

## APUNTES DE DERECHO CONCURSAL LATINOAMERICANO

### COLOMBIA, PERÚ, MÉXICO Y BRASIL

*NOTES OF LATIN AMERICAN BANKRUPTCY LAW: COLOMBIA, PERU, MEXICO AND*

*BRAZIL*

CARBONELL O'BRIEN, Esteban\*

### RESUMEN

El derecho concursal constituye uno de los temas más significativos en el mundo mercantil, no solo en Colombia, sino en países vecinos como Perú, México y Brasil, países latinoamericanos, con los cuales hemos compartido tradiciones jurídicas. A dichas tradiciones les hemos hecho frente, cada uno de nuestros países, mediante procesos de modernización y ajustes asociados a la fase de desarrollo y el contexto de cada país. En el caso colombiano, el derecho mercantil mediante la Ley 222 de 1995, fue sometido a una de las reformas más profundas, la cual consistió en establecer un novísimo régimen societario poniéndolo a tono con la realidad empresarial en general. Correspondía entonces aplicar dos formas al interior de los procedimientos concursales: el Concordato y la Liquidación. En los casi cinco años de aplicación de la Ley 222, el nuevo régimen societario ha tenido una importante aceptación en el mundo de los negocios y la empresa unipersonal vino a suplir una necesidad reclamada por los expertos. Así ha ocurrido con la mayoría de los temas que fueron objeto de reforma o reglamentación de la ley que modificó el Código de Comercio, que mantuvo siempre su médula central. En efecto, debido a la grave crisis a que se ha visto

---

. Fecha de recibo: 16 de Septiembre de 2014

Fecha de aprobación : 27 de Noviembre de 2014

\* (Lima, 1970) Abogado con estudios por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1986-92). Master en Derecho (LL.M) por la misma casa de estudios (1993-94) Diplomado en Gestión Pública por la Universidad Complutense, España (2004). Estudios de Master en Política Jurisdiccional por la Universidad de Castilla La Mancha, España (2008-) Doctor © en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España (2008-) Considerado durante los últimos años por las prestigiosas revistas Latin Lawyer y Latin Counsel como el mejor abogado de su generación en Latinoamérica en temas de práctica concursal, reestructuración financiera y bancarrotas corporativas. Miembro Fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (México DF.) Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal- Sección Peruana, Miembro de las Comisiones Consultivas de Insolvencias en la Unión Internacional de Abogados (UIBA) y la Internacional Bar Association (IBA) y Arbitro en su especialidad adscrito al Tribunal Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Profesor Visitante de las Universidades Lomas de Zamora, Ciencias Empresariales y Morón (Argentina) Autónoma (México) Católica (Venezuela) y Siena (Italia). Autor de las obras "Bancarrotas y Suspensión de Pagos" (1999) e "Interpretación de la Ley General del Sistema Concursal" (2003) y Director de la Revista Electrónica de Derecho Concursal "Vía Crisis", la misma que se puede visualizar en la web de su bufete: [www.carbonell-law.org/publicaciones](http://www.carbonell-law.org/publicaciones) Asimismo, se le puede escribir a: [ecarbonell@carbonell-law.org](mailto:ecarbonell@carbonell-law.org)

sometido el mundo y Colombia por los movimientos políticos ocasionados en la última década del pasado milenio, se hacía necesario buscar un procedimiento que agilizará el trámite, permitiéndole al empresario y a sus acreedores buscar fórmulas tendientes a asegurar el crédito y buscar la reactivación empresarial, para asegurar la crisis económica.

**PALABRAS CLAVES:** Derecho concursal comparado – concurso

## ABSTRACT

The bankruptcy law is one of the most significant issues in the marketplace, not only in Colombia, but also in neighboring countries like Peru, Mexico and Brazil, Latin American countries with whom we have shared legal traditions. In these traditions we've faced, each of our countries, through processes of modernization and adjustments associated with the development phase and context of each country. In Colombia, trade law by Law 222 of 1995, underwent one of the most thoroughgoing reforms, which was to establish a brand new corporate regime putting it in line with the business world in general. It corresponded then apply two ways into bankruptcy proceedings: the Concordat and the settlement. In the nearly five years of implementation of Law 222, the new corporate regime has had a significant acceptance in the business world and the sole proprietorship came to fill a need claimed by experts. This has happened with most of the issues that were the subject of reform of the law or regulation amending the Commercial Code, which always maintained its central core. Indeed, due to the serious crisis which has been subjected the world and Colombia by political movements caused in the last decade of the last millennium, it was necessary to find a method that will expedite the process, allowing the business and its creditors seek formulas aimed at securing credit and seek business recovery, to ensure economic crisis.

**KEY WORDS:** Comparative law bankruptcy - contest

---

## I. COLOMBIA.

### 1. INTRODUCCIÓN

El derecho mercantil colombiano mediante la Ley 222 de 1995, fue sometido a una de las reformas más profundas, la cual consistió en establecer un novísimo régimen societario poniéndolo a tono con la realidad empresarial en general. Correspondía entonces aplicar dos formas al interior de los procedimientos concursales: el Concordato y la Liquidación. En los casi cinco años de aplicación de la Ley 222, el nuevo régimen societario ha tenido una importante

aceptación en el mundo de los negocios y la empresa unipersonal vino a suplir una necesidad reclamada por los expertos. Así ha ocurrido con la mayoría de los temas que fueron objeto de reforma o reglamentación de la ley que modificó el Código de Comercio, que mantuvo siempre su médula central. En efecto, debido a la grave crisis a que se ha visto sometido el mundo y Colombia por los movimientos políticos ocasionados en la última década del pasado milenio, se hacía necesario buscar un procedimiento que agilizará el trámite, permitiéndole al empresario y a sus acreedores buscar fórmulas tendientes a asegurar

el crédito y buscar la reactivación empresarial, para asegurar la crisis económica.

Ante ello, el Gobierno bajo la dirección de la Superintendencia de Sociedades y los importantes aportes del Ministerio de Desarrollo y el de Hacienda, propusieron al Congreso Nacional una reforma parcial al procedimiento concursal, con el objeto de establecer un mecanismo sobre la base de la concertación entre los acreedores internos y externos, se reactivará la economía y se salvarán las empresas viables. De igual manera que dicho procedimiento pudiera ser utilizado por los entes territoriales. Se logra finalmente un texto estructurado e integrado, sancionándose la Ley 550 de 1999.

En la exposición de motivos de la Ley 550 de 1999, el parlamento nacional tuvo en cuenta al difícil situación que ha enfrentado el país en los últimos años golpeando al sector productivo de la economía, lo que ha ocasionado un número creciente de concordatos, liquidaciones y numerosas dificultades a las empresas, con la consecuente reducción en su capacidad de generación de empleo y por supuesto la circulación de la riqueza, razón de ser del ejercicio mercantil. El incremento en el gasto que presentaron los entes territoriales y que se aumentó en los últimos años del siglo pasado fue financiado en su mayoría con endeudamiento que excedió la capacidad real de pago de las entidades y deterioró la situación financiera tanto del sector público y privado.

La anterior situación estaba afectando a un elevado número de personas jurídicas, no sólo pequeñas y medianas sino también a muchas de gran tamaño, líderes en su respectivo sector y con importante aporte a la generación de empleo. Durante esa crisis han sido golpeados todos los sectores de la

economía. Este cuadro produjo el deterioro de la cartera de los establecimientos de crédito, circunstancias agravantes de la crisis generalizada por la que atraviesa el sector empresarial privado, a la que se suma la delicada situación financiera de las entidades territoriales, departamentos y municipios.

Los instrumentos del derecho concursal colombiano dispuesto en la Ley 222 de 1995 que fueron diseñados para afrontar la iliquidez o insolvencia en circunstancias ordinarias, eran insuficientes para afrontar un problema de esta magnitud lo que hizo necesario la intervención del Estado para establecer un marco especial para la reestructuración y reactivación empresarial, que contuviera los incentivos para que acreedores y deudores determinen la viabilidad de las empresas y dotarlos de las herramientas necesarias para establecer un plan de reestructuración que permita salvar aquellas que sean viables. Entonces se dotó a los deudores y acreedores de incentivos y mecanismos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas que le permitan a las empresas privadas y los entes territoriales “normalizar” su actividad productiva y, al mismo tiempo, atender sus compromisos financieros. Al ser posible la reactivación, las empresas han de aliviar su pesada carga financiera, mejorar sus perspectivas de producción, mantener el empleo que generan y ser otra vez sujetos de crédito con capacidad de pago. Por su parte, el sistema financiero ha de mejorar la calidad de su cartera, con la consecuente liberación de provisiones y la irrigación de crédito nuevo al sistema, con la colaboración de un banco de segundo piso.

