el desarrollo del mercado financiero, no sólo como una herramienta de apoyo a la producción (como se entendía al tiempo de las codificaciones, influenciado por la obra de Jean Baptiste Say), sino como una forma de promoción de la demanda desde las lógicas Keynessianas formuladas en la segunda mitad del siglo XX. Con ello, la implementación de normativas especiales para abordar la crisis patrimonial de personas físicas se



origina en la reformulación de los modelos económicos, en sintonía con todas aquellas medidas de prevención ancladas predominantemente en sede de consumo, centradas en deberes precontractuales de información reforzada en el contexto financiero y en la regulación de mecanismos idóneos de cobranzas extrajudiciales. También forman parte de estas corrientes las herramientas de resguardo de la vivienda familiar (ALARCÓN, 2021), la revisión del listado de bienes inembargables, el aumento de los mecanismos de defensa del deudor en el contexto de las ejecuciones singulares, entre otras.

En este ámbito, ya en la década de los ochenta, Ramsay destacó la importancia de la recuperación de deudas en el sistema financiero y de consumo, como pilares fundamentales no solo del crecimiento económico, sino de la estabilidad social. En el contexto del cambio de modelo que hemos ido expresando, los mecanismos de cobro deben integrarse como fórmulas adecuadas para brindar coherencia al sistema, dado que sus deficiencias no sólo impactan el costo, sino también la accesibilidad a un sistema de financiamiento que, en la actualidad, se aprecia como esencial para la satisfacción de un número creciente de necesidades personales (ampliándose incluso a cuestiones básicas, como salud, vivienda o educación), y para el crecimiento de las economías que ven en el consumo su principal motor. Con ello, es indispensable subrayar que no resulta indiferente el tratamiento normativo que se da a los mecanismos de cobro de las deudas impagadas, ya sea de manera judicial o no, puesto que en ellas se reflejará la percepción general de la función del crédito y cómo la sociedad aborda su dinámica y consecuentes problemáticas.

De lo anterior resulta, por ejemplo, que en épocas en que el crédito al consumo era menospreciado y se asociaba moralmente a un deudor malicioso o negligente en sus finanzas, se implementaron sistemas extraordinariamente rigurosos que otorgaban a los acreedores un poder de agresión significativo. Eran tiempos en los que campeaba la prisión por deudas o sistemas regulatorios en los que existían escasas posibilidades para la renegociación efectiva de deudas o parámetros de dignificación del deudor en los mecanismos de cobranza extrajudicial. Y, para aquellos ordenamientos que contemplaban respuestas concursales para las personas naturales (incluso con independencia al origen comercial del crédito o al tipo de actividad económica), ellas se estructuraban esencialmente a la luz de la liquidación patrimonial por medio de una avasalladora presencia de la quiebra.



En contraste, en los ámbitos donde se ha ido comprendiendo la dinámica del crédito en una sociedad de consumo, donde el riesgo del sobreendeudamiento o la incapacidad de pago se ofrece como un resultado previsible a la luz de las dinámicas de la inclusión financiera o de la democratización del crédito, se ha ido promoviendo una formulación más protectora del deudor, enfocada en evitar la insolvencia o aliviar aquella que se produce inevitablemente. En este contexto, surgen voces que reclaman la formulación de deberes o cargas en cabeza de los acreedores para efectos de evitar el acceso indiscriminado al crédito por parte de quienes no cuentan con recursos suficientes para hacer frente a los pagos futuros (por medio de lo que se ha venido en denominar el “principio de préstamo responsable”), la humanización de los mecanismos de cobro, evitando tratos degradantes o humillantes, y donde los procedimientos concursales se construyan desde la idea del alivio y de la segunda oportunidad.

4. LA MODELACIÓN DE LAS RESPUESTAS DE PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA A LA LUZ DE LA DEFICIENCIA DE LAS HERRAMIENTAS INFORMATIVAS Y LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DEL PRÉSTAMO RESPONSABLE

Como hemos observado, el problema del modelo general de las codificaciones decimonónicas es que no toma en consideración la realidad del crédito del consumo. Como se sabe, en ella los acreedores son empresas financieras y los deudores son consumidores, constatación que despliega toda la problemática de la asimetría de información, de la contratación en masa por medio de contrato por adhesión, de la facilitación del acceso al crédito y de su incitación mediante estrategias de publicidad, entre tantos otros. Si bien es cierto que los diversos ordenamientos han ido avanzando en mecanismos de ajuste, incluso poniendo especial énfasis en el tratamiento normativo de los productos y servicios financieros, las primeras modificaciones regulatorias no giraron en torno al riesgo de sobreendeudamiento del consumidor, sino a la promoción de la simplicidad y transparencia en este mercado como un medio de fomento de la competencia.

Las principales medidas de protección se construyeron sobre la base de la información que el proveedor financiero debe entregar al consumidor¹¹, a

11 Deber que se justifica en la asimetría de información (por ejemplo, De la Maza [2010]; De la Maza [2013]; Barrientos Zamorano [2013]; Andrade [2013]; Rostío [2014]; Hernández Paulsen [2014]) y que, jurídicamente, se construye a partir del principio de buena fe a

partir de la mayor complejidad de esta clase de productos, sujeto a criterios de simplificación y factibilidad de comprobación, subyaciendo un esfuerzo para que el consumidor pudiese comparar los productos ofrecidos por diversos agentes, transitando a aquellos que le resulten financieramente más convenientes. La imposición al proveedor de la entrega de un caudal pormenorizado de información constituye, entonces, una solución reforzada por consideraciones de política económica que, como indica DE LA MAZA (2010), resulta más ajustada a las economías de libre mercado.

Si bien se ha sostenido que los deberes de información se configurarían como una medida preventiva para aplacar el riesgo de sobreendeudamiento (BAR-GIL, 2012 y BOUYON y MUSMECI, 2017), se ha indicado que se trata éste de un punto de partida errado, porque asume que el modelo tradicional sólo se alteraría en la dinámica del crédito de consumo en razón de una asimetría informativa. Así, una correcta dotación de información lograría posicionar al deudor en la misma situación que el sujeto implícito en la norma civil, comportándose como una persona racional a la cual puede seguir asignándosele el riesgo de su insolvencia (SCOTT, 2007). Esta aseveración ha resultado controversial¹² en la medida que estos deberes no aseguran la comprensión de la información por parte del deudor y no suponen la asignación de un costo real al acreedor que no ha valorado de forma adecuada el riesgo al conceder el crédito (ATAMER, 2011; y CUENA CASAS, 2014). La principal dificultad es el marcado “analfabetismo financiero” de la población. Así, aun cuando el diseño se oriente a explicitar el contenido económico del contrato, no se ha acreditado que el destinatario medio sea capaz de entender todas sus consecuencias debido a su racionalidad imperfecta (DE LA MAZA, 2010; y DE LA MAZA, 2014). Ante ello, se advierte que la deficiente comprensión del denso acervo informativo termina siendo reemplazada por la mera confianza en el concedente del crédito (GOMÁ, 2014), presuponiendo una adecuada valoración previa de su capacidad de pago (TRUJILLO, 2003).

efectos de configurar un deber de conducta genérico en torno a las nociones de confianza y cooperación de las partes (Fernández [2013]; Barrientos Zamorano [2013]; Rostión [2014]). Para un tratamiento sistemático sobre la materia, vid. Hernández Paulsen (2014).

¹² Ya la Sección 4.3.3 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo 2014/C 311/06 advertía que la Directiva 2008/48/CE, “basada en la información al consumidor, no resulta suficiente para evitar el sobreendeudamiento”.



Por ello, en un segundo estadio de avance regulatorio, el principio de préstamo responsable emerge como una herramienta que ha evolucionado en el Derecho comparado, encontrando su fundamento en las directivas europeas sobre créditos de consumo y créditos hipotecarios (GOLDENBERG, 2021). Para comprender su significado, es necesario retroceder en el tiempo y analizar las políticas de inclusión financiera implementadas a nivel mundial desde los años setenta, y, en América Latina, a partir de la década de los ochenta del siglo XX. Estas políticas buscan proporcionar a la población acceso a los mercados financieros para satisfacer sus necesidades, no solo desde la perspectiva de la promoción de la “bancarización”, sino también facilitando el acceso a diversas formas de financiamiento, especialmente en el ámbito del consumo. Sin embargo, al examinar el marco legal aplicable en los términos analizados en los apartados anteriores, se seguía evidenciando una divergencia importante, ya que el modelo subyacente se centraba en la noción del acceso al crédito para fines productivos, en los términos anclados en las codificaciones civiles y comerciales del siglo XIX.

Esta perspectiva legal se complica al considerar al deudor como un consumidor, cuyos intereses merecen un tratamiento diferenciado en un mercado financiero que originalmente no fue diseñado para ellos. Las regulaciones, que inicialmente se centraban en relaciones equilibradas y propias de la “contratación a la romana”, ahora deben adaptarse a las complejidades y opacidades inherentes al consumo, especialmente cuando las políticas de inclusión financiera han aumentado la necesidad de acceso al crédito para amplios sectores de la población, incluyendo aquellos con menor nivel educacional y con restricciones en la obtención de remuneraciones suficientes y dignas.

El concepto de “préstamo responsable” surge como una respuesta a los niveles crecientes de sobreendeudamiento, proponiendo un cambio de enfoque desde el deudor hacia el acreedor. Este principio implica que las entidades financieras deben ejercer mayor diligencia al ofrecer créditos, desplazando la responsabilidad de la evaluación de riesgos hacia el profesionalismo del proveedor financiero (GOLDENBERG, 2020a). Desde una perspectiva jurídica, el préstamo responsable se fundamenta en la asimetría y los deberes de profesionalidad del proveedor financiero. El principio se inserta en la fase de negociación del crédito, apelando a un comportamiento responsable por parte del proveedor financiero, esperando que, como entidad profesional, guíe su conducta conforme a estándares de lealtad y confianza, evitando el incumplimiento y la insolvencia.



En este sentido, el principio de “préstamo responsable” alude a evitar conductas indeseables en el contexto del mercado crediticio, y, al mismo tiempo, fijar un estándar de diligencia respecto a ambas partes. Ello implica identificar en el proveedor financiero a un ente profesional y que, como tal, debe guiar su conducta conforme a las máximas de su propia *lex artis* y, teniendo a la vista que el propósito práctico de la operación de crédito de dinero se encuentra en la obtención de una ganancia, tomar las medidas conducentes a proyectar tal posibilidad antes de la celebración del contrato. A su turno, desde la perspectiva del consumidor financiero, deberá conceder al proveedor toda la información que éste le solicite a efectos de poder llevar a cabo el examen de solvencia (ALARCON, 2023) y, a fin de no extremar el paternalismo que podría esconderse tras estas figuras, sopesar la información particularizada que aquel le concede como resultado de la evaluación realizada y decidir, finalmente, si incurrirá o no en la deuda y bajo qué términos y condiciones.

5. LA MODELACIÓN DE LAS RESPUESTAS DE SOLUCIÓN DE LA INSOLVENCIA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DEL NUEVO COMIENZO (*FRESH START*) Y DE LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

Como hemos ido advirtiendo, la creación de respuestas concursales específicas respecto a las personas físicas no comerciantes tiende a dar un nuevo sentido al crédito al consumo, de forma tal que, como válvula de escape, instrumenta mecanismos de salida frente a una incapacidad de cumplimiento de las obligaciones del deudor. En estos casos, no hablamos generalmente de cesación de pagos, término normalmente asociado al presupuesto objetivo de los procedimientos concursales aplicables a los comerciantes, sino en fenómenos de crisis más cercanos a la evidencia de mora prolongada o sobreendeudamiento, conforme a los parámetros probatorios concedidos por el legislador en atención a las particularidades del mercado local.

Este esfuerzo se centra, en primer lugar, en la adecuación de los procedimientos a las particularidades patrimoniales del sujeto. Ello, por regla general, se evidencia en su simplificación, atendida la menor complejidad del activo y la habitual homogeneidad del pasivo. Sea en un esfuerzo de renegociación de las deudas, en que la cuestión se centra en el ajuste del cronograma de pagos a las capacidades de generación de ingreso, o en la alternativa de la liquidación, en que no existen unidades productivas que proteger, los ordenamientos tienden a ofrecer mecanismos que intentan evitar la pasividad de los acreedores



y herramientas de realización tan simples como las que pueden lograrse por medio de plataformas digitales.

Una revisión de las soluciones comparadas da cuenta de un amplio abanico de alternativas, las que, en todo caso, aparecen arraigadas en cuestiones tan diversas como la relevancia del propio mercado o del Estado en la solución de estas cuestiones, el temor de desfondar la moralidad del deudor al ofrecer métodos de exoneración del pasivo insatisfecho, la estabilidad de las instituciones financieras, entre muchas otras.

Sin perjuicio de esta variedad, se observan con claridad dos corrientes que, no obstante, su divergencia, muestran varias señales de mayor proximidad mediante fórmulas híbridas.

En una esquina, la configuración del denominado *consumer bankruptcy* parte de la base de los institutos concursales aplicables a las empresas, y, en consecuencia, pretende facilitar la coordinación de los acreedores a fin de maximizar sus posibilidades de cobro mediante la disminución de los costos de transacción. Habida cuenta de la simplificación del activo y del pasivo de esta clase de deudores, la estructura procedural se adelgaza hasta el punto de que puede llevarse incluso fuera de la órbita judicial (incluso administrativa), de manera de reducir las barreras de acceso para el deudor y los escasos incentivos de los acreedores por promover soluciones negociadas. La mayor divergencia con los modelos tradicionales, no obstante, se produce por el reconocimiento explícito del interés del deudor que, para estos efectos, se traduce en la posibilidad de lograr la extinción del saldo insoluto de sus obligaciones y, en consecuencia, un “nuevo comienzo”. Como puede observarse, en esta variante, el propósito es facilitar la entrada y salida del concurso, de manera de poder recuperar lo más rápido posible la capacidad crediticia y de consumo de la persona, incorporando la variable del *discharge* como un mero instrumento de distribución de riesgos. Ahora bien, la extensión del descargue de las obligaciones suele ofrecerse con ciertas limitaciones para evitar problemas de riesgo moral, estableciendo parámetros de buen comportamiento, lealtad y cooperación del deudor antes y durante la marcha del concurso, como también para dar preeminencia a ciertos bienes jurídicos que el ordenamiento estima de mayor importancia que la política del descargue, como ocurre con las deudas derivadas de las obligaciones de familia (pensiones de alimentos), multas administrativas o penales y, más controversialmente, créditos públicos.



En la otra esquina, encontramos un modelo cimentado en el ajuste de la deuda de consumo (*consumer debt mitigation* o *consumer debt adjustment plans*). En este, el primer esfuerzo se encuentra, no en la liquidación del patrimonio, sino en alcanzar un acuerdo con los acreedores que permita ajustar la deuda a planes de pago adecuados a la realidad del consumidor. En estos casos, que refuerzan las lógicas del *pacta sunt servanda* y la preservación del contrato, la idea es mantener el principio de que el deudor debe (al menos) intentar cumplir con sus obligaciones, destinando una parte proporcional de sus ingresos al pago de la deuda, y, solo una vez cumplido el plan, poder optar por la liberación de las deudas restantes. En estos casos, en consecuencia, la salida del procedimiento se verá aplazada, incluso por varios años, de forma tal que solo una vez cumplido estrictamente el plan propuesto podrá obtener el beneficio del *discharge* del remanente, de modo tal que la buena conducta del deudor es particularmente apreciada a la luz del sacrificio que mantiene durante la vigencia del plan. Con ello, se estima que no se debilitan los pilares del Derecho de las obligaciones de manera tan radical como el que implica la fórmula del *consumer bankruptcy*, y, en especial, se evita el problema del riesgo moral.

