



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política  
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 76, n.º 76, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2021.v76n76.03

## REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES CONCURSADAS EN LA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL

Reorganisation of insolvent companies in the General  
Law on the Insolvency System

CÉSAR EUSEBIO RAMOS PADILLA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [cramosp@unmsm.edu.pe](mailto:cramosp@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0002-7436-9981>

### RESUMEN

Los procedimientos concursales son medios para que las empresas puedan superar sus crisis, producto de la mala gestión o las vicisitudes del mercado. Las soluciones concursales más usadas son los convenios de liquidación, que les permiten una salida ordenada del mercado porque los acreedores, organizados en la Junta de Acreedores, consideran que es la forma más eficiente de recuperar su crédito, mediante una comunidad de pérdidas. Otro de los caminos, cuando el empresario colectivo tiene viabilidad (puede recuperarse de la crisis), es la reestructuración patrimonial, desde el uso de instrumentos financieros como las condonaciones a cambio de un pronto pago

(convenios de quita) o refinanciación de sus pasivos (convenios de espera). En la doctrina ha sido poco estudiados los mecanismos societarios, entre ellos, la capitalización de sus créditos y la reorganización de las sociedades concursadas, como la transformación, la fusión o la escisión de dichas sociedades. El presente trabajo expone un análisis respecto a las consecuencias de la reorganización de las sociedades concursadas sobre el procedimiento concursal cuyo objetivo es la recuperación del crédito del modo más eficiente posible.

**Palabras claves:** acreedor; concursado; fusión; escisión; procedimiento concursal.

## ABSTRACT

Insolvency proceedings are a means for companies to overcome their crises, which are the result of bad management or the vicissitudes of the market. The most commonly used insolvency solutions are liquidation agreements, which allow an orderly exit from the market because the creditors, organised in the Creditors' Meeting, consider this to be the most efficient way of recovering their credit, through a community of losses. Another way, when the collective entrepreneur is viable (can recover from the crisis), is the restructuring of assets, using financial instruments such as write-offs in exchange for prompt payment (debt relief agreements) or refinancing of liabilities (standstill agreements). Corporate mechanisms have been little studied in the doctrine, including the capitalisation of their claims and the reorganisation of insolvent companies, such as the transformation, merger or spin-off of these companies. This paper analyses the consequences of the reorganisation of insolvent companies on the insolvency proceedings, the aim of which is to recover the claim in the most efficient way possible.

**Keywords:** creditor; insolvent; merger; demerger; insolvency proceedings.

Recibido: 15/09/2021    Aceptado: 10/11/2021    Publicado: 10/12/2021

## 1. CRISIS, VIABILIDAD Y CONSERVACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA MEDIANTE SU REORGANIZACIÓN

En principio, es necesario explicar que la crisis de la actividad empresarial se manifiesta como presupuesto objetivo del concurso cuando asoma la insolvencia, es decir, la imposibilidad de cumplir sus obligaciones de modo habitual con sus acreedores.

Frente a la insolvencia, el ordenamiento jurídico no puede brindar la ejecución colectiva del patrimonio del deudor como única alternativa de solución concursal, pues existen empresas que merecen continuar en el mercado; a ellas se les debe otorgar la posibilidad de aplicar cualquier mecanismo de reestructuración patrimonial, por ejemplo, la reorganización de las sociedades concursadas.

La insolvencia es el estado en el que se encuentra un patrimonio por la imposibilidad de afrontar, a medida que vayan venciendo, las obligaciones contraídas con cargo a él (Rojo, 2006c, p. 169). El estado de insolvencia supone la existencia de un patrimonio que podría resultar insuficiente para cumplir las obligaciones pendientes de pago; por ello, a las empresas en estado de insolvencia la legislación concursal les provee un marco de protección legal que resguarda dicho patrimonio de las acciones que individualmente pudiesen ejercer cada uno de sus acreedores<sup>1</sup>, con la finalidad de que estos emitan su decisión colectiva respecto al destino del deudor concursado.

Por un lado, la insolvencia supone la lesión del derecho de crédito, es decir, la pérdida de su efectividad o valor de realización, representado en la frustración del interés patrimonial del acreedor inherente al crédito; de otro lado, evidencia la incapacidad objetiva de un patrimonio para cubrir el importe de sus deudas, esto es, la situación objetiva de insuficiencia patrimonial del deudor. Mientras que el incumplimiento se define, desde su realidad jurídica, como un hecho jurídico propio de la persona (acto jurídico), la insolvencia

---

1 Véanse las Resoluciones n.ºs 87, 107 y 235-97-TDC de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

se define, desde el plano estrictamente económico, como un estado propio del patrimonio (Orduña, 1994, pp. 111, 140-141).

El procedimiento concursal o de quiebra suele satisfacer los legítimos derechos de los acreedores a la percepción de sus créditos, incluso a costa del desmembramiento y la liquidación patrimonial de la empresa deudora, sin considerar los intereses de la propia persona o la entidad insolvente, ni los de los trabajadores y el Estado (Polo, 1975, p. 635).

Por regla general, la quiebra, como procedimiento liquidatorio, implicaba la destrucción de la empresa como organización creada por el empresario, al tender la ejecución universal de su patrimonio. Por ello, a pesar de que se acudió a la quiebra para obtener un justo trato de igualdad por parte de los acreedores y se dijo que esta institución cumple la función político-jurídica de eliminar las empresas ineficaces (debido a su deficiente organización y sus defectos imputables al empresario), este procedimiento produjo consecuencias dañosas por la alteración que introdujo en la vida económica y el grave perjuicio que causó a los trabajadores insertos en la empresa (Sánchez, 2000, p. 435).

Frente a esta concepción tradicional, hace algunas décadas, se pretendió concebir al derecho concursal ya no de un ordenamiento jurídico liquidador de empresas, sino de un derecho de crisis empresarial, cuyo objetivo básico consistiría en prevenir y asistir a la empresa en aprietos (Beaumont, 1994, p. 303).

La aplicación legislativa del principio de conservación de la empresa se hace ineludible cuando esta es viable, por lo que se debe conservar y aprovechar su organización, lo que no sería posible si se procediera a su disgregación o despedazamiento por ventas parciales de sus elementos para pagar a los acreedores (Polo, 1975, p. 635).

Dentro de los deudores en estado de insolvencia, es posible distinguir dos tipos de crisis: i) la de la empresa inviable, cuando los ingresos resultan insuficientes para siquiera cubrir costos de producción o no financieros, en cuyo caso el valor del negocio en liquidación es mayor que el valor del negocio en marcha; y (ii) la de la empresa

viable, que solo enfrenta una crisis financiera, genera ingresos suficientes para cubrir sus costos de producción, pero insuficientes para cubrir la carga financiera. En este último caso convendría mantener el negocio en funcionamiento, pero bajo una estructura de capital fortalecida y con un menor nivel de endeudamiento, pues el valor del negocio en marcha es mayor que el valor del negocio en liquidación ( $VNM > VNL$ ), según el Indecopi (2000).

El empresario organizado como sociedad debe reorganizarse si su valor económico como entidad en operación es mayor que su valor de liquidación; en esta situación, la reorganización se presenta como un esfuerzo por mantener en operación una sociedad mediante cambios en su estructura de capital (Najarro, 2007, p. 95).

El objetivo del procedimiento concursal es satisfacer a los acreedores y procurar la continuidad empresarial en cuanto sea posible, debiéndose tener en cuenta que el objeto del concurso no es el saneamiento de empresas (Hernández, 2007).