Los mecanismos diseñados por dicha ley son varios pero vale la pena destacar la capitalización de

acreencias, es decir la conversión de la acreencia en acciones o aportes sociales y la suscripción de bonos de riesgo con el único fin de enervar la causal de disolución, al permitir que se tengan como una cuenta patrimonial. Así mismo, se podrán otorgar nuevos plazos, condonación de intereses, quitar o utilizar cualquier medio para normalizar la cartera. Todo dentro de un marco normativo amplio y transparente a cargo de los actores involucrados y, con una participación casi invisible del Estado como tal. Su función se limita a designar el promotor y resolver las diferencias que se presenten durante el trámite.

La Ley 550 fue expedida con fundamento en las facultades que conceden los artículos 150-21, 334 y 335 de la Constitución Política de Colombia, mediante la cual el Estado interviene en la economía para la reactivación de las empresas, constitucionalmente consideradas como la base del desarrollo, sin que se trate de una intervención directa, sino que utilice su poder normativo para ofrecer a la comunidad empresarial un marco legal que propicie acuerdos de reactivación, a través de un procedimiento sencillo y ágil, a cargo del empresario y sus acreedores, bajo la dirección de un amigable componedor.

El promotor surge como un personaje que cumple una función pública dentro del marco de la empresa privada. Entonces con este proceso se consagra una nueva institución que nos ofrece las dificultades que en el régimen actual encuentran los acreedores y el empresario, para celebrar y ejecutar acuerdos que permitan la reactivación empresarial, en aquellos casos en que los propios interesados: deudor-acreedores, consideren viable una empresa, para lo cual se encuentran más expeditiva y equitativa la asunción de riesgos como partes de un acuerdo de

recuperación que sea negociado en forma extrajudicial, y cuyo éxito garantiza el uso más eficiente de los recursos vinculados a la actividad empresarial, en la mejora de la competitividad y, en el cumplimiento de la función social de las empresas reestructuradas.

A nuestro modo de ver, la Ley 550 de 1999 facilitaba el acceso de las empresas reestructuradas al crédito con base en la recuperación de su capacidad de pago. Para ello se deben fortalecer la dirección y los sistemas de control interno de las mismas, lo cual implica mejorar la estructura administrativa, financiera y contable por parte de las empresas reestructuradas; asegurar la calidad, suficiencia y oportunidad de la información suministrada a socios, acreedores y terceros en general; y establecer reglas de comportamiento para la administración de las empresas que correspondan a estándares mínimos constitutivos de una ética empresarial cuya inobservancia colectiva es indispensable para la confianza recíproca de la cual depende la celebración y el cumplimiento de acuerdos de reactivación.

Con ese propósito se introduce el concepto del “*Código de Conducta Empresarial*”. Una de las razones para la reactivación empresarial lo constituye la conservación del empleo. Por eso la dación de la Ley 550 estimulaba la concertación de empresarios y trabajadores de condiciones laborales especiales y temporales que contribuyan a la recuperación de la empresa, cuyo fortalecimiento interesa simultáneamente a todos los acreedores, y a sus trabajadores y pensionados. En esta materia, otra vez, se pone de relieve que se interviene para la reactivación de la empresa, en defensa de los intereses comunes de empresarios y trabajadores. Se parte de un principio lógico: Sin empresa, no hay trabajo. La

norma permite entonces la suspensión de prerrogativas económicas que excedan el mínimo legal correspondiente, siempre y cuando los trabajadores lo consientan. No hay que olvidar que la ley parte de los acuerdos entre las partes y no de la imposición.

La Ley 550 de 1999 se aplicaba a toda empresa organizada como persona jurídica, que opere de manera permanente en el territorio nacional o extranjera de carácter privado o mixta, con la excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera y de ahorro y crédito, de la Superbancaria, de la Bolsa de Valores y de los intermediarios vigilados por ella. La citada ley se aplicaba entonces a empresas del sector productivo, los servicios y cualquier actividad así se encuentre bajo la vigilancia de cualquier organismo de control, con las excepciones, por cierto pocas señaladas anteriormente. La solicitud se hará en todo caso al organismo de vigilancia y control respectivo, quien tiene la facultad de admitir el trámite y designar al promotor o a la Superintendencia de Sociedades.

La negociación del acuerdo puede ser promovida de oficio por las superintendencias, o solicitada por el empresario o por uno o varios acreedores, cuando dos o más obligaciones incumplidas por más de 90 días signifiquen no menos del 5% del pasivo corriente del empresario. La solicitud entonces, se presentará ante la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia que ejerza la vigilancia y control del empresario o la cámara de comercio, según lo señalado en la ley. Así por ejemplo si la sociedad es vigilada por la Superintendencia Nacional de Salud, la solicitud se realizará ante dicha Superintendencia, si por ejemplo corresponde a una cooperativa y por

ende está vigilada por la Superintendencia de Economía Solidaria será este organismo el competente para conocer de la solicitud y designar al promotor.

El factor de competencia para radicar la solicitud de la apertura de iniciación de la negociación es el domicilio del empresario, para lo cual la Superintendencia de Sociedades es competente para las sociedades domiciliadas en Bogotá, Barranquilla, Bucaramanga, Cali, Cartagena, Cúcuta, Manizales y Medellín, siempre y cuando el empresario no esté sometido a vigilancia especial, pues en ese caso la competencia la tendrá el organismo que tiene tal función. En los demás lugares, es decir, donde las Supersociedades no tienen sede y el empresario no tenga vigilancia especial o corresponda a una empresa unipersonal, el competente era la Cámara de Comercio del domicilio empresarial.

## **2. LEY 1116**

Luego se sanciona la ley 1116 que tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos. El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias.

## **2.1 Procedimiento de reorganización. Funciones del promotor**

El concurso se inicia a través de un proceso de reorganización, en el cual el insolvente tendrá un plazo para celebrar un acuerdo con sus acreedores, el cual, en principio, no será superior a cuatro meses, prorrogable por dos meses adicionales.

Dentro del plazo indicado para celebrar el acuerdo, el promotor con fundamento en el plan de reorganización de la empresa y el flujo de caja elaborado para atender el pago de las obligaciones, deberá presentar ante el juez del concurso, según sea el caso, un acuerdo de reorganización debidamente aprobado por el voto favorable de un número plural de acreedores que representen, por lo menos, la mayoría absoluta de los votos admitidos. Si el acuerdo de reorganización debidamente aprobado no es presentado en el término previsto, comenzará a correr de inmediato el término para celebrar el acuerdo de adjudicación. No presentado o no confirmado el acuerdo de reorganización, el juez ordenará la celebración del acuerdo de adjudicación, mediante providencia en la cual fijará la fecha de extinción de la persona jurídica, la cual deberá enviarse de oficio para su inscripción en el registro mercantil.

Vencido el término para presentar el acuerdo de reorganización, sin que este haya sido presentado, o no confirmado el mismo, empezará a contarse un plazo máximo de treinta días para que el promotor presente al juez del concurso, el acuerdo de adjudicación, al que hayan llegado los acreedores del deudor, incluyendo los gastos de administración. En el acuerdo de adjudicación pactarán la forma como

serán adjudicados los bienes del deudor, pagando primero las obligaciones causadas con posterioridad al inicio del proceso de insolvencia y luego las contenidas en la calificación y graduación aprobada. Si el acuerdo de adjudicación, no es presentado ante el juez del concurso en el plazo previsto en la presente norma, se entenderá que los acreedores aceptan que la Superintendencia o el juez adjudiquen los bienes del deudor, conforme a las reglas de adjudicación de bienes previstas en la presente ley.

Si algún acreedor o el deudor denuncia el incumplimiento del acuerdo de reorganización o de los gastos de administración, el Juez del concurso verificará dicha situación y en caso de encontrarlo acreditado, requerirá al promotor para que, dentro de un término no superior a un mes, actualice la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, gestione las posibles alternativas de solución y presente al Juez del concurso el resultado de sus diligencias. Recibido el Informe del Promotor, el Juez del concurso, convocará al deudor y a los acreedores cuyos créditos no hayan sido pagados, a una audiencia para deliberar sobre la situación y decidir lo pertinente. Si la situación es resuelta, el Juez del concurso confirmará la alternativa de solución acordada y el promotor deberá cumplir con las formalidades previstas en la presente ley. En caso contrario, el juez del concurso declarará terminado el acuerdo de reorganización y ordenará la apertura del trámite del proceso de liquidación judicial.

## **2.2 Procedimiento de liquidación judicial. Funciones del liquidador**

El proceso de liquidación judicial se iniciará principalmente por incumplimiento del acuerdo de reorganización.

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.

De haberse practicado diligencias de secuestro, el juez, previa remisión del proceso al liquidador, ordenará efectuar el relevo inmediato de los secuestres designados, ordenando para ello la entrega de los bienes al liquidador con la correspondiente obligación del secuestro de rendir cuentas comprobadas de su gestión ante el juez del proceso de liquidación judicial y para tal efecto presentará una relación de los bienes entregados en la diligencia de secuestro, indicando su estado y ubicación, así como una memoria detallada de las actividades realizadas durante el período de la vigencia de su cargo. Así mismo, el secuestro deberá consignar a órdenes del juez del proceso de liquidación judicial, en la cuenta de depósitos judiciales, los rendimientos obtenidos en la administración de los bienes.