Por último, podrá observarse que en ambos sistemas existe un punto gravitante, como es el que se refiere a la exoneración del pasivo insatisfecho, aunque la forma de obtención del beneficio se plantea de manera radicalmente diverso. Dada su importancia, debemos centrarnos algo más en esta figura.

Originada en el mundo anglosajón, su finalidad se ha ido desplazando desde una lógica cooperativa que buscaba un mejor pago a los acreedores, a un beneficio centrado en el deudor y en sus posibilidades de rehabilitación financiera (GOLDENBERG, 2020b). Más allá de la forma de obtención, ella se configura bajo la lógica de un seguro y de limitación de responsabilidad, de forma tal que se logra un desplazamiento bastante más radical del riesgo de incumplimiento e insolvencia en cabeza de los acreedores¹³. Para tales efectos, se parte de la base de que el proveedor financiero se encuentra en mejor posición, no sólo para anticipar tal riesgo, sea mediante técnicas de calificación de solvencia o de exigencia de garantías, sino también para soportar las pérdidas que de ella provienen. Sin perjuicio de estas consecuencias, cabe advertir que el

13 Respecto al carácter redistributivo del *discharge*, vid. Caballero Germain (2018), pp. 149-150.



ordenamiento puede asumir estos efectos en la medida que exista un nivel de transparencia suficiente respecto a la capacidad de pago de eventuales clientes financieros para hacer una adecuada evaluación, de modo tal de no generar un desequilibrio que pueda tener consecuencias macroeconómicas.

A su turno, también se alienta a la incorporación de estos mecanismos tutelares en tanto se entiende que funciona como una suerte de estabilizador económico. Por una parte, precisamente por el valor asegurador que anunciamos en el apartado anterior, se acrecienta la responsabilidad del prestamista al tiempo de la concesión del crédito, incorporándose como una variante más del principio de “préstamo responsable”, y, por la otra, rehabilita a un conjunto de deudores “honestos, pero desafortunados”, de manera de permitir su reincorporación a los mercados y mantener su funcionamiento a largo plazo. La cuestión se centra aquí en conformar deslindes adecuados para la identificación de los deudores meritorios de este tratamiento, de manera de evitar el uso fraudulento de estas herramientas. Sin ellos, el propio sistema concursal se deslegitima y la política pública subyacente se desvanece en la sospecha del pillaje.

6. BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, R. (2014): *Las obligaciones*, Legalpublishing / Thomson Reuters, Santiago.

ALARCÓN CAÑUTA, M.A. (2021): “La vivienda del deudor persona natural en el procedimiento concursal chileno y reflexiones para su protección”, *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, n.º 56, pp. 1-33.

ALARCÓN CAÑUTA, M. A. (2023): “La evaluación de la solvencia del consumidor financiero como manifestación de la seguridad en el consumo y su incidencia en la responsabilidad civil del prestamista incumplidor”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 40, pp. 153-205.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.; SOMARRIVA UNDURRAGA, M. y VODANOVIC HAKILCKA, A. (2001): *Tratado de las obligaciones*, Vol. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

ÁLVAREZ VEGA, M.I. (2010): *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters / Civitas, Cizur Menor.

ANDRADE RAMÍREZ, V. M. (2013): “La protección al consumidor de tarjetas de crédito: ¿son suficientes los deberes de información?”, recurso electrónico



disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=2349131.

ATAMER, Y. M. (2011): “Duty of responsible lending: should the European Union take action?”, *Financial services, financial crisis and general European contract law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, pp. 179 – 201.

BAHAMÓNDEZ PRIETO, L. F. (1993): *La prelación de créditos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

BANCO MUNDIAL (2013): *Responsible lending. Overview of regulatory tools*, Washington D.C.

BARBA, A. y PIVETTI, M. (2009): “Rising household debt: its causes and macroeconomic implications – a long-period analysis”, *Cambridge Journal of Economics*, No. 33, p. 113-137.

BARCIA LEHMANN, R. (2008): *Lecciones de Derecho civil chileno. De la Teoría de las Obligaciones*, T. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

BARRIENTOS ZAMORANO, M. (2013): “Artículo 3ºB”, *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, pp. 94-103.

BARROS ERRÁZURIZ, A. (1932): *Curso de Derecho Civil*, Segundo año, primera parte, Vol. II, Editorial Nascimento, Santiago.

BOUYON, S. y MUSCEMI, R. (2017): “Las dos dimensiones del sobreendeudamiento: protección del consumidor y estabilidad financiera en la Unión Europea”, en *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 99 – 118.

CABALLERO GERMAIN, G. (2018): “Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutoes en el procedimiento concursal del consumidor”, *Ius et Praxis*, Año 24, n.º 3, pp. 133-172.

CAPILLA RONCERO, F. (1989): *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Ministerio para las Administración, Madrid.

CONTARDO GONZÁLEZ, J. I. (2013): “Resolución por incumplimiento. Constitución en mora del deudor. Caducidad legal del plazo. Resolución por incumplimiento previsible. Resolución por pérdida de confianza. Corte Suprema, Primera



Sala (Civil), 17 de enero de 2012, rol n.º 424-2010, cita Microjuris: MJ30743”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 20, pp. 225 – 233.

COURT MURASSO, E. y WEGNER ASTUDILLO, V. (2013): *Derecho de las obligaciones*, Legalpublishing / Thomson Reuters, Santiago.

CUENA CASAS, M. (2014): “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar”, en *Préstamo responsable y ficheros de insolvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 21 – 98.

DE LA MAZA GAZMURI, I. (2010a): “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, Año 17, n.º 2, pp. 21 – 52.

DE LA MAZA GAZMURI, I. (2013): “Artículo 1º n.º 3”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, pp. 23 – 31.

DE LA MAZA GAZMURI, I. (2014): “La información como técnica de protección de los consumidores: créditos hipotecarios ¿una paradoja regulatoria?”, en *Estudios de Derecho Civil X*, Thomson Reuters / La Ley, Santiago, pp. 375-396.

DÍEZ-PICAZO, L. (2011): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Vol. II, *Las relaciones obligatorias* (sexta edición), Thomson Civitas, Cizur Menor.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, F. (2013): “Artículo 17A”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección a los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, pp. 364-375.

FIGUEROA YÁÑEZ, G. (2008): *El patrimonio*, tercera edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

FRANK, Joshua M. (2011): “Do credit card users systematically underestimate their interest rates? Evidence from the Survey of Consumer Finances”, *Journal of Public Policy & Marketing*, Vol. 30, N° 1, pp. 133 – 139.

FUEYO LANERI, F. (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, tercera edición actualizada por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.



GOLDENBERG SERRANO, J. L. (2020a): "El sobreendeudamiento y los paradigmas del consumidor financiero responsable y del proveedor financiero profesional", *Ius et Praxis*, Año 26, n.º 1, pp. 1-27.

GOLDENBERG SERRANO, J. L. (2020b): "El origen y la evolución de la extinción del saldo insoluto como resultado del concurso en el discurso anglosajón y su incorporación en la legislación chilena de quiebras de 1929", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 47, N° 2, pp. 411-435.

GOMÁ LANZÓN, F. (2014): "La supuesta complejidad de los llamados productos financieros complejos y la claridad como derecho del consumidor", en *Préstamo responsable y ficheros de insolvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 181 - 206.

GOLDENBERG SERRANO, J.L. (2021): *El sobreendeudamiento del consumidor*, Thomson Reuters, Santiago.

HELWEG-LARSEN, M. y SHEPPERD, J. A. (2001): "Do moderators of the optimistic bias affect personal or target risk estimates? A review of the literature", *Personality and Social Psychology Review*, Vol. 5, N° 1, pp. 74-95.

HERNÁNDEZ PAULSEN, G. (2014): *La obligación precontractual de las entidades de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, Marcial Pons, Madrid.

HUDON, M. (2009): "Should access to credit be a right?", *Journal of Business Ethics*, Vol. 84, No. 1, pp. 17-18.

KLAPPER, L., LUSARDI, A. y VAN OUDEHEUDSEN, P. (2015): *Financial literacy around the world*. Disponible en: http://gflec.org/wp-content/uploads/2015/11/Finlit_paper_16_F2_singles.pdf

LARENZ, K. (1958): *Derecho de obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

MEZA BARROS, R. (1950): *Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

RAGA GIL, J. T. (2017): "Sobreendeudamiento privado y crisis financiera", en *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 43-97.

RAMSAY, I. (1995): "Credit law, distributive justice and the welfare state", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, n.º 2, pp. 117 - 197.



ROSTIÓN, I. (2014): “SERNAC Financiero: nuevos deberes de información y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), Año 21, n.º 1, pp. 432 – 442.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2016): *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor.

SEVERIN FUSTER, G. (2015): “Los supuestos de “caducidad legal” del plazo contenidos en el numeral primero del artículo 1496 del Código Civil. Una lectura tras la modificación hecha por la Ley No. 20.720 (nueva ley concursal)”, en *Estudios de Derecho Civil X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso 2014*, Thomson Reuters, Santiago, pp. 505 – 526.

SCOTT, R. H. III (2007): “Credit card use and abuse: a Veblenian analysis”, *Journal of Economic Issues*, Vol. 41, n.º 2, pp. 567 – 574.

TRUJILLO DÍEZ, I. J. (2003): *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Comares, Granada.

TRUMBULL, G. (2014): *Consumer lending in France and America. Credit and Welfare*, Cambridge University Press, Nueva York.

VIDAL OLIVARES, A. (2007): “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una visión más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, n.º1, pp. 41-59.

VIGNEAU, V., BOURIN G.-X. y CARDINI, C. (2012) : *Droit du surendettement des particuliers*, Lexis Nexis, París.

WEINSTEIN, N. D. (1989): “Optimistic biases and personal risk”, *Science*, Vol. 246, n.º 4935, pp. 1232-1233.

WHITE, A. (2012): “Credit and human welfare: Lessons from microcredit in developing nations”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 69, n.º 2, pp. 1093-1140.



El nuevo concurso civil mexicano

ROSA M. ROJAS-VÉRTIZ*

México

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo introduce al lector a la regulación de los procesos concursales civiles en México, esto es, a los procedimientos aplicables a las personas no comerciantes. El concurso civil ha estado regulado en México en las 32 entidades federativas desde principios del siglo XX como una quiebra, con una casi nula aplicación. El nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2023, moderniza y unifica la regulación, introduciendo un procedimiento que tiene como finalidad la rehabilitación del deudor sin descuidar el mayor pago posible a los acreedores. Este artículo abordará los aspectos esenciales de los nuevos procedimientos, que empezarán a aplicarse hasta 2027.

2. EL CONCURSO CIVIL REGULADO EN LOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES LOCALES

El Estado Mexicano es una república federal compuesta por 32 entidades federativas.¹ El artículo 73 de la Constitución Federal le concede al Congreso

* Profesora del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), Abogada por la Escuela Libre de Derecho, con una Maestría en Derecho Comercial y Corporativo por The London School of Economics and Political Science, y Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM)

1 Artículo 40 de la Constitución Federal: Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres



Federal la facultad para legislar en materia de comercio,² y conforme al artículo 124 las facultades que la Constitución no concede en forma expresa a la federación se entienden concedidas a los Estados;³ por lo tanto, a las legislaturas de las entidades federativas les corresponde legislar en materia civil. Ello ha ocasionado que en la República Mexicana tengamos 32 códigos civiles y 32 códigos de procedimientos civiles, que conviven con un código de comercio y diversas leyes especializadas en materia mercantil, entre las que se encuentra la Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 2000. Por lo tanto, la Ley de Concursos Mercantiles es aplicable sólo a comerciantes, ya sean personas naturales o jurídicas.

El Código de Comercio considera comerciantes a las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles y a las personas naturales que hacen del comercio su ocupación ordinaria.⁴ Por ende, quienes no son comerciantes no pueden someterse a la Ley de Concursos Mercantiles, y hasta antes del 7 de junio de 2023 tenían sólo la opción de negociar con sus acreedores

y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 41 de la Constitución Federal: El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de cada Estado y de la Ciudad de México, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Artículo 43 de la Constitución Federal: Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila de Zaragoza, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán de Ocampo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz de Ignacio de la Llave, Yucatán y Zacatecas; así como la Ciudad de México.

2 Artículo 73. El Congreso tiene facultad: (...)

X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123;

3 Artículo 124 de la Constitución Federal: Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.

4 Artículo 3 del Código de Comercio.



sin un marco legal aplicable o someterse al procedimiento de concurso civil regulado en los códigos de procedimientos civiles de las entidades federativas. Los códigos de procedimientos civiles de las entidades federativas regulan un procedimiento denominado “concurso civil” que se ha utilizado muy poco, y que por lo mismo, no ha tenido reformas en décadas.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, ahora denominado Ciudad de México, está en vigor desde el 1 de octubre de 1932. El concurso civil regulado en el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México solo ha tenido una fe de erratas y 2 reformas que no han sido sustanciales.⁵ Su regulación “incapacita al deudor para seguir administrando sus bienes y traslada la administración de los bienes al síndico.”⁶ El concurso “es voluntario cuando el deudor se desprende de sus bienes para pagar a sus acreedores.”⁷ Si bien el procedimiento suspende la generación de intereses, su objetivo es el aseguramiento de los bienes para entregarlos en posesión a un síndico para su venta y distribución del producto de la venta a los acreedores, con excepción de los bienes inembargables. Sin embargo, conforme al artículo 544 del mismo código sólo quedan exceptuados de embargo: el lecho cotidiano, vestidos y muebles de uso ordinario, los instrumentos y aparatos útiles y necesarios para el arte u oficio a que se dedique el deudor, la renta vitalicia, sueldos y salarios, los derechos reales de uso, y el patrimonio de familia.⁸

El procedimiento de concurso regulado en los códigos de procedimientos civiles sólo vincula a los acreedores que aprueben el convenio. No es oponible a

- 5 El contenido de la fe de erratas y reformas puede ser consultado en Rojas Vértiz C. Rosa M., “El concurso civil como una herramienta de solución a problemas económicos derivados de la pandemia covid-19”, Jurídica Ibero, Año VI, Núm. 11, diciembre 2021, p. 90.
- 6 Rojas Vértiz C. Rosa M., “La Insolvencia de las Personas Físicas en México”, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 89. Ver artículo 2,966 del Código Civil de la Ciudad de México y 760 y 761 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México.
- 7 Artículo 738 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México.
- 8 El patrimonio de familia está regulado en los artículos 723 a 746 bis del Código Civil de la Ciudad de México, y puede proteger del embargo la vivienda o un inmueble que utilice una familia para un giro comercial o industrial, en la medida en que se habite o utilice directamente por la familia, pero cesa cuando los beneficiarios dejan de tener derecho a percibir alimentos. El artículo 730 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México fija un tope al valor del inmueble para constituir el patrimonio de familia, de manera que cuando el valor del inmueble es superior a ese tope no es posible constituir el patrimonio de familia.



quien se opuso a él.⁹ El artículo 753 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México señala claramente que los acuerdos deben ser *por unanimidad*,¹⁰ lo que dificulta la celebración de acuerdos para un deudor insolvente. Por otra parte, la graduación y prelación de créditos que establecen los códigos civiles es sumamente compleja¹¹ y excluye del concurso a los créditos con garantía real. Además de que “si no se cubrió totalmente el monto de los créditos, los acreedores conservan su derecho para cobrarse de los bienes que el deudor adquiera en el futuro.”¹²

No es de extrañarse su falta de utilización. Se trata sólo de un procedimiento de quiebra destinado a la venta de los bienes del deudor, que lo priva de su capacidad de ejercicio, y lo deja endeudado indefinidamente. No prevé incentivos para la renegociación de los créditos y no toma en cuenta la capacidad de pago del deudor. Ni siquiera le permite conservar los recursos necesarios para satisfacer sus alimentos, ya que esto sólo es aplicable si el deudor está sujeto a patria potestad o a tutela, está físicamente impedido para trabajar y/o sin culpa carezca de oficio o de bienes.¹³

En un estudio empírico realizado sobre los juicios de concurso civil iniciados en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México entre 2012 y 2016,¹⁴ se encontraron sólo 98 juicios de concurso civil reportados en las estadísticas de los 75 juzgados de lo civil de proceso escrito que en ese momento existían. Esto es equivalente a sólo el 0.01 % de los juicios ingresados, ya que en

9 Artículo 2,969-2,972 del Código Civil de la Ciudad de México.

10 Cfr. Rojas Vértiz C. Rosa M., “La Insolvencia de las Personas Físicas en México”, op., cit. p. 90.

11 Distingue entre gastos de salvamento, deudas para ejecutar obras de conservación de algunos bienes, créditos para la construcción de obras muebles, créditos por semillas, gastos de cultivo y recolección, créditos por fletes, créditos por hospedaje, créditos del arrendador, créditos que provengan del precio de los bienes vendidos y no pagados, pagos de mantenimiento, etc. Ver artículos 2,980 al 2,998 del Código Civil de la Ciudad de México. Cfr. Rojas Vértiz C. Rosa M., “La Insolvencia de las Personas Físicas en México”, op. cit. p. 91-93.