El procedimiento concursal tiene dos propósitos: a) eliminar las empresas condenadas económicamente y b) asegurar la supervivencia de las empresas que, no obstante su situación, pueden ser salvadas financieramente separando a los dirigentes cuyas gestiones hayan sido censurables y mediante la aplicación de mecanismos que busquen la reestructuración patrimonial que puede consistir en la transformación, la fusión y/o la escisión de la sociedad concursada (Polo, 1975, p. 637).

Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, el acuerdo de continuación y la aprobación del plan de reestructuración pueden ser instrumentos para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no solo de los acreedores (Núñez-Lagos, 2003, p. 35).

El propósito de la reorganización es lograr que los acreedores perciban lo más posible por sus créditos, los resultados sean mejores que en el caso de la liquidación de la empresa deudora y las empresas sigan siendo viables, para así preservar los puestos de trabajo de los empleados y las posibilidades comerciales para los proveedores (CNUDMI, 2006, p. 247).

Según Efraín Richard (2006), en los Planes de Reestructuración

deberá tomarse conciencia [de] que esas quitas [condonaciones] y esperas [prórrogas de vencimiento] predatorias implican un despojo inconstitucional del derecho de propiedad de los acreedores que no voten favorablemente [en la Junta de Acreedores que aprueba dicho Plan], y que generan un enriquecimiento directo de los socios (p. 1).

Por este motivo, Najarro (2007, p. 95) plantea que lo más pertinente, para todos los acreedores, es la reorganización de la sociedad concursada, en lugar una mera reestructuración o liquidación.

De otro lado, Hernández (2007) sostiene que una de las funciones de la fusión y la escisión es ser instrumentos para sanear una empresa; ante las dificultades económicas se puede adoptar una de estas operaciones o ambas para salir de esa situación y ello es predicable incluso en situación de insolvencia legalmente declarada o en situación concursal.

## 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS SOBRE LA REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

En el derecho romano, la ejecución concebida en la Ley de las XII Tablas tenía un contenido eminentemente personal e individual. La persecución, como derecho, se generaba por el incumplimiento del deudor, permitiendo al acreedor disponer de la persona del deudor incumplido, en su libertad individual y sobre su misma vida (*manus iniectio*). Con la Lex Poetelia Papiria, hacia el año 428 de Roma, se sustituye al sujeto de la persecución: ya no sería la persona del deudor, sino su patrimonio; ello se refleja en la *bonorum venditio*, la venta en bloque de todos los bienes del deudor insolvente (Sanguino, 2003, p. 707).

De acuerdo con Añoberos (2005, p. 57), la regla general de las leyes concursales era contener un procedimiento liquidatorio del patrimonio del deudor insolvente, pero en las Ordenanzas de Bilbao (1737) estaba ya contemplado el principio de conservación, pues

se estableció la expresa autorización del pacto de continuación entre los socios supervivientes para mantener la sociedad.

Después de la Primera Guerra Mundial, el ordenamiento jurídico facilitó los acuerdos ente el deudor y los acreedores, eludiendo el procedimiento de quiebra. Luego de la Segunda Guerra Mundial se investigaron otras soluciones para conservar la empresa y evitar los procedimientos tradicionales (liquidatorios), buscando un cambio de su administración o determinadas medidas que puedan alcanzar su saneamiento (Sánchez, 2000, pp. 435-436).

En el Perú, el artículo 88 de la Ley Procesal de Quiebras (1932) autorizaba al Síndico para continuar efectivamente el giro del fallido, requiriendo la unanimidad de los acreedores, la cual también se podría obtener si se excluyen a los disidentes pagándoles su cuota o asegurándoles su pago.

En la década del setenta se dieron una serie de leyes que incidían sobre la situación patrimonial de las empresas declaradas en quiebra. El Decreto Ley n.º 19525 estableció que, a través de la Resolución Suprema se podía disponer la continuación forzosa de la actividad industrial o comercial de una sociedad mercantil declarada en quiebra; los Decretos Leyes n.ºs 20023, 20158 y 22972 permitieron que los trabajadores de empresas en quiebra pudieran solicitar la administración de las empresas, en algunos casos mediante acuerdos entre acreedores y la comunidad industrial (Montoya Manfredi, 1998, p. 757).

El Decreto Ley n.º 26116 (Ley de Reestructuración Empresarial), promulgado el 28 de diciembre de 1992, establece que, cuando la Junta de Acreedores decida la continuación de las actividades de la empresa por ser viable, entrará en un proceso de reestructuración bajo el mismo régimen de administración o la administración por un Banco (artículo 8); en este proceso de reestructuración se debe contar con el cronograma de pagos y el financiamiento de la inversión (artículo 9).

El artículo 46 del Decreto Legislativo n.º 845 (Ley de Reestructuración Patrimonial), promulgado el 20 de septiembre de 1996, dispone

que la Junta de Acreedores quedaba facultada para adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y el funcionamiento de la empresa durante el proceso de reestructuración, inclusive aquellos referidos a la aprobación de balances, la transformación, la fusión, la escisión, el cambio de razón social o cualquier otro acuerdo que importe la modificación de estatutos o escritura social, distintos a aumentos de capital o capitalización de créditos (Palma, 1998, p. 353).

Finalmente, la norma vigente en el Perú, la Ley n.º 27809 (Ley General del Sistema Concursal, en adelante LGSC), promulgada el 5 de agosto de 2002, en el numeral 63.2 del artículo 63 establece que

la Junta, por sí sola, podrá adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante el procedimiento, inclusive la aprobación de balances, transformación, fusión o escisión de la sociedad, cambio de razón, objeto o domicilio social, así como los que importen modificaciones estatutarias incluyendo aumentos de capital por capitalización de créditos.

### **3. PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO, PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN Y PLAN DE REESTRUCTURACIÓN**

El deudor se acoge o es sometido a un procedimiento concursal ordinario cuando su situación de crisis económica ya está presente, por lo que se busca reparar dicha situación (Calle & Alva, 2003, p. 93). La insolvencia es un estado patrimonial, el presupuesto objetivo requerido para el inicio de un procedimiento concursal ordinario. El pronunciamiento de la autoridad concursal es declarativo respecto de la existencia de un estado de insolvencia patrimonial (Echeandía, 1998, p. 40).

La declaración de insolvencia o sometimiento al procedimiento concursal tiene como finalidad convocar a todos los acreedores, mediante su difusión, para que soliciten el reconocimiento de sus

créditos. Con la etapa de reconocimiento de créditos se logra determinar la masa de acreedores e instalar la Junta de Acreedores, para que estos decidan el destino del deudor concursado. En el caso de que la empresa del deudor concursado no tenga viabilidad, es probable que la Junta de Acreedores opte por su liquidación; por el contrario, si la empresa es viable, optarían por la continuación del negocio bajo un régimen de reestructuración patrimonial.

Por reestructuración patrimonial se entiende el procedimiento destinado a revertir una crisis económica manifiesta del deudor, a través de la implementación de diversos mecanismos orientados a maximizar el valor del negocio en crisis, por ejemplo, la reestructuración operativa o financiera de la empresa, su reorganización corporativa (fusión, escisión y segregación patrimonial), la refinanciación de sus obligaciones, aportes de capital de trabajo, capitalización o condonación de deudas, etc. (Calle & Alva, 2003, p. 187).

La reestructuración patrimonial es una modalidad de procedimiento administrativo en el que se adopta, en vía concursal, una alternativa de solución a la crisis patrimonial del deudor que implica necesariamente la conservación del deudor concursado como agente económico (Beaumont & Palma, 2002, p. 234). En este contexto, el plan de reestructuración constituye el marco dentro del cual el administrador y los acreedores del deudor concursado establecen las fórmulas y las acciones necesarias para la continuación de las actividades de la empresa, así como las condiciones en que cada acreedor podía hacer efectivo el recupero de sus créditos (Calle & Alva, 2003, p. 198).