En un plazo de dos 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. Con relación a los dineros recibidos y los activos no enajenados, el liquidador tendrá un plazo máximo de treinta días para presentar al juez del concurso, el acuerdo de adjudicación al que hayan llegado los acreedores del deudor.

Los bienes no enajenados por el liquidador, serán adjudicados a los acreedores el liquidador, de manera inmediata, deberá informar al juez del concurso El liquidador, una vez ejecutadas las órdenes incluidas en el auto de adjudicación de bienes, respetando los plazos señalados en el artículo anterior, deberá presentar al juez del proceso de liquidación judicial una rendición de cuentas finales de su gestión, donde incluirá una relación pormenorizada de los pagos efectuados, acompañada de las pruebas pertinentes.

### **2.2.1. Estatuto del promotor y del liquidador**

En la vigente legislación colombiana de insolvencia, el nombramiento del síndico o llamado liquidador de activos se exterioriza en el proceso de liquidación judicial, tal como lo prevé el art. 47: *El proceso de liquidación judicial iniciará por: 1. Incumplimiento del acuerdo de reorganización, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración de los regulados por la Ley 550 de 1999. 2. Las causales de liquidación judicial inmediata previstas en la presente ley. Art. 48. Providencia de apertura. La providencia de apertura del proceso de liquidación judicial dispondrá: 1. El nombramiento de un liquidador, quien tendrá la representación legal, advirtiendo que su gestión deberá ser austera y eficaz”...*

Asimismo, el Título II (Disposiciones Comunes) en su art. 67 de la referida norma señala el inicio del concurso, a la luz del proceso de liquidación instaurado en sede judicial, a diferencia de otras legislaciones latinoamericanas. El citado artículo señala textualmente lo siguiente: *“Art. 67. Promotores o liquidadores. Al iniciar el proceso de insolvencia, el juez del concurso, según sea el caso, designará por sorteo público al promotor o liquidador, en calidad de auxiliar de la justicia, escogido de la lista elaborada para el efecto por la Superintendencia de Sociedades. En cualquier tiempo, los acreedores que representen por lo menos el sesenta por ciento (60%) de las acreencias, calificadas y graduadas, podrán sustituir al liquidador designado por el Juez, escogiendo el reemplazo de la lista citada en el inciso anterior, quien deberá posesionarse ante aquel. Lo anterior aplicará también al promotor cuando actúe como representante legal para efectos del acuerdo de adjudicación. Adicionalmente, los promotores y liquidadores podrán ser recusados o removidos por el juez del concurso por las causales objetivas establecidas por el Gobierno. El promotor o liquidador removidos en los términos de la presente ley, no tendrán derecho sino al pago mínimo que para el efecto determine el Gobierno, teniendo en consideración el estado de avance del proceso. Una misma persona podrá actuar como promotor o como liquidador en varios procesos, sin exceder un máximo de tres (3) procesos en que pueda actuar en forma simultánea”*.

Finalmente, la lista de promotores y liquidadores de la Superintendencia de Sociedades será abierta y a ella ingresarán todas las personas que cumplan con

los requisitos mínimos de experiencia e idoneidad profesional que para el efecto establezca el Gobierno.

No existe un régimen de sanciones por actos fraudulentos o de mala fe en los negocios.

## II. PERÚ

### 1. INTRODUCCIÓN. VARIACIONES LEGISLATIVAS DE LAS FUNCIONES DEL SÍNDICO

En los albores de los años 90, en el Perú únicamente se esbozaba una sola o única salida a la crisis patrimonial del comerciante: La Quiebra y su irremediable desalojo del mercado. Posteriormente, en el año 1992, se da inicio a una nueva etapa con un vuelco total a la legislación en materia de quiebras. Nuestro legislador argumentó que ante una situación de crisis se debía afrontar el problema con un paliativo de corte financiero-jurídico que empuje al comerciante a “prevenir” dicha etapa. Con la dación del Decreto Ley 26116 o denominada Ley de Reestructuración Empresarial, se buscaba que el comerciante pueda acceder a reflotar sus pasivos a través de un mecanismo de salvataje llamado: Plan de Reestructuración. Como se observa, la labor del Síndico Concursal quedó en el olvido pues éste ya no prestaba servicios efectivos, como lo era bajo el amparo de la Ley Procesal de Quiebras de 1932.

La población en general, en especial la comprendida por los grupos empresariales, incluidas las pequeñas y medianas empresas buscaban consuelo en una alternativa sostenida principalmente en dos pilares: seguridad jurídica y sensatez en los acuerdos privados. Tomando como base la implicancia en materia económica se adoptaron las medidas

necesarias para que la labor del Síndico de Quiebras sea reemplazada por una Comisión que regule y monitoree desde su inicio, el procedimiento concursal. En nuestra opinión, hubo un enroque de poderes: El Poder Judicial dejó de tener el peso y respaldo que tuvo durante décadas y el Poder Ejecutivo –*con eminente poder político*– pasó a ejecutar las medidas adoptadas por el Poder Legislativo ante la entrada en vigencia del Decreto Ley 26116.

Paso a paso, se vieron las caras aquellos ordenadores del Derecho que habían participado activa o pasivamente en el fenecido proceso judicial de Quiebra. Debemos anotar –*con crueldad*– que la labor del Síndico se limitaba a otorgar una partida de defunción al fallido comerciante. En dichos términos parecería que estuvo en marcha un ancestral pero a su vez, un agobiante mecanismo frente a crisis patrimoniales. Dicho mecanismo no traía consigo una “solución” siquiera una “prevención” frente a problemas económico-financieros, solo atinaba a dejar de lado a aquel comerciante, sin tomar en cuenta su real horizonte.

La economía como fuente de sabiduría no podía estar ausente –*como lo estuvo*– en esta reunión de conjunciones orientadas a **“solucionar crisis patrimoniales”** puesto que a nuestro modo de ver, la prevención en materia económica es materialmente imposible, al tener ésta etapas cíclicas que en muchos momentos se deben a factores exógenos que sólo Dios –*a pesar de los agnósticos*– puede evitar. Esa perenne mutabilidad nos hace presagiar que el comerciante debe afrontar con entereza los avatares del destino en todos los sectores. El hombre debe reunirse en búsqueda de soluciones que lo ayuden a convivir en armonía en esta comunidad global.

La solución era pues la continuación de actividades económicas, de aquel comerciante que era capaz de soportar dos posiciones: que la decisión de continuar en el mercado, la adoptaban sus acreedores y el sostenimiento de su ejercicio en el tiempo. El ordenador jurídico presentó en sociedad a su nuevo vástago quien trayendo un pan bajo el brazo, se le atribuyó un futuro prometedor, aunque diríamos alentador.

A la fecha, a través de la Ley 27.809, la labor del síndico concursal se traduce a realizar el activo del deudor. La labor de éste se transcribe en la situación de un ente liquidador.

## 2. NOMBRAMIENTO DE LOS LIQUIDADORES

Inicialmente, el Capítulo VI dedicado al procedimiento de disolución y liquidación en la reciente legislación concursal peruana señala lo siguiente: *74.3 La Junta nombrará a una entidad o persona que tenga registro vigente ante la Comisión como liquidador encargado de dicho procedimiento. El liquidador deberá manifestar su voluntad de asumir el cargo.* El citado numeral faculta a la Junta de acreedores a nombrar a la entidad o persona que se hará cargo de realizar la labor liquidatoria del deudor, debiendo tener registro vigente ante la autoridad concursal. Ello busca orientar de la mejor medida a los acreedores respecto de la oportunidad de elegir al liquidador que goce de las prerrogativas suficientes para su ejercicio.

Asimismo, el liquidador nombrado deberá aceptar el encargo conferido por los acreedores. Entendemos que dicha manifestación de voluntad deberá expresarla en el acto de suscripción del Convenio o al momento de su designación, que

deberá constar en el acta de la sesión de Junta de Acreedores.

Se citará a los acreedores a una única Junta para pronunciarse exclusivamente sobre la designación del liquidador y la aprobación del Convenio de Liquidación. Dicha Junta se instalará con la presencia de los acreedores reconocidos que hubieren asistido, y las decisiones se tomarán con el voto favorable de acreedores que representen un importe superior al 50% del total de los créditos asistentes.

En el caso de que dicha Junta no se instale o instalándose no adopte el acuerdo pertinente a la liquidación, la Comisión podrá designar, de oficio, con aceptación expresa al liquidador responsable. Si no hay liquidador que asuma la responsabilidad se da por concluido el proceso y se levantan todos los efectos del concurso.

El liquidador designado deberá realizar todos los actos tendientes a la realización de activos que encontrase, así como un informe final de la liquidación, previo a la presentación de la solicitud de declaración judicial de quiebra.