12 Rojas Vértiz C. Rosa M., “La Insolvencia de las Personas Físicas en México”, op. cit. p. 93. Artículo 757 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México.

13 Ver artículos 545 y 768 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México. Rojas Vértiz C. Rosa M., “La Insolvencia de las Personas Físicas en México”, op. cit. p. 94.

14 Cfr. Rojas Vértiz C. Rosa M., “La Insolvencia de las Personas Físicas en México”, op. cit. pp. 96-111 y 120-122.



el mismo período ingresaron 726,933 juicios a los juzgados de lo civil de proceso escrito del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. De esos 98 juicios reportados, sólo fue posible dar con los números de expedientes de 28, todos concursos voluntarios, la mitad de los cuales fueron desechados. De las 14 solicitudes de concurso restantes, el 75% de los expedientes fueron admitidos después de haber desahogado prevenciones, promovido recursos de queja, e incluso juicios de amparo en 2 de los casos. Ninguno de los juicios acabó con un convenio concursal o con una sentencia que ordenara la venta de los bienes y el pago a los acreedores. La mayoría quedaron en inactividad o el deudor se desistió después de haber celebrado convenios particulares con el acreedor que compareció, convenios que el código civil declara nulos.¹⁵

3. EL NUEVO CONCURSO DE ACREDITORES EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES.

El 15 de septiembre de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma constitucional que añadió una fracción XXX al artículo 73 de la Constitución Federal para facultar al Congreso Federal para “expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar”. Aun cuando el artículo Cuarto Transitorio daba al Congreso de la Unión un plazo de sólo 180 días para emitir la nueva legislación adjetiva, el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares se publicó en el Diario Oficial de la Federación hasta el 7 de junio de 2023.

Era necesario compilar en un solo código las mejores prácticas y procedimientos desarrollados en las 32 entidades federativas por cerca de 100 años. Cada entidad federativa tiene y ha tenido su propio Tribunal Superior de Justicia, su propio presupuesto, sus propios códigos civiles y de procedimientos civiles, y ha desarrollado su sistema procedural en forma independiente a las otras entidades. Labor que el Congreso de la Unión rehuyó por varios años, pero que tuvo que retomar a raíz de que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia resolvió que el Congreso de la Unión había incurrido en una omisión

15 Artículo 2,968 del Código Civil de la Ciudad de México.



legislativa y le ordenó que emitiera el código en un plazo no mayor al 30 de abril de 2022.¹⁶

A raíz de esa sentencia el Congreso de la Unión conformó un Grupo Técnico Redactor para revisar una iniciativa del código presentada por el partido Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA) que elaboró la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIB). La CONATRIB manifestó que la iniciativa presentada por MORENA era el resultado del trabajo de un equipo de varios jueces locales. El Grupo Técnico Redactor estuvo integrado por especialistas en técnica legislativa de la Cámara de Diputados y del Senado, abogados practicantes miembros de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, jueces locales pertenecientes a la CONATRIB y académicos, para en un lapso de 7 meses revisar la iniciativa y hacer múltiples modificaciones. El trabajo realizado por el Grupo Técnico Redactor fue aprobado por ambas cámaras del Congreso de la Unión como el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (en lo sucesivo “CNPCyF”), y publicado el 7 de junio de 2023 en el Diario Oficial de la Federación.

El CNPCyF está conformado por 10 libros, y es bastante innovador: privilegia la solución de controversias sobre el formalismo procesal, prioriza la oralidad y regula varios procedimientos sumarísimos, contempla ajustes a los procedimientos cuando una o ambas partes se pueden considerar personas pertenecientes a grupos vulnerables: como personas con capacidades diferentes o pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, incorpora el expediente electrónico y la posibilidad de llevar juicios en forma virtual. Su correcta implementación requiere de mucha capacitación. Debido a los grandes cambios contemplados por el CNPCyF, el Congreso de la Unión concedió una *vacatio legis* de 4 años para su aplicación. Así que aunque el decreto que contiene el CNPCyF entró en vigor al día siguiente de su publicación, se dieron 4 años a las entidades federativas para hacer las adecuaciones necesarias para su implementación, en el entendido de que su aplicación en todas las entidades federativas no debe exceder del 1 de abril de 2027.

16 Sentencia del Amparo en Revisión 265/2020 promovido por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, por omisión legislativa. A raíz de ese amparo el Congreso de la Unión conformó el Grupo Técnico Redactor del código que revisó la iniciativa presentada por MORENA y solicitó 2 prórrogas al Juez Octavo de Distrito en Materia Civil en la Ciudad de México, encargado de dar cumplimiento a la sentencia de amparo.



Entre sus novedades, el CNPCyF modernizó el procedimiento de quiebra que estaba contemplado en los códigos de procedimientos locales, para denominarlo “concurso de acreedores”. El concurso de acreedores en el nuevo código contempla dos nuevos procedimientos de insolvencia: un procedimiento extrajudicial y un proceso judicial. Uno de los objetivos principales que persiguen los procedimientos es proporcionar una salida al sobre endeudamiento y la rehabilitación de la persona deudora, procurando a la vez el mayor pago posible a los acreedores. Los procedimientos se hicieron tomando en cuenta algunas de las recomendaciones de Banco Mundial sobre el tema,¹⁷ y las experiencias que han tenido Chile y Colombia en la implementación de sus procedimientos de insolvencia para personas naturales.¹⁸ La regulación del concurso de acreedores es mejor que el concurso civil que ha estado vigente en los códigos de procedimientos civiles, que no se utiliza. Sin embargo, no fue posible incorporar todos los aspectos convenientes para que los sistemas sean eficaces. Algunos de esos aspectos son tan innovadores que hasta ahora han sido ajenos a nuestro sistema jurídico, y se requiere primero una labor de capacitación y familiarización con las instituciones para que sea factible su incorporación a las disposiciones normativas.

3.1. Los aspectos fundamentales de los sistemas de insolvencia de personas naturales y la rehabilitación del deudor

Banco Mundial y otros organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo y la Comisión Europea,¹⁹ han insistido en la conveniencia de que los sistemas de insolvencia para personas naturales prevean la exoneración de algunas de las obligaciones del deudor cuando estas son impagables, con la finalidad de darle al deudor un *fresh start* -como lo llaman los norteamericanos-, o lo que los españoles han denominado una segunda oportunidad. El objetivo de los procedimientos debe ser la aprobación de un plan de pagos al que el deudor aporte sólo una parte

17 Banco Mundial, Banco Mundial, “Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons”, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/17606/ACS68180WPOP120Box0382094B00PUBLIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=>

18 Ley 20.720 de 2014 de Chile y la Ley 1564 de 2012 de Colombia. Cfr. Rojas Vértiz C. Rosa M., “La Insolvencia de las Personas Físicas en México”, op., cit. pp. 167-261.

19 Sobre estas recomendaciones, además del Reporte de Banco Mundial, op. cit. 17, ver Ramsay, Iain, Personal Insolvency in the 21st. Century (A Comparative Analysis of the US and Europe), Hart Publishing, 2017, p. 6-10.

de sus ingresos futuros, permitiéndole retener otra parte para que siga siendo productivo, en lugar de esconderse, cambiarse de domicilio, o hacer todo lo posible por no ser encontrado. Privar a la persona deudora de todos sus bienes presentes, que en forma frecuente pueden no existir o no ser comercializables, es un desincentivo para la persona deudora y no ha dado un buen resultado; por lo que las recomendaciones internacionales indican que es mejor prestar atención a los bienes futuros, mediante la elaboración de un plan de pagos.

Por otra parte, el objetivo del plan de pagos es fomentar la responsabilidad en la persona deudora, y no pretender que cumpla con el 100 % de sus obligaciones, puesto que por regla general la persona deudora insolvente no tiene ni los ingresos ni bienes suficientes para hacerlo.²⁰ El descargo o exoneración de los saldos no pagados a que se refiere el párrafo anterior debe tener lugar hasta que la persona deudora cumple con el plan de pagos, y por ello Banco Mundial señala que el plan de pagos no debe exceder de 5 años, y que los países con índices más exitosos en el cumplimiento del plan de pagos lo regulan a un plazo máximo de 3 años. Ello es así, porque mientras el deudor está sujeto al plan de pagos se le restringe el uso de sus ingresos, por lo que mientras más se prolongue el plan de pagos, son mayores las posibilidades que existen de un incumplimiento, y en consecuencia de frustrar los objetivos del procedimiento.²¹ La extinción del derecho de los acreedores a exigir el saldo insoluto de sus créditos se traduce en un incentivo importante para que los deudores insolventes busquen una fuente de ingresos y sigan siendo productivos, en lugar de esconderse, refugiarse en la informalidad o incurrir en actividades ilícitas.

Otra de las recomendaciones internacionales es que el plan de pagos se apruebe en forma mayoritaria. La unanimidad puede impedir la rehabilitación del deudor, pues basta que un acreedor no esté de acuerdo para que no se apruebe el convenio. Los sistemas de insolvencia modernos se han decantado por lo que se conoce en inglés como “best interest creditors’ test” que sustituye la unanimidad por un parámetro objetivo: en la medida en que los acreedores reciben más de lo que recibirían si se liquida el patrimonio del deudor el plan es benéfico y basta la aprobación mayoritaria para que todos los acreedores que

20 Ibidem, p. 88.

21 Ibidem.



fueron notificados del concurso queden obligados. De esa manera se evita que un interés pernicioso pueda prevalecer e impedir la rehabilitación del deudor.

3.2. Aspectos generales del “Concurso de Acreedores” en el CNPCyF.

El concurso de acreedores está regulado en el Título Segundo del Libro Quinto “De los Juicios Universales” del CNPCyF, en 44 artículos que van del 811 al 854. El CNPCyF regula dos tipos de procedimientos: un procedimiento que es totalmente extrajudicial, y un proceso judicial. Ambos procedimientos puede iniciarlos tanto el deudor, como algún acreedor. Puede iniciar su procedimiento cualquier persona natural o jurídica que no pueda hacer frente a sus obligaciones líquidas y exigibles. A diferencia de la Ley de Concursos Mercantiles, el CNPCyF no impone una fórmula financiera para que la persona deudora pueda iniciar su procedimiento. Quienes estén casados por sociedad conyugal podrán solicitar conjuntamente su concurso en un solo procedimiento.²²

Los procedimientos regulados en el CNPCyF sólo son aplicables a personas naturales y jurídicas que no sean comerciantes.²³ En México son comerciantes las personas jurídicas constituidas con arreglo a las leyes mercantiles y las personas naturales que hacen del comercio su ocupación ordinaria.²⁴ El criterio que ha prevalecido en los tribunales federales para definir qué personas naturales son comerciantes es que no basta ser accionista o administrador de una sociedad mercantil para considerarse comerciante. Los tribunales han precisado que la calidad de comerciante se adquiere por la concurrencia de dos elementos: que dichas personas ejerzan actos de comercio, y que lo hagan de un modo habitual, reiterado o repetido, haciendo de esa actividad mercantil el verdadero ejercicio de una profesión. Adicionalmente, que el acto de comercio se realice en nombre propio y no a cuenta de un tercero.²⁵

22 Artículo 811 y 813.

23 Ibidem.

24 Artículo 3 del Código de Comercio.

25 Sentencia dictada en el Amparo Indirecto 959/2019 por el Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Civil de la Ciudad de México. Ver también tesis I.11o.C.174 C con registro digital: 171526, de rubro: COMERCIANTE. NO ADQUIEREN TAL CARÁCTER POR EL HECHO DE SER SOCIO O ACCIONISTA O DESEMPEÑAR CARGOS DE ADMINISTRACIÓN, GERENTE, FACTOR O DEPENDIENTE DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL, emitida por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil Del Primer Circuito en el Amparo en Revisión 362/2004.