El artículo 60 de la LGSC establece que el proceso de reestructuración se inicia con la decisión de la Junta y esta surte efectos a partir del momento en que se logra el acuerdo corporativo. El proceso iniciado se prolonga por el tiempo que dure la reprogramación de pagos (Rojas, 2002, p. 201). Sin perjuicio de la permanencia de los mecanismos que se hayan aplicado para el recupero del crédito, dentro de los que se encuentra la reorganización de la sociedad concursada.

El plazo del proceso de reestructuración patrimonial es el mismo que se establece en el cronograma de pagos contenido en el plan de

reestructuración, es decir, que el procedimiento de reestructuración durará el tiempo que lleve a pagar las obligaciones del deudor conforme al cronograma de pagos (Beaumont & Palma, 2002, p. 235). En este escenario, la ley ha preferido vincular directamente la duración del proceso al pago de los créditos, evitando las situaciones en las cuales concluiría el proceso, pero se prolongaba en el tiempo el plan de reestructuración, creando una dicotomía innecesaria y poco efectiva (Rojas, 2002, p. 201).

## **4. LA JUNTA DE ACREEDORES Y EL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA**

### **4.1. LA JUNTA DE ACREEDORES Y LA DECISIÓN SOBRE EL DESTINO DEL DEUDOR CONCURSADO**

La masa de acreedores está constituida por el pasivo del deudor. A partir del inicio del concurso y por el solo mérito de las obligaciones, sus titulares pasan a formar parte de la masa de acreedores. En esta línea de análisis, se puede afirmar que quienes integran la masa de acreedores son los acreedores del concurso, pero quienes hubieran obtenido el oportuno reconocimiento de sus créditos pueden ser denominados acreedores concursales.

Vale señalar que la Junta de Acreedores se diferencia de la masa concursal en el hecho de que está conformada solamente por los acreedores concursales que hubieran obtenido el reconocimiento oportuno de sus créditos.

La Junta de Acreedores es el máximo órgano del deudor concursado, de carácter deliberante y decisorio, y constituye el mecanismo por el cual los acreedores intervienen en el concurso manifestando su voluntad mediante la adopción de acuerdos y supervisando la marcha de los procedimientos concursales que establece la ley (Calle & Alva, 2003, pp. 157-158).

El artículo III del Título Preliminar de la LGSC establece que la viabilidad del deudor en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales.

El numeral 51.1 del artículo 51 de la LGSC indica que la Junta de Acreedores tiene como atribución general decidir el destino del deudor, pudiendo optar por el inicio de la reestructuración patrimonial o la liquidación.

En realidad, los acreedores deben tener libertad para decidir la fórmula que mejor convenga a sus intereses, y para ello los propios acreedores son los que están en una mejor posición para saber escoger el óptimo método para el recupero de sus créditos (Núñez-Lagos, 2003, p. 38).

#### 4.2. FACULTAD DE LA JUNTA DE ACREEDORES DE ACORDAR LA REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN

Durante el procedimiento de reestructuración patrimonial, en la Junta de Acreedores recaerán las consecuencias de las nuevas relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el administrador designado por la propia junta. En este procedimiento de reestructuración, la Junta de Acreedores sustituye en sus funciones y facultades a la Junta General de Accionistas. Los verdaderos «propietarios» del negocio en crisis son los acreedores, debido a que la Junta de Accionistas o el titular son desapoderados de las funciones de administración y gestión del negocio durante el tiempo que dure la reestructuración (Calle & Alva, 2003, p. 94).

En la reestructuración, las facultades que la ley otorga a la Junta de Acreedores incluyen las referidas a la aprobación de balances, transformación, fusión, o escisión, cambio de razón social, objeto social o domicilio social, así como las que importen modificación del estatuto. El maestro Hernando Montoya Alberti (1998) explica que «la Ley interfiere en el derecho de propiedad del accionista al arrebatarle derechos inherentes a su condición de accionista, como son la decisión sobre la fusión o escisión de sociedades, o cualquier otra modificación del estatuto» (p. 22).

La Junta de Acreedores en el plan de reestructuración también puede establecer estipulaciones remisorias o de quita, que consisten

en la reducción o la condonación del importe de cada uno de los créditos concursales; de igual modo, el Plan puede contener estipulaciones dilatorias o de espera, que consisten en la dilación o el aplazamiento del plazo de pago de los créditos concursales (Rojo, 2006a, pp. 1870, 1872). Richard (2005) considera injustas las estipulaciones «de quita y espera, donde los socios de la sociedad en crisis no hacen ningún esfuerzo, no proponen alguna reorganización ni tratamiento igualitario con ellos a los acreedores, sino que les exigen a estos la pérdida de su crédito en inmediato beneficio de esos socios» (p. 3).

Se debe tener en cuenta que la «reestructuración de las deudas» no constituye por sí un «saneamiento» de la situación financiera de la empresa; esto último puede conseguirse recurriendo a otros instrumentos diferentes, que no sean los tendentes a modificar, en la cantidad y/o el vencimiento, las posiciones deudoras de la empresa frente a los acreedores; por ejemplo, el instrumento de la incorporación de la empresa en crisis a otra sociedad con mayor patrimonio y mayor liquidez, que sea capaz de afrontar el pasivo frente a terceros (Silva, 2007, p. 5), como es la fusión de sociedades.

Según Broseta (2002, pp. 545-546), la fusión es un procedimiento por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa extinción de todas las sociedades que se fusionan (creando una sociedad nueva que abarca a todas las preexistentes) o previa extinción de todas menos una (que absorbe a las restantes). La incorporación tiene lugar de manera que una sociedad nueva o existente incorpora o absorbe enteramente a la(s) otra(s) que se extingue(n), asumiendo todas sus obligaciones (el débito) y adquiriendo todos sus derechos (el patrimonio), de acuerdo con Messineo (1955, p. 561).

La escisión de sociedades constituye uno de los procedimientos utilizados por las sociedades para adecuar las dimensiones y la estructura de sus empresas originarias a las circunstancias fácticas que se suceden durante la vida de la sociedad (Rodríguez, 1992, p. 19), inclusive los acreedores, mediante el traspaso en bloque del patrimonio segregado con este propósito, constituido por la cuenta «créditos por cobrar a la sociedad concursada», al patrimonio de la mencionada

concurzada, podría reducir su pasivo, puesto que esta sociedad concursada habría adquirido los créditos en los cuales ella tiene la calidad de deudora, produciéndose la extinción de las obligaciones por consolidación o confusión (la empresa concursada reúne la calidad de acreedor y deudor) y, a cambio, incorpora a los socios o los accionistas de los acreedores como socios o accionistas de la sociedad concursada.

Es notoria la existencia de la múltiple funcionalidad y la estructura de los acuerdos reorganizativos, por ejemplo: la readaptación de la empresa a la nueva situación del mercado, la posible conversión de créditos en acciones, la extinción de contratos con proveedores y directivos, y la venta de elementos patrimoniales no rentables (Flores, 2004, p. 12) presentan ventajas frente a las alternativas basadas únicamente en condonaciones (quita) y prorrogas de vencimiento (espera) de los créditos.

### 4.3. FACULTADES Y LIMITACIONES DE LA JUNTA DE ACREEDORES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN

Como se ha señalado, la Junta de Acreedores es el mecanismo por el cual los acreedores intervienen en el concurso manifestando su voluntad mediante la adopción de acuerdos (voluntad unilateral de cuerpo colegiado). La LGSC, en el Procedimiento de Liquidación, mantiene algunas facultades mínimas en la Junta de Accionistas, por considerar que es la Junta de Acreedores la que tiene los mejores incentivos para un manejo eficiente del negocio (Indecopi, 2000). Lo que se debe precisar es que, en el capítulo de la LGSC referido a disolución y liquidación, no existe norma que señale explícitamente que la Junta de Acreedores asuma el carácter de órgano supremo de la sociedad concursada, sustituyendo a la Junta de Accionistas.