### 3. FUNCIONES DEL LIQUIDADADOR

Son funciones primordiales del liquidador concursal realizar la totalidad del activo y presentar un informe final de la liquidación, con anterioridad a la presentación de la solicitud de declaración judicial de quiebra.

*El Convenio de Liquidación contendrá, necesariamente, bajo sanción de nulidad* 1. La identificación del Liquidador, del deudor y del Presidente de la Junta, la fecha de aprobación, la declaración del Liquidador que no tiene limitaciones

para asumir el cargo, y los supuestos bajo los cuales empezará a pagar los créditos. 2. La proyección de gastos estimada por el Liquidador a efectos de ser aprobada por la Junta. 3. Los honorarios del Liquidador precisándose los conceptos que los integran, así como su forma y oportunidad de pago. 4. Los mecanismos en virtud de los cuales el Liquidador cumplirá los requerimientos de información periódica durante la liquidación. 5. La modalidad y condiciones de la realización de bienes del deudor. 6. El régimen de intereses. A los créditos de origen tributario se les aplicará la tasa de interés compensatorio.

El art. 78 bajo comentario resulta necesario resaltarlo pues el procedimiento de liquidación tiene por objeto conocer tanto el activo como el pasivo, pagar éste y resolver cómo se reparte aquél entre los acreedores una vez hechas las operaciones necesarias para saber cuanto corresponde a cada uno de ellos, siendo indispensable esperar el pronunciamiento de la autoridad concursal. Es interesante resaltar a diferencia de la legislación concursal anterior, que de manera prudente se obliga a la entidad liquidadora designada por los acreedores, a consignar un flujo de caja que contenga los gastos propios de la liquidación. Ello con el objeto de prevenir *–como se da en la práctica–* que se depreden los ingresos de la realización de activos, en gastos u honorarios del liquidador, en perjuicio de los propios acreedores, quienes ven pasar el tiempo y no obtienen pago alguno por sus créditos reconocidos por ante la autoridad concursal.

De igual manera, se prevé de manera taxativa que los honorarios del liquidador deben ser delineados de manera clara y expresa en el citado instrumento, con el objeto de evitar suspicacias frente al grupo de acreedores que le prestó su apoyo al momento de su

elección. He de observar por la praxis administrativa, que el poner límites al liquidador para que desempeñe y culmine su labor, en tiempo breve y de manera eficiente, resulta muchas veces contraproducente para los intereses de los acreedores, pues éstos pueden verse perjudicados, si el liquidador realiza su labor de manera apresurada, sin medir consecuencias reales de éxito. Las cortapisas son eficaces – a nuestro juicio- cuando existe la mínima posibilidad de no poder vigilar de cerca la gestión del liquidador, sin embargo es pausable de revisión todos y cada uno de los actos que realiza, y como bien expresa el artículo bajo comentario, están ellos –los liquidadores- en la obligación de informar de los avances de su gestión, incluyendo los destinos de sus ingresos y egresos, propios de su labor.

El art. 78 prevé que el acuerdo de disolución y liquidación debe ser publicado en los plazos previstos en la Ley, vale decir dentro de los cinco (5) días siguientes de celebrado el Convenio, bajo responsabilidad, aunque hemos de observar que no se fija con sanción de nulidad tal incumplimiento por parte de la entidad liquidadora designada. En tal sentido, debemos agregar que si la disolución fuera resuelta en proceso judicial, consideramos que la resolución firme que así lo declare debe ser publicada en las mismas condiciones. En dicho orden de ideas, se desprende que la publicación e inscripción del acuerdo es tarea de los liquidadores y se llevan a cabo para dar a conocer a terceros el inicio del proceso de liquidación. De esa manera se resguarda los intereses de los acreedores, conforme se explica al comentar las normas relativas a la liquidación de la sociedad.

El liquidador una vez en posesión de los activos del deudor deberá proceder a realizar los mismos, conjuntamente con la celebración de todos

los actos o contratos necesarios para maximizar el activo del negocio. Una vez cumplida la primera fase de la liquidación –se inicia con la recolección del acervo documentario y entrega de los bienes que conforman la masa- recién puede distribuirse entre los socios el haber remanente, si lo hubiera.

### **3.1 Atribuciones, facultades y obligaciones del liquidador**

El art. 83 prevé las obligaciones del liquidador, enumerando que ellas son: a) Realizar con diligencia todos los actos que corresponden a su función, de acuerdo a lo pactado por la Junta y las disposiciones legales vigentes, b) Representar los intereses generales de los acreedores y del deudor en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades que conforme a la Ley corresponden a los acreedores y al deudor.

Luego el mismo numeral se ocupa de las atribuciones y facultades del liquidador, determinado que ellas son: a) Actuar en resguardo de los intereses de la masa o del deudor, en juicio o fuera de él, con plena representación de éste y de los acreedores; b) Disponer de los bienes muebles e inmuebles, acreencias, derechos, valores y acciones de propiedad del deudor. Para estos efectos, el Convenio podrá exigir valuación económica y subasta pública judicial o extrajudicial; c) Celebrar los actos y contratos necesarios con el objeto de conservar, mantener y asegurar los bienes del deudor; d) Celebrar los contratos que fuesen necesarios y transigir y realizar, con garantías o sin ellas, las operaciones de créditos estrictamente necesarias para cubrir los gastos y obligaciones que demande la liquidación, con conocimiento de la Junta o del Comité si lo hubiere;

e) Cesar a los trabajadores del deudor; f) Ejercer todas las funciones y facultades que conforme a la Ley General de Sociedades corresponde a los liquidadores, administradores y gerentes, así como las que adicionalmente le otorgue el Convenio de Liquidación o la Junta; g) Solicitar el levantamiento de las cargas y gravámenes que pesen sobre los bienes del deudor, siendo título suficiente para esto la presentación del contrato de transferencia y el Convenio de Liquidación debidamente inscrito en los Registros Públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78°; y h) Formular las denuncias pertinentes ante el Ministerio Público si constatare la existencia de elementos que hicieran presumir la comisión de actos dolosos o fraudulentos en la administración del deudor, o que podrían dar lugar a la quiebra fraudulenta de la misma, según la regulación contenida en el Código Penal, lo que deberá ser puesto en conocimiento de la Junta.

Una vez suscrito el Convenio de Liquidación el Liquidador se encuentra obligado a abrir una cuenta corriente a nombre del deudor en liquidación, desde la cual deberá manejar todo el flujo de dinero correspondiente a la liquidación. Además El liquidador deberá proceder al pago de los créditos una vez que haya obtenido, como resultado de la realización de activos, no menos del 10% del monto total de créditos reconocidos.

En el momento en que se acuerda o declara la disolución cesa la representación de los administradores de la sociedad y los liquidadores asumen funciones, para conducir el proceso de liquidación. A partir de ese momento los liquidadores sustituyen a los administradores, pero no para realizar los actos propios del objeto social, sino con el encargo específico de administrar la sociedad para

liquidarla, cumpliendo con el procedimiento legal que permita su extinción. Para ello, los liquidadores gozan, al menos, de las atribuciones que se describen en el artículo bajo comentario, sin perjuicio de otras facultades que el estatuto, el pacto social, los convenios entre socios inscritos ante la sociedad y los acuerdos de la Junta pueden establecer. Al igual que el gerente general de una sociedad anónima o el representante legal permanente de una sucursal, por el solo mérito de su nombramiento los liquidadores gozan de las facultades de representación procesal de la sociedad, para cuya inscripción y ejercicio basta la presentación de la copia certificada del documento donde consta el nombramiento. Las facultades procesales son las generales y especiales señaladas por las normas de la materia, con las modificaciones o limitaciones que establezca el pacto social, el estatuto, los convenios entre socios o los acuerdos de la Junta.

### **3.2 Fin de las funciones del liquidador**

Las funciones del Liquidador terminan con la inscripción de la extinción del patrimonio del deudor en los Registros Públicos correspondientes. Cuando la liquidación no ha concluido, es indispensable nombrar liquidadores sustituidos para que el proceso no se paralice. Por ejemplo, en los casos de remoción o de renuncia, ellas no surten efectos si no se nombra a los nuevos liquidadores en forma simultánea.

El juez puede declarar el término de la función de un liquidador, mediando causa justa y a solicitud de socios que representen no menos de la quinta parte del capital, tal como lo establece la Ley General de Sociedades, siendo tramitada dicha solicitud por la vía del proceso sumarísimo.

Cabe advertir la posibilidad de que se produzca el término de las funciones del liquidador por razones no contempladas expresamente en el artículo 415 de la Ley General de Sociedades, tal sería el caso, verbigracia, si se decide revocar el acuerdo de disolución y la sociedad reinicia sus actividades.