En los procedimientos sólo se admiten pruebas documentales, lo que incluye archivos electrónicos. Las personas relacionadas con la persona deudora, y que por ello puedan tener algún conflicto de interés, deben exhibir los títulos justificativos de sus créditos originales. No se acumulan otros juicios o procedimientos paralelos al concurso de acreedores. Dichos procedimientos deben seguir su curso, y en el concurso de acreedores sólo se toma nota del resultado o se prevén reservas si siguen *sub judice* durante la elaboración del convenio.²⁶

En lo que se refiere al orden y prelación de créditos, el CNPCyF dice que se rige por lo que establecen los códigos civiles, que siguen siendo locales. En otras palabras, no obstante que ya tendremos un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, ese código procesal coexistirá con los 32 códigos civiles de las entidades federativas. Dado que el orden y prelación de créditos es una cuestión sustantiva, el CNPCyF remite, en principio, a los códigos civiles para determinar el orden en que deben ser pagados los créditos. Sin embargo, el CNPCyF contiene una norma adicional que señala que en caso de omisión en la regulación del código civil o “para efecto del plan de pagos” serán preferidos los créditos alimentarios, los créditos laborales y los gastos de enfermedad, los cuales son preferidos incluso frente a créditos garantizados con garantía real. Además de los créditos preferidos que ya fueron señalados, el CNPCyF contempla solo 2 categorías de créditos: los créditos garantizados con garantía real y los créditos comunes. Los primeros no pueden ser mayoritados, se requiere el consentimiento del acreedor garantizado para cualquier modificación o afectación del crédito o de la garantía. Los créditos comunes son los créditos quirografarios, que no tienen garantía, y se pagan a prorrata.²⁷

El CNPCyF prevé la posibilidad de que se designe un síndico que estaría encargado de liquidar el patrimonio de la persona deudora -en lugar de seguir adelante con la negociación con los acreedores para la aprobación de un plan de pagos- si la persona deudora natural no coopera con los procedimientos, o si la persona deudora es una persona jurídica y los acreedores no aprueban el convenio. El síndico es un liquidador y sus funciones están enfocadas en la venta de los bienes de la persona deudora para el pago de los acreedores. La figura del

26 Artículo 817.

27 Artículo 819.



síndico viene de la regulación de la quiebra que hemos tenido en los códigos de procedimientos civiles locales. Una vez que a la persona deudora se le declara en quiebra pierde su capacidad de ejercicio, y la posesión y administración de su patrimonio se transfiere al síndico para proceder a su venta y pago a los acreedores. En el caso de los procedimientos concursales para personas naturales se pretende que no sea aplicable la quiebra o liquidación, y por ello se hace lo posible para que se apruebe un plan de pagos, e incluso se prevé la posibilidad de que el juez lo imponga, como se verá más adelante.²⁸

3.3. El convenio de acreedores

El convenio es el objetivo principal del procedimiento. El convenio debe contener todas las obligaciones que deberá pagar la persona deudora durante la vigencia del convenio y debe elaborarse atendiendo a su capacidad de pago. El convenio debe especificar (a) las modificaciones a los créditos vigentes, incluyendo quitas o prórrogas; (b) el monto que podrá retener la persona deudora para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia; (c) el monto excedente de sus ingresos que deberá distribuir a sus acreedores y la forma en que se realizará esa distribución; (d) definir si continúa o se da por terminado el contrato sobre la vivienda de la persona deudora, en su caso; (e) si además de una porción del ingreso, se aportarán bienes de la persona deudora para el pago de sus obligaciones, y en su caso, qué bienes y el procedimiento para su venta; así como (f) reservas para los créditos cuyo saldo no haya sido determinado en forma definitiva. El CNPCyF establece que el plazo máximo de vigencia del convenio será de 3 años, exceptuando créditos con garantía real. El convenio también requerirá que la persona deudora tome un curso de educación financiera.²⁹

El CNPCyF señala que “todas” las obligaciones que debe cumplir la persona deudora deben incorporarse en el convenio, aunque algunas de ellas no sean negociables durante el procedimiento, como los alimentos decretados judicialmente, la responsabilidad civil decretada en sentencia firme proveniente de delito y los casos que no sean materia disponible conforme a la ley aplicable. En esos casos, el facilitador sólo debe tomar nota del monto al que haya sido condenada la persona deudora en las resoluciones de que se trate.³⁰

28 Artículo 843, 849, 851 y 853.

29 Artículos 823 y 824.

30 Artículos 825 y 828.



Los procedimientos prevén la posibilidad de modificar el convenio que llegue a celebrarse si durante su vigencia la persona deudora recibe bienes o ingresos adicionales a los contemplados o anticipa que no podrá cumplir con lo estipulado. Tanto la persona deudora, como cualquier acreedor, puede solicitar la modificación, de preferencia, al facilitador o juez que estuvo a cargo del procedimiento. En caso de admisión de la solicitud de modificación, quien esté a cargo del procedimiento deberá notificar a todas las partes y tendrá un plazo de 30 días naturales para lograr el acuerdo de modificación, sin incrementar el plazo de vigencia del convenio, que no debe exceder de 3 años. En caso de no lograrse el nuevo acuerdo en dicho plazo el CNPCyF deja expedito el derecho de los acreedores para que lo hagan valer en la vía y forma correspondiente.³¹

3.4. El procedimiento extrajudicial

En el procedimiento extrajudicial se hace uso de los mecanismos alternos de solución de controversias, y ninguna parte del procedimiento requiere de intervención judicial. Este procedimiento pretende aliviar la saturación de los tribunales de asuntos incobrables y de sentencias inejecutables. El procedimiento extrajudicial estará a cargo de un mediador o conciliador público o privado certificado, a quien el CNPCyF llama facilitador, que podrá auxiliar a la persona deudora a llenar el formato con toda la información relativa a su activo y pasivo, convocará a los acreedores al procedimiento, elaborará la lista de créditos y se encargará de conducir las negociaciones para lograr un convenio que pueda ser aprobado por los acreedores.³²

El CNPCyF señala que el facilitador debe estar certificado conforme a la ley de la materia. Hasta la fecha han sido los tribunales superiores de las entidades federativas quienes certifican a los mediadores. Sólo los convenios celebrados ante mediadores certificados tienen aparejada ejecución, y por lo tanto, pueden ejecutarse ante un juez en la vía de apremio en caso de incumplimiento. En el mes de diciembre de 2023 se aprobó por el Congreso de la Unión una Ley General de Medios Alternativos de Solución de Controversias que pretende certificar mediadores a nivel federal. El CNPCyF dice que la persona deudora puede elegir al facilitador que estará a cargo del procedimiento extrajudicial, el cual deberá ser aprobado por la mayoría de los acreedores. En caso de que no se llegue a un

31 Artículo 831.

32 Artículos 811 y 815.



acuerdo en el procedimiento extrajudicial y que las partes decidan someterse al proceso judicial, el facilitador que condujo el procedimiento extrajudicial podrá fungir como auxiliar del juez si las partes no se oponen. No puede actuar como facilitador en los procedimientos una persona relacionada con la persona deudora.³³

El procedimiento extrajudicial mexicano tiene la ventaja de prescindir de los órganos jurisdiccionales, pero carece de los incentivos y herramientas de que normalmente se dotan los procedimientos concursales: medidas cautelares que operen por ministerio de ley y acuerdos mayoritarios que puedan imponerse a los acreedores disidentes. Esto quiere decir que las medidas cautelares tendrán que pactarse, y que los acuerdos durante el procedimiento extrajudicial deber ser unánimes. En caso contrario, se deja a salvo el derecho de los acreedores que no consentan para ejercer las acciones legales y recursos que consideren pertinentes.³⁴ Esta situación puede demeritar cualquier intento de convenio, y se debe a que en México ha sido un aspecto fundamental de los medios alternativos de solución de controversias que sean voluntarios. Las leyes no permiten que en los procedimientos de mediación o conciliación se obligue a las partes a comparecer o que se les imponga un acuerdo. Desafortunadamente, no fue posible en este momento persuadir de la necesidad de los acuerdos mayoritarios en procedimientos concursales, que por su naturaleza son universales y para ser efectivos deben ser colectivos y vinculatorios.

No obstante lo anterior, en caso de que las partes celebren un convenio, el CNPCyF dispone que durante la vigencia del mismo se mantiene una prohibición para ejecutar sobre los bienes del deudor. Así mismo, durante el procedimiento el CNPCyF prohíbe que se suspendan los servicios de agua, luz, internet o de cualquier otro servicio básico “que atente contra la dignidad humana”,³⁵ y

33 Artículos 811, 812, 814 y 816.

34 Artículos 821, último párrafo, y 826, último párrafo.

35 Artículo 829. Habrá que esperar a que se empiece a aplicar este artículo para ver si las empresas privadas que prestan los servicios de internet y de gas cumplen con lo establecido en ese artículo y siguen prestando el servicio sin recibir una contraprestación a cambio. Los servicios de agua y de luz son públicos, por lo que estimo que pueden ser menos controversiales.



establece que el deudor tendrá prohibido gravar o disponer de sus bienes, salvo con autorización judicial.³⁶

El CNPCyF establece que el procedimiento extrajudicial no debe tener una duración superior a 2 meses contados a partir de la fecha de presentación del formato único universal por parte de la persona deudora.³⁷ El formato único universal es un formato que identificará cada uno de los diferentes rubros aplicables al activo y pasivo de la persona deudora y que deberá contener una propuesta de plan de pagos.³⁸ El convenio que se celebre en el procedimiento extrajudicial no admite recurso alguno y trae aparejada ejecución para su exigibilidad en la vía de apremio. La inasistencia de la persona deudora sin causa justificada da por terminado el procedimiento.³⁹

3.5. El proceso judicial

El proceso judicial se inicia ante el juez competente. El CNPCyF prevé que el juez pueda auxiliarse de un mediador o conciliador, que puede ser público o privado, para que lleve a cabo las tareas que le corresponden en el procedimiento extrajudicial.⁴⁰ La regulación parte de que al juez no le corresponde directamente analizar la situación financiera del deudor, hacer la lista de créditos ni llevar las negociaciones con los acreedores. Todo eso lo puede hacer su auxiliar, con la finalidad de que el juez se concentre exclusivamente en las decisiones jurídicas. En consecuencia, el proceso judicial de concurso civil es un procedimiento híbrido, en el que se atribuyen al juez sólo las decisiones indispensables.

El proceso judicial es muy parecido al procedimiento extrajudicial arriba descrito, pero por ser ante un juez tiene un mayor grado de formalidades. Se prevé que ambos procedimientos puedan iniciarse por la persona deudora mediante el llenado y presentación del formato único universal. En el proceso judicial el juez emitirá un auto de admisión en el que solicitará al Centro de Justicia Alternativa la designación de un mediador como auxiliar en el procedimiento, y ordenará la notificación a todos los acreedores, la cual podrá realizarse incluso mediante la publicación de un extracto del auto de admisión en un medio de comunicación

36 Artículos 828 y 829.

37 Artículo 830.

38 Artículo 833 al 836.

39 Artículos 812 y 821.

40 Artículos 811 y 815.



oficial. El auto de admisión prohibirá a la persona deudora enajenar o gravar sus bienes, salvo con autorización judicial, designará a la persona deudora como depositaria judicial de todos sus bienes, proporcionará un término a los acreedores para la exhibición de los documentos justificativos de sus créditos, y notificará a los deudores conocidos la prohibición de hacer pagos o de entregar efectos al concursado, bajo el apercibimiento de doble pago. El auto de admisión tiene también por vencidas todas las obligaciones de la persona deudora para determinar su cuantía y fija una fecha de retroacción para anular operaciones irregulares realizadas durante ese período. El juez podrá ordenar medidas cautelares, notificará a quienes estén a cargo de procedimientos paralelos del inicio del proceso para evitar que se vayan a ejecutar, disponer o gravar los bienes de la persona deudora, y en el caso de personas físicas, se les requerirá que consignen al juzgado el excedente de su ingreso indispensable para demostrar su voluntad de pago.⁴¹

El mediador o conciliador que actúe como auxiliar en el proceso judicial tendrá las mismas funciones que en el procedimiento extrajudicial, sólo que el plazo para el desarrollo de sus funciones se extiende a 3 meses en el proceso judicial.⁴² Otra diferencia importante es que en el proceso judicial el CNPCyF sí permite un acuerdo mayoritario para la aprobación del convenio: basta que el convenio sea aprobado por la persona deudora y más de la mitad de los acreedores reconocidos en el proceso, cuyo pasivo represente al menos las tres quintas partes (3/5) del pasivo reconocido total a los acreedores comunes y, en su caso, de los acreedores garantizados que lo hayan suscrito. En ese caso, el juez sólo revisará que el convenio sea conforme a la ley para su ratificación judicial.⁴³

Una peculiaridad muy importante del proceso judicial del concurso de acreedores en el CNPCyF es que si no se logra el quorum de aprobación del convenio, el juez puede imponer el plan de pagos si después de convocar a una audiencia, escuchar a las partes y revisar los documentos del proceso llega a la conclusión de que el plan de pagos es factible y beneficia a las partes. La sentencia que dicte el juez en ese supuesto deberá contener el plan de pagos,

41 Artículos 833, 835, 840 y 841.

42 Artículo 845.

43 Ibidem.

los bienes susceptibles de enajenación, en su caso, y el mínimo vital que debe conservar la persona deudora para su subsistencia y la de su familia.⁴⁴ El “test” que tendría que aplicar el juez es dilucidar si los términos del convenio son más benéficos para las partes que la venta y distribución del producto de venta de los bienes presentes de la persona deudora. Desafortunadamente, en el proceso de revisión del CNPCyF se eliminó la disposición que contenía ese “test”, por lo que la aplicación adecuada del procedimiento requiere de mucha capacitación a los operadores jurídicos y de su difusión al público en general. La sentencia que aprueba el convenio o que impone el plan de pagos sí es apelable.

La facultad que tiene el juez de imponer el plan de pagos sólo es aplicable si la persona deudora es una persona natural. No es aplicable a las personas jurídicas. En el caso de las personas jurídicas el rescate queda en manos de los acreedores, que son quienes conocen a la sociedad o asociación civil declarada en concurso y pueden saber si tiene viabilidad. En los casos de insolvencia de personas naturales, la finalidad de lograr la rehabilitación de la persona para superar los problemas de exclusión social y que pueda mantener los recursos necesarios para su subsistencia justifican el que a pesar de la resistencia de los acreedores el juez pueda imponer un plan de pagos que pueda resultar mejor para todas las partes que la liquidación. Esa justificación no está presente en el caso de las personas jurídicas, y por ello no tiene sentido imponer un plan de pagos o un convenio. Si no hay acuerdo, se liquida el patrimonio de la persona jurídica, y ésta tendría que disolverse.⁴⁵

3.6. El descargo de obligaciones

El CNPCyF no menciona expresamente un descargo o exoneración de adeudos.⁴⁶ Sin embargo, puede considerarse que está implícito en los artículos 832, 847 y 854. Los artículos 832 y 847 señalan que cumplido el plan de pagos establecido en el convenio o en la sentencia judicial quedan extinguidas las obligaciones de la persona deudora. Así mismo, la fracción IV del artículo 847 dice textualmente que la sentencia debe contener “*Las consideraciones aplicables, bajo la perspectiva de derechos humanos, sobre la declaratoria de concurso de la persona deudora y la imposibilidad de pago de sus deudas existentes al inicio del*

44 Artículo 846 y 847.

45 Artículo 853.

46 Conocido como “discharge” en idioma inglés.



procedimiento.” Ese texto que hace referencia a consideraciones de derechos humanos y a la imposibilidad de pago de las deudas al inicio del procedimiento, indirectamente admite un descargo de las obligaciones que estén más allá de la capacidad de pago de la persona deudora si se interpreta conjuntamente con el párrafo final del artículo 847, que dispone: “*Una vez que la persona deudora cumpla con lo establecido en la sentencia, se tendrán por extinguidas sus obligaciones existentes al inicio del procedimiento.*” En la aplicación de esta norma será muy importante que el juez sea explícito en señalar el descargo de obligaciones y qué obligaciones quedan exceptuadas de descargo, como el pago de alimentos, los créditos garantizados y aquellas cuya materia no es disponible.

Lo establecido en los artículos 832 y 847 se complementa con lo dispuesto por el artículo 854, que indica que, en caso de liquidación, distribuido todo el producto de venta, se dará por terminado el procedimiento “*sin perjuicio de aquellos casos en que por dolo o mala fe de la persona deudora se reserve los derechos de los acreedores de exigir legalmente los saldos originales no pagados y sus accesorios*”. Esta norma señala claramente que se reservará el derecho de los acreedores de exigir el saldo no pagado cuando la persona deudora actúe con dolo o mala fe. A contrario sensu, si la persona deudora actúa de buena fe no se reserva el derecho de los acreedores a cobrar el saldo no pagado. Haciendo una interpretación sistemática de las normas que regulan el concurso de acreedores, podría concluirse que la persona deudora actúa con dolo o mala fe en los casos referidos en el artículo 852 que enumeran los supuestos de anulación del plan de pagos o convenio de acreedores.