Dentro de este contexto, es necesario examinar si el convenio de liquidación puede contener, como mecanismos de realizar sus actividades, la utilización de procedimientos de fusión o escisión. La utilización de la reorganización de sociedades como mecanismo liquidatorio significaría que el patrimonio o los bloques patrimoniales

de la sociedad concursada sean transferidas, extinguiéndose sin que la nueva sociedad o la absorbente hayan desembolsado precio alguno por la transmisión patrimonial que se ha realizado como efecto de la operación societaria (Hernández, 2007). Situación distinta se presenta si el convenio contiene medidas como la cesión global del patrimonio, pues esta tiene como beneficiarios a los acreedores en pago o para el pago de sus créditos, considerando a los acreedores en su conjunto y no solo a algún(os) acreedor(es). Lógicamente, esta es una cesión global con efectos liquidativos (Núñez-Lagos, 2003, p. 44).

De acuerdo con el numeral 91.1 del artículo 91 de la LGSC,

[c]uando 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 [e]ste, si lo considera necesario, la convoque a efectos de que la Junta adopte la decisión que considere conveniente [es decir, la aprobación o no de variar la decisión de liquidación a Reestructuración].

De aprobarse la variación de la decisión, la Junta de Acreedores, en la que participarían solo los acreedores cuyos créditos vencieron hasta la fecha de publicación de la declaración de sometimiento al procedimiento concursal que solicitaron oportunamente y obtuvieron el reconocimiento de sus créditos, aprobaría el plan de reestructuración que puede contener como mecanismo la reorganización de la sociedad concursada. Debemos tener en cuenta que en ningún caso procederá variar la decisión de liquidación si el deudor tuviere pérdidas acumuladas superiores al total de su capital social (numeral 91.2 del artículo 91 de la LGSC).

#### 4.4. FUNCIÓN DE LA JUNTA DE ACREEDORES EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL PREVENTIVO

El procedimiento concursal preventivo tiene por única finalidad conceder un espacio para que los acreedores convocados manifiesten su

aprobación o desaprobación al Acuerdo Global de Refinanciación (AGR) propuesta por el deudor, de forma que el procedimiento concluye con la celebración de la única Junta de Acreedores llevada a cabo con tal objeto (Calle & Alva, 2003, pp. 275-276).

Se supera la discusión clásica en la doctrina concursal en torno a la naturaleza del acuerdo global de refinanciación, sobre si se trata de un contrato entre los acreedores y el deudor, o un acto procesal, por haber sido homologado por la autoridad concursal, que en la mayoría de los países es el juez. En Perú, el AGR se presenta como un elemento negocial, es decir, un contrato entre el deudor y sus acreedores, y la participación de la autoridad concursal es simplemente subsidiaria<sup>2</sup>.

## 5. NATURALEZA JURÍDICA DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN

### 5.1. NATURALEZA CONTRACTUAL O CORPORATIVA DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN

El numeral 66.1 del artículo 66 de la LGSC expresa que el plan de reestructuración es «el negocio jurídico por el cual la Junta define los mecanismos para implementar la reestructuración económica y 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».

El plan de reestructuración tiene como fuente al Acuerdo de la Junta de Acreedores; este acuerdo corporativo, que conceptualmente lo clasificamos como una categoría del negocio jurídico, se aparta de su concepción lingüística de coincidencia en la declaración de voluntades, diferenciándose de los contratos.

El contrato siempre es plurilateral; no obstante, no todo negocio plurilateral es contrato, por ejemplo, el acuerdo corporativo es un

---

2 «Artículo X. Rol promotor del Estado

El Estado, a través del INDECOPI, facilita y promueve la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales con las formalidades de ley».

negocio colectivo en el que las declaraciones de voluntad de dos o más sujetos del mismo contenido se encuentran dispuestas paralelamente y se unen porque tienden a un fin similar y un común efecto jurídico, pero tales declaraciones de voluntad permanecen disímiles (v. g. posiciones de la mayoría y la minoría). El contrato se encuentra constituido por declaraciones de voluntad coincidentes en todos sus extremos.

Por otro lado, el acuerdo corporativo es creador de normas jurídicas generales que obligan a todos los que en el futuro estén encuadrados en sus previsiones, y se distingue del contrato en el hecho de que este crea una norma jurídica individual (v. g. derechos del comprador y derechos del vendedor).

Doctrinariamente, el acuerdo corporativo se aparta del contrato al legitimar las decisiones logradas por mayoría, siendo susceptible de formación sucesiva y progresiva, expresándose siempre como el acto unilateral de un cuerpo colegiado (corporativo). En realidad, se trata de un órgano de decisión y el acto colegial es el procedimiento interno para tomar esa decisión.

En la disciplina contractual, hay una exigencia de libertad e igualdad, de unanimidad. En los acuerdos corporativos existe la adopción de un sistema de mayorías para la toma de decisiones, importa el sometimiento de la minoría disidente o ausente, inclusive de otros acreedores aún no verificados o declarados admisibles, a la voluntad de otros sujetos. La legitimidad de un sistema de mayorías para la toma de decisiones está condicionada a que garantice en alguna medida el ejercicio de los derechos de las minorías y la homogeneidad o la comunidad de intereses de los votantes.

La Junta General de Accionistas «es un típico acto unilateral colectivo colegial, donde las decisiones se adoptan por mayoría en un acuerdo colegial dentro de la funcionalidad del órgano de gobierno de la sociedad, y [estas] son imputables a la sociedad misma» (Richard, 2005, p. 9).

Esta similitud de naturaleza entre la Junta de Acreedores y la Junta de Accionistas ha servido de fundamento para que la ley peruana,

dentro del procedimiento de reestructuración, haya dispuesto la sustitución de la Junta de Accionistas por la Junta de Acreedores, dejando a la primera en suspenso del ejercicio de sus atribuciones.

Por ello, se entiende que el plan de reestructuración constituye la declaración unilateral corporativa de la sociedad concursada que emite su voluntad por medio del máximo órgano de la misma, es decir, la Junta de Acreedores que sustituye a la Junta General de Accionistas, estableciendo mecanismos orientados a maximizar el negocio en crisis (la transformación, la fusión y la escisión) para superarla, porque tiene posibilidades de recuperación.

## 5.2. DIFERENCIAS CON EL ACUERDO GLOBAL DE REFINANCIACIÓN

El acuerdo global de refinanciación es una oferta contractual, un compromiso de pago formulado por el deudor con el objeto de reprogramar sus pasivos (Calle & Alva, 2003, p. 269), conocidos como convenio de espera o dilación para su pago (concordato dilatorio), según Chávez (2006, p. 216). Dicho acuerdo es presentado a los acreedores para que emitan su declaración de voluntad, aprobando o desaprobandando dicha oferta contractual.

En el caso de que la Junta de Acreedores, en calidad de representante de los acreedores, apruebe la oferta contractual (acuerdo global de refinanciación), estaremos frente a un contrato, el cual contendrá dos declaraciones de voluntad: la del deudor (con crisis patrimonial potencial) y la de los acreedores, representados por la Junta de Acreedores. En otras palabras, nos encontraremos frente a un contrato entre el deudor y los acreedores (sometidos a una disciplina especial), que tiende a evitar la crisis manifiesta que llevaría a liquidación de los bienes del deudor (Sánchez, 2000, p. 463), mientras que el plan de reestructuración constituye la declaración unilateral de la sociedad concursada que la emite por medio de su máximo órgano (la Junta de Acreedores), estableciendo mecanismos orientados a maximizar el negocio en crisis para superarla, porque tiene posibilidades de recuperación.