Finalmente, la norma establece que la responsabilidad de los liquidadores caduca a los dos años, desde la terminación del cargo o desde el día en que se inscribe la extinción de la sociedad en el Registro. El plazo de caducidad comienza a computarse en la fecha de inscripción de la extinción respecto de los liquidadores que hayan culminado el proceso de liquidación. En los demás casos, el plazo se computa desde el momento de la terminación del cargo.

### **3.3 Conclusión del nombramiento del liquidador**

El art. 92 prevé que el nombramiento del liquidador termina por las siguientes causales: a) Haber terminado la liquidación mediante la acreditación de la extinción de los créditos materia del procedimiento, con la consecuente inscripción de la extinción del deudor, de ser el caso, en el registro correspondiente; b) Revocación de sus poderes acordada por la Junta. Para que la revocación surta efectos, deberá acordarse conjuntamente el nombramiento del nuevo Liquidador, lo que deberá constar en la cláusula adicional a que se refiere el artículo 93°. El Liquidador saliente es el responsable de la conservación de los bienes del deudor hasta que se firme la mencionada cláusula adicional con el nuevo Liquidador.

El Liquidador saliente, bajo responsabilidad, deberá presentar la información a la que se refiere el literal d) del presente artículo; en este caso, lo dispuesto en el artículo 16.3 no es aplicable a los honorarios, remuneraciones y gastos no pagados al liquidador saliente; c) Por inhabilitación conforme a las disposiciones contenidas en la Ley. En este caso, la Comisión pondrá el hecho en conocimiento del Presidente de la Junta para que, bajo responsabilidad, en un plazo no mayor de diez (10) días convoque a los acreedores a fin de designar un nuevo Liquidador. El Liquidador deberá presentar a la Junta un balance cerrado hasta el fin de sus funciones, bajo apercibimiento de ser sancionado, conjuntamente con su representante, de conformidad con las disposiciones contenidas en el literal a) del artículo 125.2. d) Por renuncia, que deberá efectuarse ante la Junta para que ésta proceda inmediatamente a la designación de un nuevo Liquidador o ante el Presidente de la Junta por carta notarial. El liquidador podrá apartarse de su cargo si transcurre el plazo de treinta días sin haber sido reemplazado. Sin perjuicio de lo anterior, el Liquidador que renuncia no podrá apartarse del cargo en tanto no haya presentado ante la Junta o, en su defecto, ante el Presidente de ésta, un balance cerrado hasta el final de su gestión, así como un informe que contenga la relación de acciones ejecutadas, el inventario de los bienes que entrega y las acciones pendientes por ejecutar. La renuncia formulada sin haber cumplido con la obligación antes mencionada no surtirá efectos. El Presidente se encuentra obligado, bajo responsabilidad, a convocar a la Junta dentro de los diez (10) días siguientes a la renuncia del Liquidador, para que ésta decida su reemplazo.

Al igual que la anterior legislación concursal, la presente Ley prevé diversas formas en las que el liquidador concluiría sus funciones. Entre ellas, se precisan los presupuestos tales como que se haya concluido con la liquidación mediante la extinción de los créditos materia de concurso, con la consecuente inscripción de la extinción del deudor, de ser el caso; que la Junta acuerde la revocación de sus poderes; que haya sido inhabilitado conforme a las disposiciones aplicables; o que renuncie ante la Junta.

Sobre el particular, a fin de evitar vacíos en el trámite del proceso de liquidación, la Ley prevé que en caso se produzca un cambio de liquidador, sea por revocación de poderes, inhabilitación o renuncia de éste, la Junta deberá tomar las medidas necesarias –para lo cual cuenta con plazos perentorios- para la designación de un nuevo liquidador que se encargue de llevar adelante el proceso hasta su culminación. Tal previsión tiene por finalidad evitar que se produzca un perjuicio para los acreedores partícipes del proceso, no sólo por la eventual paralización de las gestiones destinadas a realizar el patrimonio del deudor, sino también para que en todo momento exista un responsable de la conservación y custodia del mismo.

En tal sentido, la formalización de la designación de un nuevo liquidador se hará mediante cláusula adicional en virtud de la cual asumirá los derechos y obligaciones establecidas en el Convenio. Finalmente, la Ley precisa que ante la inacción de la Junta para la designación de un nuevo liquidador, será la Comisión la que asumirá la conducción de dicho proceso procediendo a formalizar la mencionada designación, de conformidad a lo que establece el tópic en mención.

El art. 93 prevé que una vez designado el reemplazo del Liquidador renunciante, se deberá incluir en el Convenio una cláusula adicional en virtud de la cual el Liquidador nombrado asumirá todos los derechos y obligaciones establecidos en el Convenio y en la que, asimismo, se establecerán los honorarios que le corresponderán de acuerdo al trabajo de liquidación que quedare pendiente. Si transcurridos treinta (30) días posteriores a la fecha en que se hizo efectiva la renuncia del Liquidador o la comunicación al Presidente de la Junta de la inhabilitación del mismo, no se designara un reemplazo que suscriba el Convenio, se aplicarán las disposiciones contenidas en el Capítulo VII del Título II.

#### **4 RESPONSABILIDADES DE LOS LIQUIDADORES**

La Ley 26.116 o Ley de Reestructuración Empresarial, sancionada el año 1992, es el primer antecedente concursal en el Perú, en sede administrativa, posterior a la Ley Procesal de Quiebras que data del año 1932, cuyo proceso se llevaba a cabo en sede judicial ya derogado. Posteriormente, el Decreto Legislativo No. 845 o Ley de Reestructuración Patrimonial (1996) no recoge al igual que la anterior norma, un concepto claro de responsabilidad societaria, asunto que si vemos reflejado en la Ley 26.887 (1997) o Ley General de Sociedades vigente de aplicación supletoria al presente asunto.

La vigente legislación concursal recogida en la

Ley 27.809 (2002) recoge en parte los presupuestos de la citada norma mercantil, al señalar en sus arts. 123 y 124<sup>1</sup> las funciones y responsabilidades de las entidades administradoras y liquidadoras al interior del concurso. De igual forma, en su Título VII (Régimen de Infracciones y Sanciones) prescribe en sus arts. 125 al 131, la imposición de un procedimiento sancionador en el entendido de la comisión de actos irregulares o que desnaturalicen el concurso.

El ordenamiento penal a través del Decreto Legislativo 635 (1991) o Código Penal reúne en su art. 198<sup>2</sup> que prevé el delito de fraude en la

administración de personas jurídicas y en los arts. 209<sup>3</sup>, 210, 211, 212 y 213 que regula los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios.

<sup>1</sup> Art. 123 ley 27.809: Incumplimiento de las funciones de las entidades administradoras y liquidadoras. “123.1.- En caso de que las personas jurídicas públicas o privadas o personas naturales registradas para desempeñarse como administradores o liquidadores, en el ejercicio de sus funciones incumpliera alguna de las obligaciones que les impone la Ley o la Junta, la Comisión, atendiendo a la gravedad del incumplimiento, podrá imponer las sanciones siguientes: a) Multas no menores de una (1) ni mayores de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias; b) Suspensión del registro y c) Inhabilitación permanente”. De igual forma, el Artículo 123.2 dice textualmente: “La resolución de sanción podrá ser publicada, a criterio de la Comisión”. Finalmente, el Artículo 123.3 señala lo siguiente: “Las sanciones podrán ser aplicadas tanto a la entidad como a sus representantes legales, apoderados, directores, accionistas, gerentes y a todo aquel que hubiera participado directamente en la infracción, sin perjuicio de la responsabilidad penal que les pudiera corresponder, de ser el caso. El procedimiento de sanción se sujetará a lo establecido en el Título VII”.

<sup>2</sup> Art. 198 del Código Penal peruano prescribe lo siguiente: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: 1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio

que se suponga aumento o disminución de las partidas contables. 2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica. 3. Promover por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones. 4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. 5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes. 6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con la persona jurídica. 7. Asumir préstamos para la persona jurídica. 8. Usar en provecho propio o de otro, el patrimonio de la persona”.

<sup>3</sup> Asimismo, los arts. 209, 210, 211, 212 y 213 del Código Penal peruano señalan textualmente lo siguiente: “Art. 209.- Quiebra fraudulenta. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36 incisos 2 y 4, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, incurre en alguno de los hechos siguientes: 1. Simula o supone deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas. 2. Sustrae u oculta bienes que correspondan a la masa o no justifica su salida o existencia. 3. Concede ventajas indebidas a cualquier acreedor”. El Art. 210 prescribe lo siguiente: “Quiebra culposa. El comerciante que causa su propia quiebra perjudicando a sus acreedores por sus gastos excesivos en relación al capital o por cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36 incisos 2 y 4”. El Art. 211 del mismo cuerpo de leyes señala: “Responsabilidad de mandatarios legales. El director, administrador, fiscalizador, gerente o liquidador de persona jurídica declarada en quiebra o en estado de liquidación, según la ley que rige su funcionamiento que comete alguno de los hechos previstos en los artículos 209 y 210, será reprimido con la pena indicada, según el delito de que se trate”. El Art. 212 prescribe lo siguiente: “Deudor fraudulento. El deudor no comerciante declarado en quiebra que, para defraudar a su acreedor cometa alguno de los hechos mencionados en el artículo 209, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”. Finalmente, el Art. 213 señala textualmente: “Connivencia maliciosa. El acreedor que, en connivencia con el deudor o un tercero, celebra convenio o transacción por el cual se estipulan ventajas en perjuicio de otro acreedor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. El representante de una persona jurídica que, en estado de quiebra consiente un convenio o transacción de este género, será reprimido con la misma pena”.