3.7. La acción revocatoria

El uso de la figura del “*discharge*” o descargo de obligaciones de la persona deudora requiere de herramientas para aquellos casos en los que haya habido un abuso del procedimiento porque la persona deudora actuó de mala fe. No debe descartarse la posibilidad de que la persona deudora manipule la información en su beneficio causando daños y perjuicios a sus acreedores, lo que se traduciría en un desincentivo para la utilización de los procedimientos, echando a perder una herramienta creada para beneficiar a todas las partes afectadas por una situación de insolvencia, y principalmente para proporcionar una salida a los deudores con serios problemas financieros.

Partiendo de esa premisa, el CNPCyF prevé la posibilidad de anular el convenio que contiene el plan de pagos a solicitud de cualquiera de los acreedores



si se demuestra que la persona deudora incurrió en cualquiera de las conductas siguientes: (a) proporcionó información falsa, inexacta u omitió información; (b) ocultó sus bienes o ingresos u ocasionó su insolvencia poniendo sus bienes a nombre de personas relacionadas; (c) se abstiene de distribuir el excedente de sus ingresos a sus acreedores; (d) se abstiene intencionalmente de conseguir un empleo o de generar ingresos; (e) celebra actos jurídicos que disminuyan su patrimonio sin causa justificada o ha realizado actos en fraude de acreedores; (f) celebra actos jurídicos a título gratuito o sin una contraprestación a valor de mercado; o (g) ha celebrado algún acto jurídico que le dé alguna preferencia o coloque en una mejor posición a alguno de sus acreedores sin causa justificada, causando un daño o perjuicio al resto de los acreedores.⁴⁷

Las hipótesis son muy diversas y son amplias. Tratan de englobar todos los supuestos que podrían dar lugar a un abuso del procedimiento en perjuicio de los acreedores. No obstante, el CNPCyF limita la posibilidad de promover esa acción de nulidad cuando las conductas se hayan presentado durante el procedimiento,⁴⁸ sin tomar en cuenta que generalmente se presentan antes del inicio del procedimiento. Esperemos que la interpretación de esas normas pueda extender su ámbito de aplicación a las conductas anteriores al procedimiento.

Si se acredita que alguna de esas conductas se presentó durante el procedimiento y el mismo sigue en curso, el juez podrá levantar las medidas cautelares de protección al patrimonio de la persona deudora que haya dictado. En caso de que el convenio de acreedores ya se haya aprobado, será causa de la nulidad total o parcial del convenio o de la sentencia que lo haya impuesto. El ejercicio de esta acción se promueve en la vía incidental y la resolución es apelable.

4. CONCLUSIONES

La regulación de procedimientos “modernos” de concurso para personas naturales y jurídicas no comerciantes en México ha sido algo inusitado, puesto que estuvieron en el olvido por muchos años. Celebramos el que se haya regulado un procedimiento extrajudicial, que será menos costoso y complejo. Por otra parte, es desafortunado que no se hayan introducido los acuerdos mayoritarios para

47 Artículo 852.

48 Ibidem.



incentivar a los acreedores a comparecer y participar. Sin embargo, esperamos que la puesta en práctica de los procedimientos y la familiarización con sus conceptos demuestre la conveniencia de facilitar los procesos en el futuro para que den mejores resultados para todas las partes.

Los procedimientos introducen varios aspectos novedosos para el sistema jurídico mexicano, por lo que su aplicación requerirá de capacitación a los operadores jurídicos, así como, de su difusión a la sociedad, en general, para que se vaya familiarizando con sus conceptos y contribuya a una mejor aplicación de las figuras jurídicas correspondientes.

Queda una importante deuda pendiente: prever una categoría especial en el buró de crédito para quienes acudan a los procedimientos con la finalidad de resolver su situación financiera, y para quienes hayan celebrado un convenio y lo hayan cumplido. En México, cualquier quita o monto que deje de pagarse o cuyo pago se retrase se traduce en una calificación negativa en el buró de crédito, que le privará del acceso al crédito por un lapso de 6 años.⁴⁹ Aun cuando fue parte de la propuesta de regulación, la premura con la que se hizo el código excluyó del análisis aquellas cuestiones que son reguladas por otras leyes. El buró de crédito es regulado por la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia. Esto es lamentable porque un incentivo importante para acudir a los procedimientos tendría que ser que quien acuda no reciba el mismo tratamiento de un deudor moroso o incumplido. Sin embargo, queda pendiente. Esperemos que no por mucho tiempo.

49 Cuando los montos son muy pequeños el período de tiempo puede ser menor. Ver artículos 23 y 24 de la Ley para Regular a las Instituciones de Información Crediticia.



INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

Insolvencias transfronterizas: el chapter 15 y la cooperación internacional

MICHELLE BARCLAY THORNE*

Perú

En el contexto de una crisis empresarial que involucra a varias jurisdicciones, se considera de manera amplia que una insolvencia es transfronteriza si existen dos o más procesos de insolvencia en curso respecto al mismo deudor¹ en distintos países, si hay acreedores extranjeros en un procedimiento de insolvencia local, o si los activos del deudor están ubicados en distintas jurisdicciones.

Para preservar el valor de una empresa global en el supuesto de una insolvencia internacional, existen varios países que cuentan con legislaciones que permiten al deudor extranjero acceder a su jurisdicción, a través de procedimientos de asistencia, para lograr la cooperación de sus autoridades en

* Socia de la firma legal CMS Grau en Perú y lidera la práctica de reestructuración empresarial e insolvencias, con especialización en situaciones de crisis internacional. Es abogada con maestría (LL.M) en Derecho Corporativo por New York University (NYU). Ha trabajado en el área de Reestructuración Empresarial de la firma Skadden, Arps, Slate, Meagher and Flom LLP en Nueva York.

1 El término “deudor” puede referirse a varias empresas de un mismo grupo empresarial. En los Estados Unidos, en procedimientos plenos, como el Chapter 11, se permite la presentación de varias solicitudes de insolvencia de empresas de un mismo grupo empresarial, las cuales se consolidan en un solo procedimiento. A todas las empresas sometidas de manera consolidada al procedimiento se les denomina “deudor”.



la protección y manejo de los bienes y derechos ubicados en su territorio. Así, en los procedimientos de insolvencia transfronteriza, la cooperación internacional (“Cooperación Internacional”) por parte de las autoridades extranjeras es un aspecto esencial cuando existen bienes o derechos de un deudor ubicados en el exterior.

Nos referiremos, en este artículo, a la regulación y práctica del otorgamiento de Cooperación Internacional por parte de los tribunales de insolvencia (“Corte o Cortes de Insolvencia”) de los Estados Unidos de América (los “Estados Unidos”) a favor de representantes extranjeros de un país en el que se haya iniciado un procedimiento de insolvencia local.

En los Estados Unidos, el procedimiento auxiliar que se inicia por parte de un representante extranjero para solicitar la asistencia en un procedimiento de insolvencia extranjero se denomina *Chapter 15*.² El nombre de este procedimiento de asistencia se debe a que su regulación está contenida en el Capítulo 15 del *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos (“Código de Insolvencias”). En este país, los procedimientos de insolvencia llevan el nombre del capítulo en el que están regulados.³

A continuación, en el marco de la doctrina de la Cooperación Internacional, explicaremos el concepto de cooperación internacional, qué es el *Chapter 15*, cuáles son los requisitos para acceder a él y cuáles son las principales medidas de asistencia que puede brindar los Estados Unidos a los representantes de países extranjeros.

- 2 En el supuesto que un deudor extranjero no haya iniciado un procedimiento de insolvencia en su país y existan activos en los Estados Unidos que requiera proteger, podría, si cumple con los requisitos, acceder a un procedimiento pleno de insolvencia (como es el *Chapter 11* que regula la reestructuración empresarial). Si bien el *Chapter 11* puede ser una alternativa ante una situación de crisis de un grupo empresarial con presencia global, existen supuestos en los que no es necesario ni conveniente iniciar un procedimiento pleno de insolvencia en los Estados Unidos, sino que basta con activar la Cooperación Internacional a través del procedimiento denominado *Chapter 15*.
- 3 En este contexto es relevante resaltar que, a diferencia del Perú, el sistema norteamericano es judicial, y son los jueces designados en los diferentes distritos o circuitos a quienes se debe acceder para solicitar el inicio de un *Chapter 15*.



1. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Las transacciones comerciales se han vuelto cada vez más internacionales y, como consecuencia, los procedimientos de insolvencia en un país a menudo tendrán importantes ramificaciones en países extranjeros, ya sea porque existen empresas, activos, derechos o acreedores ubicados en otras jurisdicciones.

En la actualidad, no existe una ley de insolvencia internacional uniforme ni un método común a aplicar por las Cortes que manejan casos de insolvencia internacional. Las Cortes estadounidenses han logrado desarrollar la doctrina de la Cooperación Internacional para proporcionar a las Cortes orientación sobre cómo abordar los procedimientos de insolvencia extranjeros.⁴

La Cooperación Internacional regula la validez y la ejecución de las leyes y fallos de naciones extranjeras en las cortes de Estados Unidos.⁵ En un precedente sobre el tema, la Corte Suprema de este país explicó el concepto de Cooperación Internacional de la siguiente manera:

“La ‘cooperación’, en el sentido legal, no es ni una cuestión de obligación absoluta, por un lado, ni de simple cortesía y buena voluntad, por el otro. Sino que es el reconocimiento que una nación permite dentro de su territorio a los actos legislativos, ejecutivos o judiciales de otra nación, teniendo debida consideración tanto al deber internacional como a conveniencia, y a los derechos de sus propios ciudadanos u otras personas que están bajo la protección de sus leyes.”⁶

El término “Cooperación” resume en una palabra breve un concepto complejo y elusivo: el grado de deferencia que un foro nacional (estadounidense) debe otorgar hacia el acto de un gobierno extranjero a pesar de su carácter no vinculante.

4 Christine Sandez, “The Extension of Comity to Foreign Bankruptcy Proceedings: Philadelphia Gear Corp. v. Philadelphia Gear de Mexico, S.A.”, North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation (1995).

5 No se debe confundir la cooperación judicial con los “conflictos de leyes”, doctrina según la cual un tribunal estadounidense aplicará, a través de construcciones teóricas las normas relativas a conflictos de leyes para determinar si una jurisdicción extranjera tiene una relación tan significativa con las partes como para que sea necesario aplicar la ley de dicha jurisdicción extranjera al caso en cuestión. *Safety-Kleen Corp. v. Canadian Universal Insurance Co. Ltd.*, 258 Ill. App. 3d 298, 631 N.E. 2d 475, 197 Ill. Dec. 472 (1994).

6 *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-64 (1895).

Varios expertos han expandido o incluso criticado el concepto de la Corte Suprema, existiendo diversas doctrinas que explican el concepto de Cooperación Internacional (*International Comity*) desde diversos ángulos. William S. Dodge⁷ señala que estas doctrinas de Cooperación Internacional operan también para reconocer la ley extranjera y restringir el alcance de la ley estadounidense, así como reconocer las sentencias de cortes extranjeras y limitar la jurisdicción de las Cortes estadounidenses.

Siendo que la Cooperación Internacional varía según las circunstancias fácticas que rodean cada caso, los límites absolutos de los deberes que impone son inherentemente inciertos. Sin embargo, el precepto central de la cooperación enseña que, cuando sea posible, las decisiones de las cortes extranjeras deben tener efecto en las cortes nacionales, ya que el reconocimiento fomenta la Cooperación Internacional y promueve la reciprocidad, asegurando así la predictibilidad y la estabilidad a través de la satisfacción de expectativas mutuas. En conclusión, la Cooperación Internacional fomenta el respeto a las leyes y fallos extranjeros si “conceptos macro sistémicos, como el debido proceso y la imparcialidad, están presentes en los procedimientos extranjeros.”⁸

Las Cortes estadounidenses han aceptado consistentemente el valor de la Cooperación Internacional a través del reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros ya que esto permite que los activos de un deudor se administren de manera equitativa, ordenada y sistemática, en lugar de en forma fragmentada.

7 Dodge, W. S. (2015). International comity in American law. *Columbia Law Review*, 115(8), 2071-2140.

8 Véase *In re Ionica PLC*, 241 B.R. 829, 835 (Bankr. S.D.N.Y. 1999) (al concluir que el procedimiento pendiente en el Reino Unido cumplía con el estándar requerido para la cortesía internacional, la Corte de Insolvencias de Estados Unidos se basó en el hecho de que la ley inglesa es consistente con los conceptos de debido proceso e imparcialidad en los Estados Unidos, y que la insolvencia inglesa generalmente se acoge a la cortesía internacional).



2. EL CHAPTER 15 COMO HERRAMIENTA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL⁹

2.1. La Ley Modelo y los Antecedentes del Chapter 15

El Chapter 15 se basa en la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (la “Ley Modelo”).¹⁰ Esta Ley Modelo establece como aspectos relevantes y esenciales para el manejo de insolvencias transfronterizas los siguientes: el acceso, el reconocimiento, las medidas de asistencia y la Cooperación Internacional.¹¹ En el año 2005, se acogió la Ley Modelo al sistema

9 Los precedentes y decisiones citados en este artículo son referenciales y para fines académicos. Su vigencia y aplicabilidad deberá ser verificada, caso por caso, antes de emitir comentarios u opiniones legales.

10 United Nations Commission on International Trade Law. (n.d.). Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza. Recuperado el 8 de junio de 2024, de https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency

11 Elementos esenciales en la regulación de normas de insolvencia transfronteriza:

Acceso: implica (1) el otorgamiento a los representantes de insolvencias extranjeras el derecho a acceder a los tribunales, cortes o autoridades (“Autoridades Concursales”) de un país promulgante (Estado que ha adoptado las disposiciones de la Ley Modelo) para solicitar asistencia; (2) el otorgamiento a los acreedores de recurrir a las Autoridades Concursales de otro país promulgante para solicitar asistencia; y, (3) el otorgamiento a los representantes de procedimientos de insolvencia locales (tramitados en el país promulgante) del derecho de buscar asistencia en Autoridades Concursales de otros países.

Reconocimiento: implica la simplificación del reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros en tanto se constate el cumplimiento de los requisitos establecidos. Se pretende evitar procesos largos en los que se requiera legalizaciones y otorgar claridad en las decisiones que se reconocen. De acuerdo a lo previsto en la Ley Modelo se reconocerán las decisiones de Autoridades Concursales extranjeras que inicien procedimientos de insolvencia y nombrén representantes extranjeros (sujetos a los requisitos establecidos). En las regulaciones basadas en la Ley Modelo se establecen dos tipos de procedimientos: (1) el Procedimiento Principal: se reconoce el procedimiento si este se lleva a cabo en el país donde el deudor tiene su centro de intereses principales; y, (2) el Procedimiento No Principal (o Procedimiento Secundario): se reconoce si se tramita en un país donde el deudor tiene un establecimiento o activos. En los casos en los que se reconoce un procedimiento se pueden establecer medidas de asistencia al procedimiento extranjero.