Es preciso mencionar que el procedimiento concursal preventivo, y sobre todo el acuerdo global de refinanciación, es un mecanismo dirigido a lograr el saneamiento de una organización económica amenazada frente a una eminente crisis de indudable dificultad, pero susceptible de evitarla, mientras que el plan de reestructuración es la respuesta del órgano supremo de la sociedad concursada con la finalidad de superar la crisis para que los acreedores recuperen su crédito.

### 5.3. DIFERENCIAS CON EL CONVENIO DE LIQUIDACIÓN

El convenio de liquidación es aquel contrato en mérito del cual la Junta de Acreedores, en su calidad de representante de los acreedores, emplea los servicios profesionales de un especialista en la materia: el liquidador, quien por tal desempeño recibe un honorario —porcentual a la venta de activos o de éxito, según disponga la Junta— a cambio de liquidar la sociedad con la diligencia y la pericia debida (Del Águila, 2005, p. 225).

Con acierto, en la Resolución n.º 125-2003/SCO-INDECOPI, la autoridad concursal señala que

el Convenio de Liquidación es el instrumento concursal que contiene las condiciones y términos que regirán el proceso de liquidación del patrimonio de la empresa deudora, en el cual confluyen dos voluntades: la de la Junta de Acreedores que contrata un servicio y la del liquidador que asume el encargo a fin de prestar el servicio requerido por la Junta.

Este convenio se diferencia del plan de reestructuración no solo porque este último es emitido por la voluntad unilateral de un órgano corporativo, sino por las finalidades del plan de reestructuración: continuar la actividad empresarial del concursado y superar su crisis. La similitud entre el convenio y el plan es que ambas tienen por objeto que los acreedores recuperen su crédito en las mejores condiciones posibles.

## 6. ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA COMO CONTENIDO DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN

### 6.1. ACUERDO DE REORGANIZACIÓN COMO ATRIBUCIÓN ORDINARIA DE LA JUNTA DE ACREEDORES DENTRO DEL RÉGIMEN DE REESTRUCTURACIÓN

De acuerdo con el numeral 63.2 del artículo 63 de la LGSC, es una atribución de la Junta de Acreedores, durante la reestructuración y sustituyendo a la Junta General de Accionistas, «adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante el procedimiento, inclusive la transformación, fusión o escisión de la sociedad», sin acarrear por ello la conclusión del procedimiento concursal ordinario, salvo que, con la reorganización societaria, se haya producido la extinción del deudor concursado.

Según la CNUDMI (2006, p. 247), el plan de reestructuración puede contener simples condiciones en el cumplimiento de las obligaciones, como pagar a los acreedores un porcentaje de sus créditos (quita), así como por cláusulas de reprogramación de plazos de vencimiento (espera), los cuales son cuestionados por algunos juristas como una expropiación inconstitucional del patrimonio del acreedor.

En el plan de reestructuración se pueden presentar alternativas distintas a la quita y la espera, por ejemplo, la conversión del crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales y créditos participativos (Núñez-Lagos, 2003, p. 40), inclusive la reorganización de las sociedades concursadas, sin desestimar la conveniencia de ampliar el vencimiento de la deuda para reducir el importe de la obligación anual del fondo de amortización, si se cree que la sociedad reorganizada necesitará nuevo financiamiento en el futuro (Najarro, 2007, p. 97).

La transmisión de una parte o la totalidad de los bienes de la masa a una o más empresas ya existentes o de futura creación mediante operaciones de escisión, fusión o consolidación de la empresa del deudor con una o más entidades comerciales conlleva posibles cambios en el instrumento fundacional o el documento constitutivo de la empresa del deudor (por ejemplo, modificación de los estatutos

o documento constitutivo). Estos cambios serían las bases sobre las cuales la empresa podrá proseguir sus negocios y el modo en que podrá reorganizarse con éxito (CNUDMI, 2006, pp. 248, 254).

La transformación de sociedades supone el abandono por una sociedad de su vestidura jurídica originaria para someterse a un tipo legal diferente que, a partir de entonces, será el que determinará su estructura y funcionamiento.

En la transformación, los aparentes problemas respecto a la protección de los acreedores se presentan en los casos de cambio de responsabilidad de los socios: en una primera situación, si la sociedad de capitales se transforma en una sociedad colectiva, los socios responderán por las obligaciones anteriores a la transformación en forma solidaria, personal e ilimitada, quedando fortalecida la garantía de los acreedores; en un segundo escenario, si una sociedad colectiva se transforma en sociedad de capitales o de responsabilidad limitada, los socios responderán en forma personal e ilimitada por las deudas sociales anteriores a la transformación, dejando incólume la garantía de los acreedores, impidiendo que nuevos acreedores tengan derecho sobre el patrimonio de los socios (Uría, Menéndez & García, 2006).

La fusión es un procedimiento por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa extinción de todas las sociedades que se fusionaron, creando una sociedad nueva que asume a todas las preexistentes, o previa extinción de todas menos una, que absorbe a las restantes, de acuerdo con Broseta (2002, pp. 545-546).

La incorporación tiene lugar de manera que una sociedad (incorporante), nueva o existente absorbe enteramente a la(s) otra(s), denominada(s) incorporada(s), asumiendo todas sus obligaciones comprendidas en el débito (constituido, además, por el capital) y adquiriendo todos sus derechos, es decir, el patrimonio. La fusión puede servir para que los créditos concursales tengan como garantía un mayor patrimonio que se le agrega al patrimonio de la sociedad concursada.

La escisión es una institución jurídica mediante la cual una sociedad fracciona su patrimonio en bloques; luego, transfiere todos o algunos de dichos bloques, y las acciones resultadas de dicha transferencia son recibidas no por la sociedad escindida, sino por los socios de esta. Es posible que tal bloque esté constituido por un activo o conjunto de activos al que debe integrar la cuenta del pasivo llamado «capital social», pues necesariamente las nuevas acciones o participaciones pertenecerán a los accionistas o socios de la sociedad escindida (Ramos Padilla, 1999, pp. 132-134).

Salvaguardando los riesgos que conllevan estas operaciones, ya que el ordenamiento jurídico establece medios de mitigarlos, a modo de simple ilustración, se puede proyectar que los acreedores segreguen sus patrimonios con las cuentas por cobrar del deudor (de la sociedad concursada) y le transmitan dicho bloque patrimonial a la propia sociedad concursada, recibiendo los accionistas de la sociedad acreedora acciones de la concursada y en el patrimonio de la sociedad concursada se consolidarían las deudas con los créditos transferidos, pues la sociedad concursada reuniría las cualidades de acreedor y deudor. Esta operación es conocida como fusión escisión, y podría servir como mecanismo de saneamiento patrimonial de la sociedad concursada.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe impedimento para que las sociedades concursadas se sometan a la reorganización de su estructura social, ya sea mediante la transformación, el procedimiento de fusión o escisión, e inclusive la LGSC (artículos 342, 364 y 388) contempla que las sociedades en liquidación puedan transformarse, fusionarse o escindirse revocando el acuerdo que originó su disolución y liquidación siempre que no se haya iniciado el reparto del haber social entre sus socios. El numeral 63.2 del artículo 63 de la LGSC permite que las sociedades concursadas sometidas al régimen de reestructuración, como parte de su plan de reestructuración, puedan acordar la fusión de esta con otros patrimonios, su escisión y transformación.

## 6.2. APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONCURSALES Y SOCIETARIAS RESPECTO AL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

La aplicación normativa de las medidas que se establecen en el plan de reestructuración correspondiente a las modificaciones estructurales societarias ha de buscarse en las respectivas leyes especiales de sociedades, coordinándolas con las previsiones concursales relacionadas con la persona jurídica y la sustanciación procesal (Flores, 2004, p. 14).