El procedimiento sancionador al interior de las Comisiones de Procedimientos Concursales del INDECOPI<sup>4</sup> a nivel nacional, en la mayoría de casos investigados no utiliza la facultad contenida en el art. 131<sup>5</sup> de la Ley 27.809, que haría más expeditivo a nuestro criterio, el concurso respecto de maximizar costos de transacción.

Al interior de este tópico corresponden integrar a los representantes, administradores, mandatarios y gestores de negocios. Es imprescindible señalar que comprende a los órganos de la administración y a los representantes. La doctrina incluye como supuestos a los llamados de manera explícita, es decir a los que la norma señala de manera expresa. Los sujetos que carecen de facultades de administración de bienes ajenos no están comprendidos en la acción de responsabilidad.

En tal sentido, consideramos que la finalidad de la responsabilidad concursal debe ser sancionadora más que resarcitoria.

A nuestro modo de ver, las sanciones de carácter general deben ser:

<sup>4</sup> El Instituto Nacional de Derecho de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI es el organismo del Estado que regula, controla y fiscaliza los temas relacionados con el libre mercado en el Perú y entre ellos, los concursos mercantiles. Véase su portal en: [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)

<sup>5</sup> El Art. 131 de la Ley 27.809 prescribe lo siguiente: “De la concurrencia de infracciones con delitos. En los casos en que con motivo de haberse incurrido en cualquiera de las infracciones previstas en la presente Ley, se hubiere impuesto sanción administrativa al infractor, no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos. Sin embargo, cuando a criterio de la Comisión la infracción observada revista especial gravedad, ésta deberá inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes”.

- a) Inhabilitación de duración limitada, pero de efectos permanentes, especificando lo siguiente:
  - (i) Período: años
  - (ii) Ambito: Afecta a la representación legal de menores e incapacitados, impide todos los actos de gestión directa e indirecta del mandato, no poder realizar la administración de bienes gananciales, no podrán ser albaceas, ni contadores partidores, no podrá ejercer el comercio en los ámbitos prohibidos por la sentencia de calificación, no podrán ser administradores de sociedades mercantiles ni cooperativas, no gozarán del requisito de honorabilidad que exige la ley de entidades de capital riesgo o de entidades de crédito.
- b) Pérdida de derechos como acreedor concursal o acreedor contra la masa
- c) Régimen específico para la responsabilidad concursal de los administradores y liquidadores
- d) Extensión de la responsabilidad a los administradores y liquidadores de hecho
- e) Presupuestos para la aplicación del régimen de responsabilidad de administradores (declaración de concurso, calificación por sentencia del concurso como culpable, que la calificación haya sido iniciada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación)
- f) Supuestos de no aplicación del régimen específico de responsabilidad concursal de los administradores (calificados como fortuitos, los calificados como culpables cuando los convenios fuesen cumplidos, o cuando estuviesen caducadas las acciones de incumplimiento)

- g) Sanción adicional para los administradores y liquidadores de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable (en el supuesto de administradores o liquidadores de persona jurídica, esta sanción se adiciona a las otras dos del régimen general (inhabilitación limitada y pérdida de derechos)
- h) Cubrir con el patrimonio personal de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho, el déficit patrimonial que pueda existir entre la masa activa y la masa pasiva del concurso
- i) No se establece regla alguna de solidaridad, se introduce el elemento de imputabilidad y la exoneración de responsabilidad sólo va a operar en ausencia de dolo o culpa grave
- j) En caso de varios administradores calificados como responsables, el déficit será cubierto a prorrata.
- k) Se trata de una responsabilidad subsidiaria, ya que la norma la limita al importe que de sus créditos no perciban los acreedores concursales en la liquidación de la masa activa. Ahora bien, siendo subsidiaria es, al mismo tiempo, una responsabilidad directa, ya que los administradores o liquidadores quedan obligados a pagar directamente a los acreedores concursales sin necesidad de que tales sumas se integren previamente en la masa activa.
- l) La efectividad de la condena a pagar a los acreedores concursales obligará a esperar el final de la liquidación para poder determinar el alcance objetivo y subjetivo de la misma.

### III. MÉXICO

La ley mejicana, muy conservadora por cierto, prevé un concurso mercantil que consta de dos etapas sucesivas, denominadas conciliación y quiebra. La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del comerciante mediante el convenio que suscriba con sus acreedores reconocidos. La finalidad de la quiebra es la venta de la empresa del comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los acreedores reconocidos. El sistema busca lograr la preservación de la empresa haciéndola transitar un instituto preventivo de la insolvencia no liquidativo en forma obligatoria, siendo su desencadenante la quiebra en caso de fracaso del anterior.

El juez es el director del proceso y actúa también el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles como superintendencia de los sujetos que actúan obligatoriamente en el concurso (visitador, conciliador y síndico). El juez es el rector del procedimiento de concurso mercantil y tendrá las facultades necesarias para dar cumplimiento a lo que esta Ley establece. Será causa de responsabilidad imputable al juez o al Instituto, en su caso, la falta de cumplimiento de sus respectivas obligaciones en los plazos previstos, salvo por causas de fuerza mayor o caso fortuito. Si bien el sistema sancionatorio es muy simple pareciera efectivo por su amplitud.

#### 1. ÓRGANOS DEL CONCURSO MERCANTIL

La ley mejicana determina como órganos del concurso, al visitador, al conciliador y al síndico.

Los visitadores, conciliadores y síndicos podrán contratar, con autorización del juez, a los auxiliares

que consideren necesarios para el ejercicio de sus funciones lo que no implicará, en ningún caso, la delegación de sus respectivas responsabilidades. Los auxiliares del concurso actuarán como empleador bajo la órbita directiva y responsable del órgano concursal. Es decir que responden al visitador, conciliador o síndico y estos responden por aquellos.

El visitador, el conciliador y el síndico serán responsables ante el comerciante y ante los acreedores, por los actos propios y de sus auxiliares, respecto de los daños y perjuicios que causen en el desempeño de sus funciones, por incumplimiento de sus obligaciones y por la revelación de los datos confidenciales que conozcan en virtud del desempeño de su cargo. Una norma sencilla que determina el sistema de responsabilidad civil de los órganos del concurso frente al sujeto concursado y sus acreedores.

Además están los interventores que representan los intereses de los acreedores y tendrán a su cargo la vigilancia de la actuación del conciliador y del síndico así como de los actos realizados por el comerciante en la administración de su empresa. Los interventores actúan como controladores del proceso, la administración y el concurso en general, no responden a ninguno de los sujetos involucrados sino que únicamente son auxiliares del juez controlando tanto al concursado como a los funcionarios que desarrollan funciones en el concurso.

El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, con autonomía técnica y operativa. Tiene a su cargo autorizar la inscripción en el registro correspondiente a las personas que acrediten cubrir los requisitos necesarios para la realización de las funciones de visitador, conciliador

y síndico en los procedimientos de concurso mercantil; constituir y mantener los registros de visitadores, conciliadores y síndicos; designar a las personas que desempeñarán las funciones de visitador, conciliador y síndico en cada concurso mercantil, de entre las inscritas en los registros correspondientes; establecer mediante disposiciones de aplicación general, los procedimientos aleatorios para la designación de los visitadores, conciliadores o síndicos; elaborar y aplicar los procedimientos públicos de selección y actualización para la autorización de visitador, conciliador o síndico; establecer el régimen aplicable a la remuneración de los visitadores, conciliadores y síndicos, por los servicios que presten en los procedimientos de concurso mercantil; supervisar la prestación de los servicios que realicen los visitadores, conciliadores y síndicos, en los procedimientos de concurso mercantil; promover la capacitación y actualización de los visitadores, conciliadores y síndicos, inscritos en los registros correspondientes; realizar y apoyar análisis, estudios e investigaciones relacionados con sus funciones; difundir sus funciones, objetivos y procedimientos; elaborar y dar a conocer estadísticas relativas a los concursos mercantiles e informar semestralmente al Congreso de la Unión sobre el desempeño de sus funciones. Se ve plausible concentrar en un único ente la administración de las listas y todas sus consecuencias. Así se evita las diferencias de criterio entre las diversas jurisdicciones.