Medidas de Asistencia: las regulaciones basadas en la Ley Modelo otorgan asistencia a través del otorgamiento de medidas relevantes para preservar el valor de los activos del deudor y facilitar un procedimiento ordenado y equitativo. Entre las medidas más relevantes están: (1) medidas cautelares otorgadas a discreción de la Autoridad Concursal desde la presentación de la solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esta



de insolvencias norteamericano. Así, el *Chapter 15* del Código de Insolvencias de los Estados Unidos fue incorporado como parte de la Ley de Prevención del Abuso de Bancarrota y Protección al Consumidor de 2005.¹²

Antes de la promulgación del *Chapter 15*, ya existía un procedimiento de insolvencia transfronteriza en los Estados Unidos que regulaba los llamados “*ancillary proceedings*” o procedimientos de asistencia. Esta regulación estaba contenida en la Sección 304 del Código de Insolvencias y estuvo vigente desde 1978 por más de 25 años. La Sección 304 permitía a un representante extranjero iniciar un procedimiento auxiliar en los Estados Unidos para obtener una orden judicial que prohibiera demandas o la ejecución de sentencias contra el deudor o su propiedad, la devolución de la propiedad del patrimonio del deudor a los liquidadores extranjeros u otro alivio apropiado. Estos remedios estaban destinados a asegurar la administración económica y expedita del patrimonio del deudor extranjero.

Asimismo, en el marco de la vigencia de la Sección 304, se incorporó la Cooperación Internacional como un remedio en esta sección para aclarar y exigir que esta debía ser considerada en los procedimientos auxiliares por parte de las Cortes de Insolvencia.

Debido al largo tiempo de vigencia de la Sección 304, los jueces y cortes en los Estados Unidos cuentan con importante experiencia en el otorgamiento de Cooperación Internacional a autoridades de países extranjeros, así como en la tramitación de este tipo de casos de insolvencia transfronteriza de distintas envergaduras. Además, debido a esta experiencia, este país mantiene una base de casos importante con resoluciones judiciales vinculantes sobre el tema. Así,

última; (2) la suspensión automática de medidas unilaterales contra los activos del deudor que se otorga cuando se reconoce un Procedimiento Principal; y, (3) otras medidas discrecionales aplicables tanto a Procedimientos Principales como No Principales después del reconocimiento.

Cooperación Internacional y Coordinación: las regulaciones basadas en la Ley Modelo facultan: (1) la cooperación entre Autoridades Concursales y la comunicación entre los homólogos extranjeros; (2) autoriza la cooperación entre Autoridades Concursales y representantes extranjeros, así como entre representantes locales y extranjeros; y, (3) permiten la coordinación en el caso de procedimientos paralelos para optimizar los objetivos de los distintos procedimientos.

12 Ley de Prevención del Abuso de Insolvencia y Protección al Consumidor de 2005. (2005). Recuperado de <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/house-bill/685>



si bien la Sección 304 fue derogada, muchos de los precedentes y resoluciones judiciales en el tema siguen siendo aplicables al día de hoy y son una fuente y guía para los procedimientos tramitados bajo el *Chapter 15*.

Una diferencia relevante entre ambas legislaciones es que en la derogada Sección 304 (c) se incluía a la Cooperación Internacional como uno de los factores a considerar en el análisis del otorgamiento de asistencia a un representante extranjero, mientras que en el *Chapter 15*¹³, la Cooperación Internacional es el prisma con el cual la Corte debe analizar los requisitos y determinar si corresponde o no otorgar asistencia a dicho representante.

Así, la Cooperación International es un concepto que fluye por todas las secciones del *Chapter 15* y que son la esencia para que se logre, en la práctica, el propósito para el cual se acogió la Ley Modelo al derecho interno en los Estados Unidos.

2.2. El Propósito del Chapter 15

La finalidad de la regulación del *Chapter 15* es proporcionar un marco legal claro y eficiente para abordar casos de insolvencia que implican múltiples jurisdicciones sobre la base de la Cooperación Internacional. Esta regulación será aplicable en tanto no conflictúe con una obligación de los Estados Unidos derivada de un tratado u otra forma de acuerdo del cual sea parte con uno o más países. En estos casos primará lo dispuesto en el tratado o acuerdo.

Los objetivos del *Chapter 15*¹⁴ están destinados a promover: (a) la Cooperación Internacional entre Cortes de los Estados Unidos y países extranjeros; (b) mayor seguridad jurídica en las relaciones comerciales e inversiones internacionales; (c) un sistema de insolvencia transfronteriza equitativo y eficiente que proteja los intereses de todos los acreedores y “stakeholders”; (d) la protección y maximización del valor de los activos de inversionistas extranjeros; y, (e) facilitar el reflotamiento de negocios con problemas financieros.¹⁵

13 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. § 1507 (2005).

14 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. § 1501 (2005).

15 Harrison, L. P. 3rd, & Bregman, J. L. (2005). Chapter 15 of the US Bankruptcy Code: A hands-on guide to the New World Order of ancillary and Cross-border Cases. *Journal of Bankruptcy Law and Practice*, 14(5), 4. Thomson/West.



Con la incorporación de la Ley Modelo al Código de Insolvencias se realizaron cambios significativos con el fin de lograr una mayor eficiencia en el manejo de los casos internacionales. Así, bajo el *Chapter 15* se otorgaron nuevas herramientas a los representantes extranjeros permitiendo expresamente que estos puedan administrar el negocio del deudor en los Estados Unidos, así como otorgándoles facultades para la venta de los activos del deudor en este país, libres de cargas y gravámenes.

El *Chapter 15*, al igual que otras regulaciones basadas en la Ley Modelo, cuenta con un capítulo de definiciones que incluye conceptos que son relevantes para el entendimiento de este tipo de procedimientos de asistencia y que se explican a continuación.

2.3. Conceptos Relevantes para el Manejo de un *Chapter 15*

Entre los conceptos¹⁶ más relevantes definidos en el *Chapter 15* están:

- (a) **Procedimiento Principal Extranjero**: es un procedimiento extranjero pendiente en el país donde el Deudor tiene su centro principal de intereses.
- (b) **Procedimiento No Principal Extranjero**: es un procedimiento extranjero, que no sea un Procedimiento Principal Extranjero, pendiente en un país donde el Deudor tiene un Establecimiento.
- (c) **Autoridad Concursal o Corte Extranjera**: es una autoridad judicial u otra autoridad competente para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia extranjero.
- (d) **Reconocimiento**: es la emisión de una orden o decisión que otorga reconocimiento a un Procedimiento Principal Extranjero o un Procedimiento No Principal Extranjero bajo el *Chapter 15*.
- (e) **Establecimiento**: es cualquier lugar de operaciones donde el Deudor lleva a cabo una actividad económica no transitoria.
- (f) **Deudor**: es la entidad sujeta a un procedimiento de insolvencia extranjero.
- (g) **Administrador**: es un tercero administrador (*Trustee*) o un deudor en control de la administración de la empresa bajo el *Chapter 15*.

16 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. § 1502 (2005).



(h) **Dentro de la Jurisdicción Territorial de los Estados Unidos:** se utiliza con referencia a la propiedad de un Deudor y se refiere a la propiedad tangible ubicada (o considerada ubicada) dentro del territorio de los Estados Unidos, incluyendo cualquier propiedad sujeta a embargo o retención que pueda ser debidamente embargada o retenida mediante una acción en un Tribunal Federal o Estatal en los Estados Unidos.

Sin perjuicio de estos términos, el Código de Insolvencias regula otros términos que son utilizados para la interpretación de las distintas secciones del Chapter 15, como se verá más adelante.

2.4. Los Parámetros para el Otorgamiento de Cooperación Internacional

Desde la existencia de la Sección 304, las Cortes estadounidenses han determinado que, para otorgar Cooperación Internacional, los procedimientos extranjeros deben estar en conformidad sustancial con la ley estadounidense.¹⁷ Esto no significa que los procedimientos extranjeros tengan que ser idénticos a los procedimientos de insolvencia de los Estados Unidos. Como ha declarado una Corte, “*nada dicta que la ley extranjera sea una copia carbono de la ley estadounidense*”¹⁸.

Al determinar si un procedimiento de insolvencia extranjero merece Cooperación Internacional, las Cortes en los Estados Unidos se han centrado en varios factores como indicadores de equidad procesal.

Estos factores han incluido: (a) si los acreedores de la misma clase son tratados igualmente en la distribución de activos; (b) si los liquidadores o administradores son considerados fiduciarios y son responsables ante la Corte; (c) si los acreedores tienen el derecho de presentar reclamaciones que, si se niegan, pueden ser sometidas a la Corte de Insolvencias para su adjudicación; (d) si los liquidadores o administradores están obligados a dar aviso a los posibles reclamantes de los deudores; (e) si existen disposiciones para reuniones de acreedores; (f) si las leyes de insolvencia de un país extranjero favorecen a sus

17 Véase, por ejemplo, *In re Culmer*, 25 B.R. 621 (S.D.N.Y. 1982) (“[u]n examen de las disposiciones de la ley bahameña relacionadas con los procedimientos de liquidación revela que están en conformidad sustancial con nuestra propia ley”).

18 Véase *In re Brierly*, 145 B.R. 151, 166 (Bankr. S.D.N.Y.1992) (la ley extranjera no tiene que ser una copia exacta de la ley estadounidense para que se le otorgue cooperación internacional).



propios ciudadanos; (g) si todos los activos se reúnen ante un solo organismo para su distribución centralizada; y (h) si existen disposiciones para una suspensión automática (*automatic stay*)¹⁹ y para el levantamiento de dichas suspensiones para facilitar la centralización de reclamaciones.

Así, las Cortes estadounidenses han venido otorgando Cooperación Internacional a las insolvencias extranjeras incluso antes de la vigencia del *Chapter 15*, siempre que los procedimientos de insolvencia extranjeros estuvieran en conformidad sustancial con la ley estadounidense después de aplicar los factores mencionados anteriormente.²⁰

A partir de la entrada en vigencia del *Chapter 15*, las Cortes norteamericanas han determinado que no debería negarse (o revocarse) un reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero (y por ende negarse la Cooperación Internacional) si ha existido una conducta inapropiada por parte del Deudor o el representante extranjero, o si ha existido mala fe (dado que la buena fe no es un requisito para el reconocimiento). Sin embargo, la aplicación de estos criterios no es homogénea en todas las jurisdicciones.

19 El *automatic stay* se asemeja a la suspensión de exigibilidad de obligaciones regulada en el artículo 17 de la Ley General del Sistema Concursal (Ley n.º 27809, incluyendo posteriores modificaciones). El *automatic stay* en los Estados Unidos tiene efectos desde la presentación de la solicitud de inicio de un proceso de insolvencia en el caso de los procedimientos plenos (como el *Chapter 11*) y desde el reconocimiento del procedimiento extranjero en el caso de los procedimientos principales de asistencia en el marco del *Chapter 15*. Por su parte la suspensión en el Perú, tiene efectos desde la publicación del acogimiento de la empresa a alguno de los procedimientos regulados en la Ley General del Sistema Concursal en el Boletín del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

20 En esta línea, las Cortes estadounidenses sostuvieron durante la vigencia de la Sección 304 que una parte que solicita la suspensión de un procedimiento judicial en Estados Unidos, basada en la existencia de un procedimiento de insolvencia extranjero, debe presentar un caso *prima facie* para una suspensión demostrando que (i) la Corte Extranjera comparte la política de distribución igualitaria de activos; y (ii) la ley extranjera exige o al menos autoriza la solicitud o la suspensión automática. Luego, si una parte que solicita Cooperación Internacional ha presentado un caso *prima facie*, la Corte, al ejercer su discreción para otorgar o denegar Cooperación Internacional, debería determinar si otorgar cooperación al procedimiento de insolvencia extranjero “sería perjudicial para los intereses de Estados Unidos”.



No obstante, sobre la base de lo dispuesto expresamente en el Código de Insolvencias²¹, las Cortes sí podrán rechazar el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero si esto manifiestamente implica una violación de la política pública de los Estados Unidos. Se ha explicado este criterio en diversos precedentes indicando que esta excepción al reconocimiento solo será aplicable en circunstancias que se refieran a aspectos de fundamental importancia para este país.

Así, de manera general, las Cortes reconocerán una solicitud de reconocimiento y Cooperación Internacional a un procedimiento de insolvencia extranjero, en tanto no se vulnere la política pública norteamericana.

2.5. Los Requisitos para Acceder al Reconocimiento en el Chapter 15

Para iniciar un *Chapter 15* y proceder al reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero, se requiere cumplir con los siguientes requisitos: (i) el procedimiento de insolvencia extranjero debe ser un Procedimiento Principal Extranjero o un Procedimiento No Principal Extranjero; (ii) la solicitud de inicio del *Chapter 15* debe haber sido presentada por un representante extranjero; y (iii) dicha solicitud debe cumplir con todos los requisitos previstos en el Código de Insolvencias.²²

Primer requisito: El **procedimiento de insolvencia extranjero** debe ser un Procedimiento Principal Extranjero o un Procedimiento No Principal Extranjero.

En relación con el alcance de lo que significa “procedimiento extranjero”, sea este principal o no principal, el Código de Insolvencias norteamericano regula este concepto en el primer capítulo de esta norma denominado “Cláusulas Generales” y no en el capítulo en el que se regula el *Chapter 15*.

Así se define “procedimiento extranjero” a “... un procedimiento judicial o administrativo colectivo en un país extranjero, incluyendo un procedimiento provisional, bajo una ley relacionada con la insolvencia o ajuste de deudas en el cual los activos y asuntos del deudor están sujetos al control o supervisión de una corte extranjera, con el propósito de una reorganización o liquidación.”²³

21 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. § 1506 (2005).

22 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. § 1517 (2005).

23 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. § 101(23) (2005).



Como se puede apreciar, la clase de procedimiento que puede ser objeto de reconocimiento ante una Corte en los Estados Unidos, en tanto se cumplan los demás requisitos, bajo el *Chapter 15*, incluye tanto a los procedimientos de insolvencia judiciales como los administrativos.²⁴

El Procedimiento Principal Extranjero es un procedimiento extranjero pendiente en el país donde el Deudor tiene su centro principal de intereses y el Procedimiento No Principal Extranjero es un procedimiento extranjero, que no sea un Procedimiento Principal Extranjero, pendiente en un país donde el Deudor tiene un Establecimiento.

Por lo tanto, luego de identificar si el procedimiento que se quiere reconocer bajo el *Chapter 15* para obtener la asistencia de las Cortes norteamericanas es un “procedimiento extranjero” se tendrá que determinar si el mismo ha sido iniciado o no en el lugar donde la empresa tiene su centro principal de intereses, en un establecimiento o en ninguno de ellos. En casos en los que la empresa no cuente con un centro principal de intereses o un establecimiento, las Cortes norteamericanas han denegado el reconocimiento y el acceso a la Cooperación Internacional.

En el *Chapter 15* no se encuentra una definición de centro principal de intereses (*Centre of Main Interest - COMI*). Sin embargo, en las presunciones para el reconocimiento de un procedimiento extranjero se establece que: “*En la ausencia de evidencia en contrario, el domicilio social del deudor, o su residencia habitual en el caso de una persona natural, se presume que es un centro principal de intereses*”²⁵

Las Cortes norteamericanas han interpretado el término COMI como el principal centro de negocios del deudor o el domicilio social del deudor. Ambos términos son utilizados en otros países. Varias Cortes, además, han indicado que el COMI debe determinarse a la fecha de presentación de una solicitud de inicio de un *Chapter 15*.