En la posibilidad de acogerse a alguno de los procesos de transformación, fusión o escisión, se presentan problemas donde convergen dos ordenamientos: el societario y el concursal; por ello, se exige coordinar para llevar a cabo las operaciones (el procedimiento societario de fusión o escisión y el procedimiento concursal, que no tiene una función principal coincidente). Estos ordenamientos coinciden en el momento en que el legislador apuesta decididamente por la continuidad empresarial en cuanto sea posible con la satisfacción de los acreedores (Hernández, 2007).

Cerdá Albero (1998) manifiesta que los contenidos normativos solo establecen los límites a la admisibilidad de las reestructuraciones traslativas en las que participan sociedades mercantiles en situación liquidatoria o concursal. La generalidad de los contenidos expresados en el reducido número de normas que se ocupan de esta cuestión y el silencio normativo ante las numerosas cuestiones suscitadas obligan a amalgamar estas previsiones con otras provenientes del derecho concursal o del propio derecho de sociedades. Esta interpretación sistemática no siempre es armónica, dado que se producen ciertas tensiones entre ambos tipos de normas; entonces la resolución provoca grandes dudas que fuerzan al intérprete a tomar partido incluso por posiciones conscientemente arriesgadas (p. 9332).

En el capítulo V del título II de la LGSC se establecen normas que debe observar la Junta de Acreedores que, luego de su instalación, decidió como destino del deudor la continuación de su actividad, ingresando al régimen de reestructuración. En esta modalidad de procedimiento, la Junta de Acreedores asume las funciones de la Junta

General de Accionistas (numeral 63.1 del artículo 63 de la LGSC), por lo que debe observar los estatutos de la concursada en lo que no se oponga a los acuerdos de la propia Junta de Acreedores (numeral de 63.3 del artículo 63 de la LGSC) y «[e]n 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», tal como lo señala la Primera Disposición Final de la LGSC.

Para la aprobación y la ejecución del plan de reestructuración patrimonial que contenga como mecanismo de modificación de la estructura empresarial de la concursada, la reorganización societaria debe someterse a las normas de la Ley General de Sociedades, pues estas instituciones, a pesar de ser nombradas por la Ley Concursal, son apenas mencionadas, salvo el ejercicio del derecho de separación, cuya publicidad, comunicación y oportunidad del reembolso son reguladas por el artículo 64 de la LGSC.

La Ley General de Sociedades regula tanto la fusión y la escisión como los sistemas informativos, y sus formas de operar son en beneficio no solo del deudor, sino de los acreedores, por lo que su tratamiento es básicamente imperativo (Ebid, 2001, p. 2302), incluso de mayor intensidad que en la constitución de la sociedad (Richard & Muiño, 1997, p. 836).

En la Ley General de Sociedades, la fusión y la escisión son consideradas como procesos que tienen varias fases: la preparatoria, la decisoria y la de ejecución. La fase preparatoria abarca desde la aprobación del proyecto de fusión (artículos 346 y 371) hasta la convocatoria a Junta (artículos 349 y 374); la fase decisoria comprende el acuerdo de fusión o escisión (artículos 351 y 376), y la fase de ejecución se desarrolla desde la fecha de entrada en vigor (artículo 353 y 378) hasta el otorgamiento de la escritura de fusión o escisión e inscripción (artículo 357 y 381).

Por ser concebidas la fusión y la escisión como procedimientos basados en la información no solo de los accionistas, sino de terceros interesados (como acreedores), no es posible aplicar las normas del

numeral 52.1 de la LGSC, respecto a la Junta Universal de Acreedores, ni obviar la obligación de proporcionar la información, dentro de los marcos referidos en el numeral 52.3 de la LGSC, puesto que no es obligación exclusiva del deudor, ya que los acreedores instituidos en la Junta General asumieron la función de órgano máximo de la sociedad concursada designando a los miembros de los órganos de administración, los cuales se encuentran en contacto con información privilegiada que deben proporcionar a todos los accionistas, los acreedores y los interesados. En la fusión y la escisión, la entrega de información anticipada y oportuna es un requisito esencial de estos procesos (artículos 350 y 375 de la LGS).

Montoya Manfredi (1998) expresa que la ley societaria establece la obligatoriedad de convocar a una junta o asamblea en la que se someta a consideración de los accionistas o los socios el proyecto de fusión o escisión (artículos 349 y 374 de la Ley General de Sociedades), afirma que se trata de una Junta General de fusión o escisión en la cual «la convocatoria por publicación es obligatoria, aun en el caso [de] que todos los socios se encuentren presentes» (Junta Universal), pues los artículos 350 y 375 de la Ley General de Sociedades obligan a que, desde la fecha de la publicación del aviso de convocatoria, cada sociedad participante ponga a disposición de sus socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en su domicilio social (en caso de la sociedad concursada en el local de la Comisión de Procedimientos Concursales), los documentos relacionados con la fusión o la escisión.

En ese sentido, la convocatoria es necesaria porque se trata de comunicar a los accionistas, los obligacionistas (si los hubiera) y los acreedores por cualquier título que la sociedad está por fusionarse o escindirse, y estos terceros pueden ejercer sus derechos de oposición hasta que se les pague o garantice el pago; mientras esto no suceda, la sociedad no podrá fusionarse o escindirse. A este derecho de información acceden no solo los socios desde la fecha de publicación, sino también los acreedores (Montoya Manfredi, 1998, pp. 678-679, 690-691).

Estudios efectuados por la autoridad administrativa concursal (Indecopi, 2000) han concluido que, cuando el deudor decide acogerse a algún mecanismo de reestructuración previsto en la Ley Concursal, la información sobre la gestión del negocio que se requiere debe ser aún mayor que la actualmente exigida en la Ley General de Sociedades, aunque consideramos que las normas de dicha ley son suficientes para proporcionar a los participantes de los procedimientos concursales la información para tomar las decisiones más eficientes en la Junta de Acreedores.

### 6.3. CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

En los países que tienen judicializado el procedimiento concursal, los controles tanto de la viabilidad de la empresa del deudor como la legitimidad del convenio entre acreedores y el deudor concursado (concordato) han de confiarse primeramente al juez, quien puede auxiliarse de expertos para la homologación del convenio, y, en segundo lugar, a los propios acreedores, a los que el deudor convencerá sobre la bondad de la reorganización de la sociedad concursada que se efectuará mediante convenio.

La concesión al juez de un cierto grado de discrecionalidad, a la hora de aprobar el convenio, parece enteramente justificada, dada la necesidad de defender los intereses de los acreedores que no prestaron su consentimiento a la decisión mayoritariamente adoptada por la Junta y que, sin embargo, precisamente con base en la aprobación judicial, van a quedar vinculados por sus resultados.

Cuando el juez decide sobre la aprobación del convenio, puede examinar si se han cumplido los requisitos formales que la ley prescribe y la esencia del convenio; así, puede denegar su aprobación si lo considera perjudicial para los acreedores disidentes o que han votado en contra (Pérez de la Cruz, 1975, pp. 532-533).

Para la ejecución del control de legalidad del convenio, el juez verifica la forma y el contenido del acuerdo de la Junta de Acreedores, el cual

no debe ser abusivo [y debe] respetar los límites del derecho de propiedad consagrado por [la norma constitucional,] no pudiendo configurar una expropiación de derechos de los acreedores que no votaron a favor [de las predatorias quitas (condonaciones) y esperas (aplazamiento de vencimiento),] no solo porque no existe contraprestación, sino porque implica una transferencia de bienes a favor de los socios de la sociedad concursada, o del concursado mismo (Richard, 2005, p. 14).