Las personas interesadas en desempeñar las funciones de visitador, conciliador o síndico en los procedimientos de concurso mercantil, deberán solicitar al Instituto su inscripción en el registro respectivo. Para ser registrado como visitador,

conciliador o síndico, las personas interesadas deberán presentar por escrito su solicitud al Instituto, con los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en las fracciones siguientes: tener experiencia relevante de cuando menos cinco años, en materia de administración de empresas, de asesoría financiera, jurídica o contable; no desempeñar empleo, cargo o comisión en la Administración Pública, ni ser parte de los Poderes Legislativo o Judicial, en cualquiera de los tres ámbitos de gobierno; ser de reconocida probidad; cumplir con los procedimientos de selección que le aplique el Instituto, así como los procedimientos de actualización que determine el mismo, y no haber sido condenado mediante sentencia ejecutoriada, por delito intencional que merezca pena corporal, ni inhabilitado para empleo, cargo o comisión en el servicio público, el sistema financiero, o para ejercer el comercio.

Las personas que cumplan con los requisitos señalados, serán inscritas por el Instituto en los registros de visitadores, conciliadores o síndicos, previo pago de los derechos correspondientes.

Los visitadores, conciliadores o síndicos deberán caucionar su correcto desempeño en cada concurso mercantil para el que sean designados, mediante la garantía que determine el Instituto, a través de disposiciones de carácter general.

No podrán actuar como visitadores, conciliadores o síndicos en el procedimiento de concurso mercantil de que se trate, las personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: ser cónyuge, concubina o concubinario o pariente dentro del cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad, del Comerciante sujeto a concurso mercantil, de alguno

de sus acreedores o del juez ante el cual se desarrolle el procedimiento; estar en la misma situación a que se refiere la fracción anterior respecto de los miembros de los órganos de administración, cuando el comerciante sea una persona moral y, en su caso, de los socios ilimitadamente responsables; ser abogado, apoderado o persona autorizada, del comerciante o de cualquiera de sus acreedores, en algún juicio pendiente; mantener o haber mantenido durante los seis meses inmediatos anteriores a su designación, relación laboral con el comerciante o alguno de los acreedores, o prestarle o haberle prestado durante el mismo periodo, servicios profesionales independientes siempre que éstos impliquen subordinación; ser socio, arrendador o inquilino del comerciante o alguno de sus acreedores, en el proceso al cual se le designe, o tener interés directo o indirecto en el concurso mercantil o ser amigo cercano o enemigo manifiesto del Comerciante o de alguno de sus acreedores.

Son obligaciones del visitador, conciliador y síndico, las siguientes: ejercer con probidad y diligencia las funciones encomendadas, en los plazos establecidos; supervisar y vigilar el correcto desempeño de las personas que los auxilien en la realización de sus funciones; efectuar las actuaciones procesales que les impone la ley, en forma clara y ordenada, poniendo a disposición de cualquier acreedor interesado y del comerciante la información relevante para su formulación, a costa del acreedor que haya efectuado la solicitud por escrito que corresponda; rendir ante el juez cuentas de su gestión con la periodicidad establecida por ley; guardar la debida confidencialidad respecto de secretos industriales, procedimientos, patentes y marcas, que por su desempeño lleguen a conocer, en términos de

lo previsto en la legislación aplicable a propiedad industrial e intelectual, así como el sentido de las actuaciones procesales que se encuentre obligado a efectuar; abstenerse de divulgar o utilizar en beneficio propio o de terceros, la información que obtenga en el ejercicio de sus funciones; brindar al Instituto toda clase de facilidades para la inspección y supervisión del ejercicio de sus funciones; cumplir con las disposiciones de carácter general que emita el Instituto, y cumplir con las demás que por ley se establezcan.

El visitador, conciliador y el síndico, así como sus auxiliares, tendrán derecho al cobro de honorarios por la realización de las funciones que esta Ley les encomienda. El régimen aplicable a los honorarios será determinado por el Instituto mediante reglas de carácter general, de conformidad con lo siguiente: serán contra la masa y se considerarán créditos en contra de la misma; se pagarán en los términos que determine el Instituto, y serán acordes con las condiciones del mercado laboral y tendientes a lograr la inscripción de personas idóneas y debidamente calificadas para el desempeño de sus funciones en el registro correspondiente. En todo caso, la remuneración del conciliador y del síndico estará vinculada a su desempeño.

## **2. EL VISITADOR**

El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, es quien administra el listado de los funcionarios que ejercerán funciones administrativas y liquidativas en el proceso concursal.

El principal actor de estos procesos concursales desde el ámbito oficial es el visitador.

Al día siguiente de que el juez admita la demanda de concurso, deberá remitir copia de la misma al Instituto, ordenándole que designe un visitador. A más tardar al día siguiente de la designación del visitador, el Instituto lo deberá informar al juez y al visitador designado. El visitador, dentro de los cinco días que sigan al de su designación, comunicará al juez el nombre de las personas de las que se auxiliará para el desempeño de sus funciones sin que persona alguna no designada pueda actuar en la visita. Al día siguiente de que conozca de dichas designaciones, el juez dictará acuerdo dándolas a conocer a los interesados.

Luego de la designación el visitador deberá practicar una “visita” al comerciante, que tendrá por objeto: dictaminar si el comerciante incurrió en los supuestos previstos para la existencia del presupuesto concursal objetivo, así como la fecha de vencimiento de los créditos relacionados con esos hechos, y sugerir al juez las providencias precautorias que estime necesarias para la protección de la masa.

Concretamente el visitador deberá presentarse en el domicilio del comerciante dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se dicte la orden de visita. Si transcurrido este plazo, el visitador no se hubiere presentado a realizarla por cualquier causa, el juez de oficio o los acreedores que hayan demandado al comerciante, por conducto del juez, podrán solicitar al Instituto la designación de un visitador sustituto. Una vez nombrado el visitador sustituto el Instituto lo hará saber al juez para que modifique la orden de visita.

El visitador y sus auxiliares tendrán acceso a los libros de contabilidad, registros y estados financieros del comerciante, así como a cualquier otro documento o medio electrónico de almacenamiento de datos en

los que conste la situación financiera y contable de la empresa del comerciante y que estén relacionados con el objeto de la visita. Asimismo, podrán llevar a cabo verificaciones directas de bienes y mercancías, de las operaciones, así como entrevistas con el personal directivo, gerencial y administrativo del comerciante, incluyendo a sus asesores externos financieros, contables o legales.

Al término de la visita el visitador levantará acta en la que se harán constar en forma circunstanciada los hechos u omisiones que se hubieren conocido por el visitador y sus auxiliares relativos al objeto de la visita. El visitador y sus auxiliares podrán reproducir por cualquier medio documentación para que, previo cotejo, sea anexada al acta de visita. El visitador podrá acreditar los hechos conocidos relativos a la visita por medio de fedatario público, sin que se requiera la expedición de exhortos ni la habilitación de días y horas para los efectos de la visita.

El visitador podrá solicitar al juez en el transcurso de la visita la adopción, modificación o levantamiento de las providencias precautorias a las que se refiere este artículo, con el objeto de proteger la masa y los derechos de los acreedores, debiendo fundamentar en todos los casos las razones de su solicitud.

El visitador, con base en la información que conste en el acta de visita, deberá rendir al juez, un dictamen razonado y circunstanciado tomando en consideración los hechos planteados en la demanda y en la contestación, anexando al mismo, el acta de visita.

Luego el juez dictará sentencia admitiendo o rechazando el concurso.

### 3. EL CONCILIADOR

Dentro de los cinco días siguientes a que reciba la notificación de la sentencia de concurso mercantil, el Instituto deberá designar, conforme un procedimiento aleatorio, un conciliador para el desempeño de las funciones previstas. Sin embargo, el comerciante que enfrente problemas económicos o financieros, podrá acudir ante el Instituto a efecto de elegir a un conciliador, de entre aquellos que estén inscritos en el registro del Instituto, para que funja como amigable componedor entre él y sus acreedores. Todo acreedor que tenga a su favor un crédito vencido y no pagado también podrá acudir ante el Instituto para hacer de su conocimiento tal situación y solicitarle la lista de conciliadores.

Durante la etapa de conciliación, la administración de la empresa corresponde al comerciante. Cuando el Comerciante continúe con la administración de su empresa, el conciliador vigila la contabilidad y todas las operaciones que realice el comerciante.

El conciliador decide sobre la resolución de contratos pendientes y aprueba, previa opinión de los interventores, en caso de que existan, la contratación de nuevos créditos, la constitución o sustitución de garantías y la enajenación de activos cuando no estén vinculadas con la operación ordinaria de la empresa del Comerciante. El conciliador debe dar cuenta de ello al juez.

Cuando el conciliador tenga la administración de la empresa del comerciante debe realizar las gestiones necesarias para identificar los bienes propiedad del Comerciante declarado en concurso mercantil que se encuentren en posesión de terceros. Cuando el comerciante está a cargo de la administración de su

empresa, el conciliador está facultado para convocar a los órganos de gobierno cuando lo considere necesario, para someter a su consideración y, en su caso, aprobación de los asuntos que estime convenientes.