No obstante, la determinación de dónde se encuentra el COMI es un tema controvertido. La carga de la prueba del COMI recae en el representante

²⁴ Por lo tanto, los procedimientos concursales en Perú que se rigen por normativa administrativa, así como bajo un foro administrativo, encajarian dentro de esta definición.

²⁵ Código de Insolvencias, 11 U.S.C. § 1516 (c) (2005).



extranjero quien tiene que demostrarlo con evidencia que incluya, por ejemplo, la ubicación de la oficina principal (*headquarters*), la presencia de los ejecutivos y el directorio de la empresa, la ubicación de los principales activos y acreedores, entre otras.²⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, para el cumplimiento del primer requisito para la obtención del reconocimiento es necesario evaluar: (i) si el procedimiento de insolvencia que se pretende reconocer en el *Chapter 15* es un procedimiento extranjero; (ii) si el deudor se encuentra en un COMI; y (iii) teniendo en cuenta esto último, si se trata de un Procedimiento Principal Extranjero, Procedimiento Extranjero No Principal o ninguno de estos.

Adicionalmente a lo anterior, cabe mencionar que en los últimos años diversas Cortes en los Estados Unidos han adoptado decisiones respecto a la necesidad de que el Deudor mantenga activos en este país para poder acceder al reconocimiento del procedimiento extranjero bajo las reglas del *Chapter 15*. Por ejemplo, la recurrida Corte de Insolvencia del Distrito Sur de Nueva York, estableció que bastaba que un fondo de honorarios (*retainer*) manejado por

26 Véase *In re: Bear Stearns High Grade Structured Credit Strategies Master Fund* 389 BR 325 (S.D.N.Y. 2008) (la Corte determinó que un fondo de las Islas Caimán no tenía su centro de intereses principales (COMI) en las Islas Caimán porque el fondo tenía poca conexión con las Islas Caimán: no tenía empleados ni gerentes en las Islas Caimán. Entre otros factores, los libros y registros del fondo, su administrador de inversiones y –hasta el momento de la presentación- todos sus activos estaban en Nueva York.); *In re: SPhinX*, 351 B.R. 103 (Bankr. S.D.N.Y 2006) (la Corte determinó que las Islas Caimán no eran el COMI de un fondo. Al igual que en el caso anterior, la ubicación de los activos y la gestión fueron importantes. Además, la Corte consideró que la liquidación en las Islas Caimán buscaba reconocimiento con un propósito inapropiado.); *In re: Lavie v Ran*, 607 F. 3d 1017, 1025 (5th Cir. 2010) (la Corte determinó que la fecha relevante para establecer el COMI es la de la presentación bajo el *Chapter 15*; sin embargo, las Cortes del Segundo y el Quinto Circuito han dejado abierta la posibilidad de que una Corte pueda considerar el periodo entre el inicio de la liquidación extranjera y la presentación bajo el *Chapter 15* para determinar el COMI si la Corte sospecha que el deudor ha manipulado su COMI de mala fe.); y, *In re: Ocean Rig UDW Inc.*, 570 B.R. 687 (Bankr. S.D.N.Y. 2017) (la Corte de Insolvencias del Distrito Sur de Nueva York consideró un caso en el que un deudor, poco antes de presentar una solicitud de reconocimiento, había cambiado su COMI con el propósito expreso de acceder a leyes de reestructuración más favorables, señalando que el cambio era efectivo y de buena fe. La Corte concluyó que había abundante evidencia de que el deudor realmente había trasladado su COMI al nuevo lugar, sugiriendo que, aunque un cambio en el 'momento previo a la presentación' puede, en algunos casos, indicar mala fe, en otros puede constituir una decisión empresarial legítima).



una firma de abogados en Nueva York, así como un activo intangible como eran los derechos del Deudor bajo un contrato de emisión de \$450 millones de bonos (*indenture*), fueran considerado activos para efectos de determinar la admisibilidad bajo el *Chapter 15*. Esta misma Corte ha indicado que se requiere un mínimo de activos en los Estados Unidos para efectos de declarar la admisibilidad del caso. Si bien no todas las Cortes establecen los mismos criterios, la mayoría sí requiere que el Deudor mantenga alguna conexión con los Estados Unidos.

Segundo Requisito: la solicitud inicio del *Chapter 15* debe haber sido presentada por un **representante extranjero**.

En el caso del representante extranjero, su definición también está incluida en el primer capítulo del Código de Insolvencias y no en la sección del *Chapter 15*. Se define “representante extranjero” a: “...la persona o entidad (incluyendo a una persona o entidad designada provisionalmente), autorizado en un “procedimiento extranjero” a administrar la reestructuración o liquidación de los activos o negocios del Deudor o facultado para actuar como representante de un “procedimiento extranjero.”²⁷

No se requiere autorización judicial o estatutaria para actuar como representante extranjero. Bastaría con que el directorio de la empresa lo designe formalmente.²⁸ El representante extranjero mantiene deberes de información a la Corte en caso se presente un cambio sustancial en el procedimiento extranjero, incluyendo su designación, así como en el caso que tenga conocimiento de otro procedimiento de insolvencia extranjero.²⁹

El Código de Insolvencias establece en la regulación del *Chapter 15* las diferentes medidas de asistencia a las que puede acceder un representante extranjero dependiendo de si representa al Deudor en un Procedimiento Principal Extranjero o en un Procedimiento No Principal Extranjero. Por ejemplo, si se

27 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. §101(24) (2005).

28 En el caso peruano, un liquidador o administrador (sea persona natural o una entidad) debidamente registrada como tal ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), y elegido por la Junta de Acreedores, debería cumplir con los criterios requeridos para ser reconocimiento como “representante extranjero”. En el caso que la Junta de Acreedores no estuviera instalada, se tendría que acreditar la representación a través de los acuerdos societarios respectivos, sea del directorio o de la junta de accionistas de la empresa.

29 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. §1518 (2005).



trata de un Procedimiento Principal Extranjero se aplica por ley una suspensión de acciones en los Estados Unidos contra los activos del Deudor extranjero desde el reconocimiento. Asimismo, en este tipo de procedimientos y a partir del reconocimiento, el representante extranjero puede manejar el negocio del Deudor en los Estados Unidos, así como usar, vender o arrendar activos del Deudor en los Estados Unidos, tal y como se explica en la siguiente sección.³⁰

Tercer Requisito: la solicitud del *Chapter 15* debe cumplir con todos los requisitos previstos en el Código de Insolvencias.

La solicitud de inicio del *Chapter 15* que presente el representante extranjero debe contener como mínimo (y traducidos al inglés) los siguientes documentos: (i) una copia certificada de la decisión u orden que da inicio al procedimiento extranjero y de la designación del representante extranjero; y, (ii) un certificado de la Autoridad Concursal Extranjera, confirmando la existencia del procedimiento extranjero y la designación del representante extranjero. En caso no se cuente con estos documentos, la solicitud debe incluir evidencia aceptable que confirme la existencia del procedimiento extranjero.

Con el cumplimiento de los requisitos indicados, se evalúa el otorgamiento del reconocimiento del procedimiento extranjero en el marco del *Chapter 15*. Si la Corte de Insolvencia reconoce el procedimiento extranjero, esto permitirá que el representante extranjero pueda administrar y vender, de ser el caso, los activos ubicados en los Estados Unidos. Asimismo, le otorgará legitimidad al representante extranjero para iniciar acciones revocatorias de actos perjudiciales para el patrimonio del Deudor (*preferences* o *fraudulent transfers*), así como la posibilidad de intervenir en cualquier acción ante las Cortes estatales o federales en este país en las cuales el Deudor sea parte.³¹

3. LAS MEDIDAS DE ASISTENCIA QUE SE PUEDEN BRINDAR EN EL *CHAPTER 15*

3.1. Asistencia en el Periodo Interino

Es usual que el inicio de un *Chapter 15* para el reconocimiento de un procedimiento extranjero se presente en circunstancias en las que el Deudor requiere asistencia urgente para proteger sus activos en los Estados Unidos. Es

30 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. §1520 (2005).

31 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. §1520 (2005).



por ello que, la regulación permite que las Cortes de Insolvencia brinden asistencia a los representantes extranjeros en el periodo que va desde la presentación de la solicitud hasta el reconocimiento del procedimiento extranjero. Esto se suele denominar el Periodo Interino (“*gap period*”).

Para lograr la asistencia de las Cortes de Insolvencia en este Periodo Interino, el representante extranjero debe presentar, junto con su solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, un requerimiento de asistencia indicando y sustentando la urgencia de proteger los activos del Deudor, así como proteger los intereses de los acreedores.

La asistencia en el Periodo Interino puede consistir en: (i) impedir la ejecución de ciertos activos del deudor; (ii) permitir la administración o venta de activos Dentro de la Jurisdicción Territorial de los Estados Unidos por parte del representante extranjero u otro representante designado por el Deudor; (iii) suspender el derecho de transferencia de activos del Deudor por parte de terceros; u (iv) otorgar alguna otra medida que la Corte determine.³² Esto se analiza, caso por caso, bajo parámetros similares a los que se usan para evaluar el otorgamiento de una medida cautelar en otro tipo de procesos. Los ejemplos más frecuentes de asistencia en el Periodo Interino son los casos en los que existe un litigio en contra del patrimonio del Deudor y, sin una intervención de la Corte de Insolvencias (en el marco de un *Chapter 15*) se generaría un daño irreparable para el Deudor.

Así, las Cortes de Insolvencia pueden otorgar medidas provisionales al presentarse la solicitud de reconocimiento en el Periodo Interino, cuando sea urgentemente necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses del acreedor. Sin embargo, una Corte solo puede otorgar dichas medidas si “*los intereses de los acreedores y otras entidades interesadas, incluido el deudor, están suficientemente protegidos*”.³³ La Corte puede imponer condiciones a los representantes extranjeros o al Deudor a cambio de otorgar medidas provisionales, como exigir al deudor que brinde ciertas garantías o que presente una fianza para proteger adecuadamente los intereses de los acreedores y otras partes interesadas.

32 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. §1519 (2005).

33 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. §1522 (2005).



3.2. Asistencia junto con el Otorgamiento del Reconocimiento

Es importante resaltar que, a diferencia del procedimiento de insolvencia pleno (como el *Chapter 11*), en el que la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección del patrimonio del deudor (*automatic stay*) se otorga de manera automática con la presentación de la solicitud, en el *Chapter 15* la presentación de la solicitud no otorga este beneficio.

Las medidas de asistencia ante un reconocimiento de un procedimiento extranjero están reguladas en diferentes secciones del Código de Insolvencias norteamericano. En efecto, el Deudor extranjero puede obtener distintos tipos de auxilio judicial como por ejemplo: (a) una suspensión automática de acciones en contra del patrimonio del Deudor desde el reconocimiento únicamente en el caso de Procedimientos Principales Extranjeros; (b) medidas generales de asistencia (no automáticas), incluyendo una suspensión más amplia que la que se otorga en el Periodo Interino; y, (c) asistencia adicional de manera amplia sobre la base de las distintas secciones del Código de Insolvencias u otras normas norteamericanas aplicables. Las medidas referidas en los literales (b) y (c) son aplicables tanto a los Procedimientos Principales Extranjeros como a los Procedimientos No Principales Extranjeros.

3.3. Medidas en Procedimientos Principales Extranjeros

Como hemos indicado, la protección o suspensión automática solo es otorgada cuando se reconoce un Procedimiento Principal Extranjero.³⁴ Esta medida se aleja de lo que estaba anteriormente regulado en la derogada Sección 304. Esta última no incluía una norma que otorgara la protección ante el solo reconocimiento del procedimiento extranjero y del representante extranjero.

Esta protección en el caso de los Procedimientos Principales Extranjeros no requiere satisfacer los estándares para el otorgamiento de medidas cautelares. Así, cumpliendo con los requisitos que se han indicado anteriormente para el reconocimiento se obtiene la suspensión automática y se otorga a los representantes extranjeros el equipamiento necesario para asumir la administración y control de los activos del Deudor Dentro de la Jurisdicción Territorial de los Estados Unidos, y para usar y vender dichas propiedades sujeto a las protecciones que se establecen para garantizar el pago de los acreedores

34 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. §1520 (2005).

garantizados. El otorgamiento de la protección automática siempre considera que la misma no viola las políticas públicas de los Estados Unidos.³⁵

3.4. Medidas Generales para Procedimientos Principales o No Principales Extranjeros

El Código de Insolvencias regula de manera específica que la Corte puede otorgar medidas generales al representante extranjero reconocido tanto a los Procedimientos Principales Extranjeros como a los Procedimientos No Principales Extranjeros.

Las medidas generales están a disposición del representante extranjero una vez otorgado el reconocimiento del procedimiento extranjero y en tanto las mismas sean necesarias para efectuar el propósito del procedimiento (Chapter 15) y para la protección de los activos del deudor o los intereses de los acreedores.

Entre las medidas generales que se pueden otorgar están: (a) la suspensión de litigios o acciones individuales en contra del Deudor, en relación con sus obligaciones, activos o derechos; (b) la suspensión de cualquier medida que tenga por objeto ejecutar activos del Deudor; (c) la suspensión del derecho de disposición de activos del Deudor; (d) la examinación de testigos y evidencia, así como la entrega de información sobre bienes, negocios, derechos u obligaciones del Deudor; y (e) otras medidas adicionales sobre la base de otras secciones del Código de Insolvencias.

Una vez otorgada la medida general en favor del representante extranjero, la Corte de Insolvencias entregará en custodia a éste los activos del Deudor, siempre que se compruebe que ello no afecta intereses de los acreedores. Antes del otorgamiento de una medida general a favor de un representante de un Procedimiento No Principal Extranjero, la Corte de Insolvencias deberá comprobar satisfactoriamente que dichos activos ubicados Dentro de la Jurisdicción Territorial de los Estados Unidos, corresponde que sean administrados en un fuero extranjero o que la información es requerida en dicho fuero extranjero.³⁶

35 (Harrison & Bregman, 2005, p. 9)

36 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. §1521 (2005).



3.5. La Asistencia Adicional

La asistencia adicional se otorgará bajo el Principio de Cooperación Internacional, considerando el trato justo de intereses de los involucrados en el caso, la distribución equitativa de los activos del Deudor siguiendo el orden de prioridad aplicable, y evitando disposiciones fraudulentas o realizadas en el periodo de sospecha.³⁷ La asistencia adicional también se brinda luego del reconocimiento de un procedimiento extranjero.

Diversas Cortes han indicado que para evaluar la asistencia adicional basada en la Cooperación Internacional debería considerarse los criterios y jurisprudencia de la derogada Sección 304. Los precedentes que interpretaban la Sección 304 utilizaban criterios comparables a los establecidos en la regulación del Chapter 15. Para el otorgamiento de asistencia adicional, las Cortes analizarán si el procedimiento extranjero es substancialmente y formalmente equitativo a los acreedores norteamericanos y si no contraviene las leyes y políticas públicas de los Estados Unidos.

3.6. La Asistencia Adicional en un Caso Peruano

En el caso del Banco Popular del Perú³⁸ resuelto con la derogada Sección 304, la Corte del distrito federal en Nueva York otorgó una suspensión de seis meses para permitir la conclusión ordenada del procedimiento de liquidación de Banco Popular en Perú. En este caso, un banco estadounidense se negó a unirse al procedimiento de liquidación peruano y presentó una demanda en Estados Unidos para recuperar el principal y los intereses de su crédito, indicando que el procedimiento de liquidación en Perú no satisfacía sus intereses.