En los Estados Unidos, el juez deberá comprobar que el plan protege los derechos de los acreedores que en Junta o Comité de Acreedores no votaron a favor del plan de reestructuración y no discrimina injustamente a ninguno de los grupos que no apoyaron el plan, de forma tal que el grupo disidente reciba un trato igual o equivalente al dado a los aceptantes; finalmente, el plan deberá ser considerado por el juez como justo y equitativo. El juez analizará que los miembros del grupo reciban lo mismo que recibirían en el caso de que, en lugar de una reorganización, se hubiera procedido a una liquidación.

El órgano judicial deberá también comprobar su viabilidad y cuestiones relacionadas con su ejecución. La viabilidad es entendida en el sentido de que el juez determine que existe capacidad para llevar a cabo el plan y que las perspectivas de que la empresa recupere la solvencia luego del proceso reorganizativo son reales (Alvarado, 2003, secc. II, apdo. C2, párr. 11).

En nuestro país, donde tenemos un procedimiento concursal desjudicializado, solo se puede impugnar un acuerdo de la Junta de Acreedores si el acreedor o los acreedores son titulares de más del 10 % de los créditos reconocidos o, excepcionalmente, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi puede de oficio revisar el plan de reestructuración, ya que debe «respetar la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales» (artículo X del Título Preliminar de la LGSC).

Sin embargo, en la Resolución n.º 0052-2000/TDC-INDECOPI, del 4 de febrero de 2000, si bien se puede observar que, a pesar de que la impugnación del acuerdo de la Junta de Acreedores, a pedido de parte, resultó improcedente, la Sala consideró conveniente revisar de oficio el acuerdo adoptado (Escurra, 2005, p. 283).

## **7. EFECTOS DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA**

### **7.1. EFECTOS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL**

En los ordenamientos concursales judicializados y liquidatorios, la quiebra queda trunca durante su desenvolvimiento por perfección de acuerdos (concordato); si bien cesan las operaciones de la quiebra, no desaparece enteramente la fundamental condición de la quiebra: la cesación de pagos; por ello, en caso de incumplimiento del convenio, si la reapertura de la quiebra califica la actividad anterior del deudor como actividad de un quebrado, no crea un nuevo quebrado.

Existe diferencia entre clausura como acabamiento definitivo de la quiebra o terminación del procedimiento concursal, y la interrupción o el término temporal o provisional de las operaciones de liquidación o quiebra. El fin del proceso de quiebra es la satisfacción de todos los acreedores con la liquidación de los bienes del deudor; se comprende también que el proceso de quiebra debe extinguirse cuando se ha conseguido la satisfacción de los acreedores (en todo o en parte, según el caso) o cuando no pueda ya ser conseguido (Chávez, 2006, pp. 213-214).

En nuestro ordenamiento concursal, en el caso de proyectarse la fusión o la escisión de una sociedad sometida al procedimiento de liquidación dentro del procedimiento concursal ordinario, la Junta de Acreedores debe variar la decisión de liquidación al régimen de reestructuración patrimonial (artículo 91 de la LGSC), concluyendo el proceso liquidatorio y sometiéndose al régimen de reestructuración.

Según el numeral 63.2 del artículo 63 de la LGSC, es una atribución de la Junta de Acreedores, durante la reestructuración, en sustitución de la Junta General de Accionistas, «adoptar todos los acuerdos

necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante [dicho] procedimiento, inclusive la [...] transformación, fusión o escisión de la sociedad», sin acarrear por ello la conclusión del procedimiento concursal ordinario.

La transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades extinguidas o escindidas es un presupuesto componente de la fusión y la escisión porque el efecto querido por ambas es que todo el patrimonio o un bloque patrimonial (activo y pasivo) de cada sociedad extinguida o escindida se trasmita de modo universal a la sociedad de nueva creación o a la sociedad absorbente (Broseta, 2002, p. 547).

La propiedad y la posesión de los bienes que antes pertenecieron a la sociedad extinguida o escindida pasan a la otra; la transferencia del patrimonio o bloque patrimonial produce la transferencia de todos los créditos que lo componen y de sus garantías mobiliarias e inmobiliarias. Junto con el activo pasan a la sociedad supérstite o beneficiaria las deudas anteriores a la fusión o la escisión y las contraídas por ellas.

La sociedad supérstite o beneficiaria se hace deudora particularmente como continuadora de la sociedad extinta y, así, responde de las deudas con todo lo suyo, incluso por más del valor del bloque que se incorpora en su patrimonio. Según Vivante (1932, pp. 519-520), los litigios ya iniciados contra la sociedad extinta proseguirán contra la otra ante el mismo juez o autoridad administrativa; por lo tanto, los procedimientos judiciales y administrativos (entre ellos el procedimiento concursal ordinario) deben ser continuados por la sociedad de nueva creación o la absorbente.

## 7.2. EFECTOS EN LA FUNCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

Si se reorganiza la sociedad concursada, la transmisión patrimonial se produce a cambio de la asunción del pago de los créditos de los acreedores y del compromiso de continuidad en la actividad empresarial o de la unidad productiva concreta, con las ventajas laborales que se pueden estipular (Hernández, 2007).

Alvarado (2003) explica que en el derecho norteamericano,

el plan de reorganización preveía la constitución de una nueva sociedad a la que se transfería el activo de la sociedad deudora, suscribiendo las acciones de la nueva sociedad los anteriores acreedores, accionistas y demás terceros que gozaran de alguna obligación en contra del deudor (secc. I, apdo. A, párr. 11).

En nuestro ordenamiento concursal, aprobada la fusión o la escisión de la sociedad concursada por la Junta de Acreedores, la determinación de la nueva administración es facultad de la Junta de Acreedores con la propuesta de la Junta de Accionistas, que se mantiene vigente a pesar del inicio de un proceso de reestructuración. Sin embargo, en esta etapa, la función de la Junta de Acreedores debería circunscribirse a la verificación y la fiscalización del cumplimiento del plan de reestructuración, la viabilidad de la sociedad nueva o absorbente, producto de la reorganización, el estricto cumplimiento del cronograma de pagos y, si fuera inviable la continuidad de las operaciones de la empresa, acordar el cambio de la decisión del destino del deudor para el inicio del proceso de liquidación (artículo 70 de la LGSC), dejando que la nueva Junta de Accionistas asuma la determinación de la administración. Independientemente de ello, cualquier acreedor tiene el derecho de acudir a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi para solicitar la declaración de disolución y liquidación en el caso de incumplimiento de los términos y las condiciones establecidos en el plan de reestructuración y cronograma de pagos, salvo que la Junta de Acreedores modifique el plan de reestructuración en el plazo de 30 días; de lo contrario, será declarada la disolución y liquidación de la concursada (numeral 67.4 del artículo 67 de la LGSC, modificado por el artículo 21 del Decreto Legislativo n.º 1189).

Lo antes mencionado no procedería en caso de que, producto de la fusión o escisión, se haya extinguido la sociedad concursada, lo que procedería a dar por concluido el procedimiento concursal.

## 8. INCUMPLIMIENTO DEL CRONOGRAMA DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCURSADA

En España, la declaración de cumplimiento del concordato es presupuesto de la clausura del procedimiento, una vez firme el auto de declaración de cumplimiento y transcurrido el plazo de caducidad de las acciones para solicitar la declaración de incumplimiento. Por el contrario, la declaración de incumplimiento es presupuesto de la apertura de la liquidación de la masa activa. Si se incumple el convenio, el juez, en la misma resolución que así lo declare, debe proceder de oficio a la apertura de la fase de liquidación.