En caso de que el conciliador estime que así conviene para la protección de la masa, puede solicitar al juez la remoción del Comerciante de la administración de su empresa. Si se decreta la remoción del comerciante de la administración de su empresa, el conciliador asumirá, además de las propias, las facultades y obligaciones de administración que la ley atribuye al síndico para la administración.

Luego, el conciliador es el participante activo de la etapa de reconocimiento de créditos presentando al juez una lista provisional de créditos a cargo del comerciante, incluyéndose luego en dicha lista los acreedores omitidos que haya solicitado su reconocimiento. Finalmente será el juez, quien por intermedio de una sentencia tendrá por reconocidos o no los créditos incluidos en la referida lista.

Finalmente se llega a la etapa de conciliación propiamente dicha, donde el conciliador ejercer su principal papel funcional. El conciliador procurará que el comerciante y sus acreedores reconocidos lleguen a un convenio. El conciliador, una vez que considere que cuenta con la opinión favorable del comerciante y de la mayoría de acreedores reconocidos necesaria para la aprobación de la propuesta de convenio, la pondrá a la vista de los acreedores reconocidos por un plazo de diez días para que opinen sobre ésta y, en su caso, suscriban el convenio. El conciliador deberá adjuntar a la propuesta de convenio, un resumen del mismo, que

contenga sus características principales expresadas de manera clara y ordenada. Tanto la propuesta de convenio, como su resumen, deberán exhibirse en los formatos que dé a conocer el Instituto. Transcurrido un plazo de siete días contados a partir de que venza el plazo previsto en el primer párrafo de este artículo, el conciliador presentará al juez el convenio debidamente suscrito por el comerciante y al menos la mayoría requerida de acreedores reconocidos. La presentación se hará en los términos establecidos en el párrafo anterior.

Con la sentencia de aprobación del convenio, se dará por terminado el concurso mercantil y cesarán en sus funciones los órganos del mismo.

#### **4. EL SÍNDICO**

En caso de que no se llegue a conformar el convenio o el mismo no sea judicialmente aprobado se declarará la quiebra ratificándose al conciliador como síndico por intermedio del Instituto. En su caso deberá directamente el Instituto designar al síndico y el conciliador prestará al mismo todo el apoyo necesario para que tome posesión de su encargo, y le entregará toda la información sobre el comerciante que haya obtenido en el ejercicio de sus funciones y, en su caso los bienes del comerciante que haya administrado.

Es obligación del síndico inscribir la sentencia de quiebra y publicar un extracto de la misma.

Inmediatamente después de dictada la sentencia de quiebra El síndico deberá iniciar las diligencias de ocupación a partir de su designación, debiendo tomar posesión de los bienes y locales que se encuentren en posesión del comerciante e iniciar su administración.

Para ello el juez deberá tomar las medidas pertinentes al caso y dictar cuantas resoluciones sean necesarias para la inmediata ocupación de los libros, papeles, documentos, medios electrónicos de almacenamiento y proceso de información y todos los bienes que se encuentren en posesión del comerciante. El secretario de acuerdos del juzgado, hará constar los actos relativos a la toma de posesión del síndico. Para la práctica de las diligencias de ocupación se tendrán siempre por formalmente habilitados los días y horas inhábiles. El síndico, al entrar en posesión de los bienes que integran la empresa del comerciante, tomará inmediatamente las medidas necesarias para su seguridad y conservación. El síndico en el desempeño de la administración de la empresa del comerciante deberá obrar siempre como un administrador diligente en negocio propio, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que la empresa sufra por su culpa o negligencia.

El síndico entrará en posesión de los bienes y derechos que integran la masa conforme se vaya practicando o verificando el inventario de los mismos. A estos efectos, su situación será la de un depositario judicial.

El síndico, en la etapa falencial, tendrá también a su cargo la confección de la lista de los acreedores del comerciante a los fines de procederse al reconocimiento judicial de los créditos.

Aun cuando no se hubiere concluido el reconocimiento de créditos, el síndico procederá a la enajenación de los bienes y derechos que integran la masa, procurando obtener el mayor producto posible por su enajenación.

#### **IV. BRASIL**

La ley brasileña como es común en casi todas las legislaciones concursales latinoamericana se refieren exclusivamente a los sistemas de recuperación de la insolvencia para comerciantes individuales y sociedades comerciales, excluyéndose los sujetos civiles. Los institutos concursales son la recuperación judicial, la recuperación extrajudicial como preventivos y la quiebra como proceso liquidativo.

##### **1. ADMINISTRADOR JUDICIAL**

En la ley brasileña la etapa de verificación de créditos se encuentra a cargo del administrador judicial. Dicho funcionario deberá ser preferentemente abogado, economista, administrador de empresa o contador o persona jurídica especializada. En caso de tratarse de persona jurídica deberá determinarse el nombre del profesional responsable por la conducción del proceso concursal, quien únicamente podrá ser sustituido por autorización judicial.

Queda a cargo del administrador judicial bajo la fiscalización del juez y del comité de acreedores: enviar correspondencia a los acreedores haciéndoles saber la apertura del proceso e informándoles sobre la calificación que se le ha dado a su crédito; dar certera información a los acreedores interesados, pudiendo dar extractos de los libros del deudor dando fe de su autenticidad para acreditar las verificaciones de los créditos y sus impugnaciones, y de la misma manera tiene la facultad de solicitar la información que crea necesaria al deudor y a los acreedores o a sus administradores en su caso. Está facultado para contratar, mediante autorización judicial, profesionales de empresas especializadas para que

actúen como sus auxiliares cuando el conocimiento exceda sus funciones. La remuneración de dichos auxiliares

Especialmente en la etapa de recuperación judicial compete al administrador judicial fiscalizar las actividades del deudor el cumplimiento efectivo del plan de recuperación debiendo informar mensualmente al juez. En caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas en el plan de recuperación tiene competencia para solicitar la quiebra del deudor. El administrador judicial es el controlador del cumplimiento del plan y de informar sobre su efectiva ejecución. En la quiebra el administrador judicial asume la representación judicial de la “masa fallida” pudiendo contratar abogado. Tiene asimismo a su cargo la recepción de la correspondencia del deudor devolviéndosele aquella que no sea de interés para la quiebra.

Debe hacer un acabado informe al juez sobre la situación patrimonial del deudor, sobre las causas del desequilibrio que provocó la insolvencia, a los fines de aportar elementos concretos para atribuir responsabilidad no solo civil sino también penal.

En la quiebra se ocupará de la incautación de los bienes, inventariándolos e informando al juez, para luego llevar a cabo las diligencias necesarias para lograr la liquidación de aquellos. Como tiene la administración de los bienes, ínterin deberá efectuar todos los actos conservatorios necesarios.

El administrador judicial, tiene virtual importancia en la etapa de incorporación de créditos debiendo elaborar la relación de los acreedores y la nómina de los mismos, conformando el cuadro general de créditos. Para ello debe avisar, por el órgano oficial, el lugar y hora en que, diariamente, los

acreedores tendrán a su disposición los libros y documentos del deudor.

El administrador judicial tendrá la obligación de recolectar toda la información referida a los créditos a los fines de informa al juez, quien será, previa etapa de impugnación, quien resolverá sobre la admisión o no de los créditos.

Los créditos no impugnados quedarán incorporados al cuadro general de acreedores conforme lo ha informado el administrador judicial. Es decir que los acreedores concursales serán determinados por este funcionario y únicamente el juez resolverá en los casos en que exista impugnación.

La presentación de la documentación referida a los créditos se hace en sede privada en una oficina que deberá tener abierta el administrador judicial, cuyos horarios serán publicados por edictos. También en dicho lugar deberá permitir que los demás interesados compulsen la documentación adjuntada.

También el administrador judicial deberá presentar un informe en las verificaciones tardías (*habilitações de crédito retardatárias*), teniendo en cuenta lo insinuado y las impugnaciones recibidas. El administrador judicial será responsable por la consolidación del cuadro general de acreedores y de las informaciones referidas a las impugnaciones recibidas. El administrador judicial antes de la culminación del proceso podrá pedir la exclusión o la rectificación de la clasificación de cualquier crédito en los casos en que sea descubierta falsedad, dolo, simulación, fraude, error esencial por documentos ignorados en la época donde se ha juzgado sobre la verificación del crédito o inclusión en el cuadro general de acreedores.

## **CONCLUSIÓN**

El derecho concursal constituye una de las áreas de mayor interés, teniendo en cuenta la fase de desarrollo de nuestros países.

Cada uno de los países latinoamericanos en que fue analizado los avances en materia de derecho concursal, coinciden en el hecho de que la norma en comento se ha ajustado a los avances del aparato productivo, en particular; así como en el proceso de globalización de la economía, en general.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Constitución Política de Colombia, Perú México y Brasil.

Ley 222 de 1995