La Corte de Insolvencia en Estados Unidos señaló que “el Decreto Legislativo Peruano N° 637 proporciona un procedimiento adecuado para la disolución y liquidación de bancos e instituciones financieras”. Además, “[l]os procedimientos de insolvencia peruanos parecen compartir la premisa central del Código de Insolvencias de EE.UU., que es buscar la ‘igualdad de distribución de activos entre los acreedores y, correlativamente, evitar la preferencia hacia algunos’”.

Aunque en dicha oportunidad se otorgó la Cooperación Internacional basada en procedimientos especiales de quiebra aplicables a los bancos peruanos

37 Código de Insolvencias, 11 U.S.C. §1507 (2005).

38 Véase Pravin Banker Assocs., Ltd. v. Banco Popular del Perú, 165 B.R. 379 (S.D.N.Y. 1994).



bajo el Decreto n.º 637, el razonamiento seguido por esta Corte norteamericana para otorgar la Cooperación Internacional podría ser aplicable hoy a casos de empresas sometidas a otros procedimientos de insolvencia en Perú.

Como se señaló anteriormente, las Cortes estadounidenses analizarán si los procedimientos o leyes extranjeras están en conformidad sustancial con los principios estadounidenses.³⁹ Existe así una base razonable para argumentar que los principios subyacentes de la legislación actual de insolvencia peruana son muy similares a los del Código de Insolvencias norteamericano. La Ley General del Sistema Concursal y el Código de Insolvencias comparten como una de sus premisas la equidad en la distribución de activos entre los acreedores. Además, entre otras cosas, ambos establecen la suspensión de acciones contra el Deudor para asegurar una distribución eficiente y justa de los activos en un solo procedimiento, y determinan que ciertos actos realizados en los períodos de sospecha están sujetas a anulación o revocación.

Como se ha explicado, el Código de Insolvencias define los procedimientos extranjeros no solo para incluir los procedimientos judiciales, sino también los procedimientos administrativos como los peruanos. Si bien el análisis del otorgamiento de Cooperación Internacional se realiza caso por caso, existe ya un precedente que da luces a ciertos aspectos relacionados con la posibilidad de lograr desde el Perú una asistencia en los Estados Unidos en el marco de un Chapter 15. Es relevante advertir que para el reconocimiento de un procedimiento concursal peruano en los Estados Unidos no deberá presentarse excepciones a la regla general, ni vulneraciones a las leyes o políticas públicas de este país.

4. CONCLUSIÓN

Actualmente se encuentra en discusión en el Perú un proyecto de modificación de nuestra legislación concursal. En este proyecto se contempla la incorporación de un capítulo nuevo, basado en la Ley Modelo, que regulará la insolvencia transfronteriza y permitirá, entre otros, a cortes extranjeras y sus representantes poder acceder al manejo de los activos del deudor en territorio peruano. Esto será un avance importante, considerando que ya se han

39 Cunard Steamship Co. Ltd. v. Salen Reefer Services AB, 773 F.2d 452, 458 (2d Cir. 1985) (otorgando Cooperación Internacional a la corte de insolvencias sueca y anulando la retención de activos en los Estados Unidos).



presentado varias situaciones en las que, existiendo procedimientos principales de insolvencia en otras jurisdicciones, no ha sido posible o ha sido compleja la protección de los activos ubicados en el Perú.

Sin perjuicio de este nuevo capítulo en nuestra legislación, es importante tener presente que, incluso en ausencia de este nuevo régimen, las empresas sometidas a procedimientos en Perú podrían, si cuentan con activos o alguna conexión en los Estados Unidos, iniciar un procedimiento bajo el *Chapter 15*. Estos procedimientos, como se ha explicado, permiten la examinación y recolección de información relevante, el manejo y administración de activos, así como el uso y la venta de activos ubicados en territorio norteamericano. Incluso ha habido casos en los que un representante extranjero ha solicitado la asistencia de las cortes norteamericanas, habiéndose determinado que las normas en Perú cumplirían con los estándares para que las mismas le brinden la Cooperación Internacional.

La Cooperación Internacional, como se ha explicado, es el principio que permite que cortes en diferentes países puedan preservar el valor de una empresa de manera global para permitir una reestructuración o salida exitosa de una situación de crisis. Entendiendo la relevancia de la Cooperación Internacional y adoptando la Ley Modelo en la nueva legislación concursal peruana, podremos contar con normas armonizadas a nivel internacional.



EL FUTURO DEL DERECHO CONCURSAL

El Derecho de la Insolvencia hoy y hacia dónde va

LUIS MANUEL C. MÉJAN*
México

1. LAS EMPRESAS FÉNIX

Un Ave Fénix, cuentan las leyendas griegas era un ave que, al parecer, por un cuento de Heródoto, cada 500 años creaba una hoguera de incienso en la que se echaba a arder y de la que surgía un gusano que, con el calor, se transformaba en una nueva ave Fénix joven y hermosa.

En materia de insolvencia de las empresas, con frecuencia vemos aparecer a Empresas Fénix. Aquellos empresarios que han fracasado en su emprendimiento, echan al fuego su empresa, mejor dicho, hacen lo que dice el dicho popular: “Apaga la luz, baja la cortina, cierra y vámonos”.

Al poco tiempo vemos a una empresa con el mismo objeto social, con los mismos accionistas, con la misma administración, con un nombre distinto (aunque parecido) que se instalan en el local de enfrente y empiezan desde cero a hacer lo mismo, mientras los acreedores de la “muerta” se desatinan para lograr la recuperación de sus créditos insoluto.

Ese es el síndrome del trámposo, del fullero, del que ha hecho de su vida lo que dice el lema “el que no transa no avanza”. Lo triste es que asociado a

* Doctor en Derecho. Profesor en el ITAM y la Universidad Panamericana. Investigador, autor de libros y artículos en materia del Derecho de la Insolvencia. Miembro de múltiples organizaciones internacionales.



ese emprendedor encontramos al abogado que lo alienta y lo asesora: "No te preocunes, Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil". Ese principio nació en Roma con la lex Poetelia Papiria de NEXIS y se ha instalado en los catálogos de derechos humanos y en las constituciones de muchos países.

Ese abogado es la antítesis del verdadero abogado corporativo, asesor de empresas, el que busca cómo promover la empresa y, con ella, las empresas que la rodean y que le financian, le proveen de insumos o le compran sus productos o servicios.

Ese es el abogado que no entiende, o no recuerda, o ha escogido no atender ni recordar, lo que son las figuras del fraude de acreedores, de la acción de simulación, de la acción pauliana, así como toda la Teoría General de las Obligaciones y, a fin de cuentas, la deontología jurídica y la protesta que hizo cuando le dijeron que era digno de recibir el título de abogado.

El Derecho de la Insolvencia, o Concursal, como se llama en varios países, es la estructura jurídica que permite a una empresa que padece de un período de iliquidez que le lleva a incumplir generalizadamente sus obligaciones de pago, el salir adelante, atender las reclamaciones de sus acreedores y poder seguir operando y seguir siendo fuente de Producto Interno Bruto y fuente de plazas laborales.

Se trata de un tema más financiero que jurídico. Al ser un problema económico, la solución debe ser también económica. El Derecho aportará los cómo para que se vean satisfechos los intereses de todas las partes involucradas en ese procedimiento típicamente universal.

2. LA HUELLA DEL COVID 19

Cuando sobrevino la pandemia y las empresas de todo el mundo debieron cerrar su operación se llegó a la lógica conclusión de que muchas de ellas tendrían que acogerse a los procedimientos de insolvencia, ya sea para reestructurar sus adeudos y lograr sobrevivir o de plano para clausurar definitivamente su operación. Ello no sucedió exactamente así.

Lo que sucedió es que, efectivamente, el cierre de muchas empresas fue definitivo por haberse vuelto inviables (a cambio, muchas otras empresas surgieron como novedades de las oportunidades que toda crisis trae consigo). Muchas otras sobrevivieron gracias a acuerdos informales, a las ayudas que



establecieron programas de auxilio (de los cuales casi no hubo ninguno en México) o al consumo de los ahorros que tenían, o a las inyecciones adicionales de capital de sus dueños.

Es ahora, cuando los ahorros se agotaron, cuando ya no hay más recursos que invertir, cuando los programas de ayuda concluyeron, cuando vuelve a aparecer aquel horizonte que se vislumbraba en 2020.

En los Estados Unidos de América las solicitudes del capítulo 11 aumentaron un 72 por ciento a 6,569 en el año calendario 2023 desde el total de 3,819 del año anterior, y en el caso de las empresas pequeñas, el uso del subcapítulo V del Capítulo 11 experimentó un aumento sustancial en 2023, con 1,939 casos que representaron un aumento del 45 por ciento con respecto a las 1,334 registradas en 2022.¹

En el Reino Unido, un total de 30.199 empresas estuvieron involucradas en algún tipo de acción de insolvencia en 2023, un 52% más que en 2021², mientras que las quiebras en Suecia aumentaron un 29% en 2023, el nivel más alto desde la década de 1990. En España, según el Colegio General de Economistas, el número de insolvencias de las compañías aumentó un 26% en 2022, pasando de 7.265 en 2021 a 9.189 en el ejercicio anterior, el último del que hay datos y el número de concursos de acreedores de personas físicas y autónomos se han incrementado un 111,38% en el tercer trimestre de 2023 con respecto al mismo periodo del ejercicio anterior³.

3. OTROS TROPIEZOS

Algo que ha sucedido en los últimos años de aplicación de las Leyes de insolvencia: la práctica ha llevado a “procesalizar” demasiado el camino de solución. Eso es un error, muy propio además de los países que siguen la tradición del *civil law*, el proceso concursal no debe verse como un litigio, como un conflicto entre las partes, con la visión formalista de los requisitos y etapas y momentos procesales.

1 Según datos proporcionados por Epiq AACER, el principal proveedor de datos sobre declaraciones de quiebra en EE. UU

2 Según Creditsafe, una agencia de verificación de crédito que rastrea 430 millones de empresas en todo el mundo.

3 El País, 29 de noviembre de 2023.



La burocratización es especialmente nociva en los procesos de insolvencia en los que, más que en ningún otro lugar es totalmente válido aquello de que “el tiempo es dinero”. Por eso aparecen las “empresas fénix”, por eso hay un número reducido de procedimientos concursales. Las legislaciones de insolvencia, en su concepción, se plantearon como una herramienta que auxiliaría a las empresas en dificultades y a los acreedores de las mismas a resolver el conflicto crédito/deuda si bien no al 100 % como se concibió el crédito, sí al menos en forma mejor que lo que sucederá si la empresa llega a la etapa de quiebra o liquidación. Hoy parecería que la maldición gitana: “entre abogados te veas” se recomponе para decir la maldición a comerciante y a acreedores: “entre abogados y jueces te veas”.

Otro tropiezo común es el aferrarse a que el tratamiento de la insolvencia se da solamente dentro de un país y es cada país el que debe regular el procedimiento y si hay bienes o acreedores o filiales en otros países, estos deben ajustarse al procedimiento y a la ley de este país que es donde se ha originado todo. Esa es la tendencia que se conoce como “Territorialismo” y a la que se ha venido oponiendo el concepto de “Universalismo”, especialmente en su versión moderada que pretende que los procedimientos de insolvencia puedan desarrollarse en múltiples jurisdicciones que reconozcan lo que sucede en las otras y que presten entre sí colaboración para resolver el problema económico y financiero de un grupo corporativo.

Eso es justamente lo que ha logrado la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) cuando ha publicado la LEY modelo de Insolvencia Transfronteriza que ha venido siendo adoptada por 63 jurisdicciones (de Latinoamérica destacan: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, República Dominicana)⁴

La misma CNUDMI ha publicado otras leyes modelo: sobre Insolvencia de grupos de Empresas; sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias relacionadas con Casos de Insolvencia y actualmente trabaja en un proyecto sobre la legislación aplicable a los procedimientos de insolvencia (conflictos entre *lex*

⁴ Véase en el sitio de la CNUDMI: Chrome extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-s.pdf>



fori concursos vis a vis con la *lex rei sittae*), así como en una herramienta relativa a la localización y recuperación de activos sujetos a un proceso de insolvencia.

4. LAS TENDENCIAS MUNDIALES ACTUALES

A pesar de las cifras arriba citadas, producto de una realidad de crisis económica, las tendencias que empiezan a aparecer en el mundo de la insolvencia son otras variantes significativas.

La primera tendencia que es muy clara es la que ha iniciado a aplicar la Unión Europea. A partir de una Directiva del Parlamento y del Consejo Europeos (DIRECTIVA (UE) 2019/1023), se urgió a todos los integrantes de la Unión a reformar sus legislaciones de Insolvencia a fin de incorporar los preceptos de dicha Directiva. Tales preceptos refieren a marcos de reestructuración preventiva y procedimientos de exoneración “*para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor*”⁵

Todos los países de la Unión Europea han modificado sus legislaciones introduciendo cambios y adiciones a sus regímenes legales de insolvencia con el objeto de privilegiar las reestructuraciones preventivas antes que la aplicación de los procedimientos usuales hasta entonces de reorganización o liquidación.

Con este ejemplo que impacta a todo el orbe, el Derecho de la Insolvencia ha variado el paradigma de su propósito, queda muy claro que el objetivo es que las empresas que se vean o vislumbren dificultades financieras puedan contar con mecanismos ágiles de reestructura y sobrevivencia.

Con ello y con el fenómeno arriba comentado, se ha venido reafirmando una segunda tendencia: la “desprocesalización” de los asuntos de insolvencia a fin de que sean agotados en forma ágil y económica eliminando las muchas fases y trámites que un procedimiento judicial requiere.

Una tercera tendencia es incorporar a los cuadros legislativos las situaciones prácticas que se derivan de las realidades: el caso de las microempresas, el caso de los grupos societarios y, muy importantemente, el impacto de insolvencias transfronterizas.

5 BOE Ley 172/18 Diario Oficial de la Unión Europea 26.6 2019

Una cuarta tendencia radica en la situación de la insolvencia de micro y pequeñas empresas que son, en el mundo, las que conforman el mayor número de emprendimientos en el mundo y dan trabajo a un altísimo porcentaje de la población económicamente activa y aportan un porcentaje importante del Producto Interno Bruto de la economía mundial.

Una última tendencia es abordar la problemática que sugieren los activos digitales, esos activos son escurridizos, ¿son activos o no lo son?, en qué lugar se encuentran para definir cuál ley les es aplicable y cuáles son los tribunales competentes?, ¿puede dárseles el tratamiento de bienes muebles? ¿pueden ser considerados como “valores” en el sentido bursátil del término?

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: UN CONSEJO

Abogado que asesoras a empresas: no veas el concurso como una desgracia sino como un camino de reconstrucción; no digas a los acreedores que hay que hacer que corra la sangre del comerciante deudor; no seas impulsor de Empresas Fénix. La Ética y el Derecho orientan tu quehacer en otro sentido. No manejes los asuntos como los litigios contenciosos de amplia confrontación. Observa lo que sucede en otras latitudes e incorpórate al flujo de la ola: busca reestructurar antes que liquidar. Aplica la lógica que se da en las legislaciones modelo de Naciones Unidas. Observa las tendencias económicas y tecnológicas actuales porque ellas representan un futuro que ya empezó.



Derecho Concursal

Se terminó de imprimir en la ciudad de Lima,
en el mes de setiembre de 2024.