Según Ángel Rojo (2006b), cuando el deudor incumple el convenio, cualquier acreedor puede solicitar la declaración judicial de incumplimiento, siendo indiferente que, entre la fecha de aprobación judicial del convenio y la del incumplimiento, haya tenido lugar una transformación de la forma jurídica del deudor convenido (por ejemplo, la transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada). Cabe apuntar que la transformación no afecta a la continuidad de la persona jurídica deudora convenida. También es indiferente que, entre esas dos fechas, la sociedad concursada se haya extinguido como consecuencia de una fusión, sea por creación de una nueva sociedad o por absorción; la nueva sociedad o la absorbente continúa estando obligada al cumplimiento del convenio y, en caso de incumplimiento, el acreedor afectado puede solicitar del juez la declaración de incumplimiento, cualquiera que sea la situación patrimonial de esa nueva sociedad o de la absorbente (Rojo, 2006b, pp. 2277-2279).

En los Estados Unidos,

[e]l proceso de reorganización podrá llegar a término de dos formas: una de ellas es la ejecución exitosa del plan y la otra corresponde a la imposibilidad de su ejecución. En este último caso, se debe proceder a la conversión del proceso de reorganización en un proceso de liquidación (Alvarado, 2003, secc. II, apdo. C2, párr. 14).

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2006, p. 337) recomienda que, cuando el plan de reorganización no se haya ejecutado en su totalidad, el régimen de la insolvencia puede disponer que el tribunal dicte una orden por la que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación para evitar que el deudor quede en situación de insolvencia sin que se resuelva su situación financiera.

La Ley Concursal peruana establece soluciones similares a los ordenamientos jurídicos antes citados, el artículo 71 de la LGSC dispone que la reestructuración patrimonial concluye luego de que la administración del deudor acredite, ante la Comisión, 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.

De otro lado, la Resolución n.º 097-2009/SC2-INDECOPI resolvió que, en virtud del acuerdo de fusión por absorción de la Junta de Acreedores de la sociedad concursada que se extingue, ya que su personería jurídica se ha extinguido, operando la transferencia de su patrimonio a la empresa absorbente, concluye el procedimiento concursal, lo cual no impide que los acreedores intervinientes del proceso concursal que concluye no puedan exigir el cobro de sus créditos a la empresa absorbente en los términos previstos en el plan de reestructuración.

## 9. CONCLUSIONES

Dentro de la libertad para decidir la óptima fórmula que convenga a los intereses de los acreedores para el recupero de sus créditos en el procedimiento concursal, luego de instalarse como Junta de Acreedores, se les permite que la sociedad concursada acuerde la fusión de está con otros patrimonios, su escisión y transformación, como parte de su plan de reestructuración.

La múltiple funcionalidad y la estructura de los acuerdos reorganizativos (la readaptación de la empresa a la nueva situación del mercado, la posible incorporación de los acreedores como accionistas,

la extinción de obligaciones por consolidación y la venta de elementos patrimoniales no rentables) presentan ventajas frente a las alternativas de planes de reestructuración basados únicamente en condonaciones (quita) y prórrogas de vencimiento (espera) de los créditos.

El plan de reestructuración constituye la declaración unilateral corporativa de la sociedad concursada que emite su voluntad mediante la Junta de Acreedores que sustituye a la Junta General de Accionistas, estableciendo mecanismos para maximizar el negocio en crisis (transformación, fusión y escisión) y superarla, porque tiene posibilidades de recuperación, a diferencia del acuerdo global de refinanciación, el cual es un contrato entre el deudor y los acreedores cuyo objetivo es evitar la crisis manifiesta que llevaría a liquidación de los bienes del deudor. Asimismo, el convenio de liquidación es el contrato de prestación de servicios entre la Junta de Acreedores con el liquidador y contiene las condiciones y los términos que regirán el proceso de liquidación del patrimonio de la sociedad concursada. La profunda diferencia de la naturaleza de estas instituciones no permite la aplicación extensiva o analógica de las normas que regulan el acuerdo global de refinanciación o del convenio de liquidación respecto a los vacíos de las normas que regulan el plan de reestructuración.

Dado que la transformación, la fusión y la escisión de la sociedad concursada, así como la aprobación y la ejecución del plan de reestructuración patrimonial que contenga como mecanismo la reorganización societaria, no están regulados en la Ley General del Sistema Concursal, deben someterse a las normas de la Ley General de Sociedades, excepto el ejercicio del derecho de separación, cuya publicidad, comunicación y oportunidad del reembolso son reguladas por la Ley Concursal.

El procedimiento de reestructuración durará el tiempo que demore pagar las obligaciones del deudor conforme al cronograma de pagos, sin perjuicio de la permanencia de los mecanismos que se haya aplicado para el recupero del crédito, dentro de los que se encuentra la reorganización de la sociedad concursada. Así, en el caso de fusión y/o escisión, los procesos judiciales o administrativos ya iniciados contra la sociedad extinta proseguirán contra la nueva

sociedad o la absorbente; en el caso de que se haya extinguido la sociedad concursada, ya no ante la misma autoridad concursal, el procedimiento concursal ordinario habría concluido, sino contra la sociedad de nueva creación o la absorbente, producto de la fusión, pues operó la sucesión universal del patrimonio de la sociedad concursada hacia la nueva sociedad o a la existente (absorbente).

Si se proyecta la fusión o la escisión de una sociedad sometida al procedimiento de liquidación dentro del procedimiento concursal ordinario, la Junta de Acreedores debe variar la decisión de liquidación al régimen de reestructuración patrimonial, concluyendo temporalmente el proceso liquidatorio y sometiéndose al régimen de reestructuración. Existe diferencia entre la conclusión del procedimiento concursal y la interrupción o el término temporal o provisional de las operaciones de liquidación. El objeto del procedimiento concursal en la modalidad de disolución y liquidación es la satisfacción de todos los acreedores con la liquidación de los bienes del deudor, es decir, que el proceso concursal se extinga cuando se ha conseguido la satisfacción de los acreedores (en todo o en parte, según el caso) o cuando no pueda ser conseguido (quiebra).

En el Perú, donde a los acreedores laborales y comerciales constituidos por pequeños proveedores se les hace imposible, para impugnar un acuerdo de Junta de Acreedores, reunir más del 10 % de los créditos reconocidos o, excepcionalmente, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi puede de oficio revisar el plan de reestructuración, es necesario ampliar sus facultades para el control de la legitimidad de los acuerdos de la Junta de Acreedores: por ejemplo, verificar la forma y el contenido del acuerdo de la Junta de Acreedores, comprobar su viabilidad y las cuestiones relacionadas con su ejecución, y revisar que los acuerdos no contengan condiciones discriminatorias contra de los acreedores que no votaron a favor de dichos acuerdos.

Iniciada la vigencia de la fusión, la escisión o la transformación de la sociedad concursada, si producto de esta se ha extinguido, deja de tener vigencia la función de la Junta de Acreedores, ya que habría concluido el procedimiento concursal y el incumplimiento del plan

de reestructuración y el cronograma de pagos sería cobrado a la nueva sociedad o a la absorbente por la vía judicial o extrajudicial.

## REFERENCIAS

- Alvarado, D. (2003, 25 de julio). La reorganización empresarial de los Estados Unidos de América: El Chapter 11. <http://www.gestipolis.com/recursos/documentos/fulldocs/fin/chapter11.htm>
- Añoberos, X. (2005). El derecho concursal en las Ordenanzas de Bilbao. En *Estudios sobre la Ley concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia* (t. 1, pp. 55-78). Editora Marcial Pons.
- Beaumont, R. (1994). *Derecho comercial y reestructuración empresarial*. Editorial Alternativas.
- Beaumont, R., & Palma, J. (2002). *Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal*. Gaceta Jurídica.
- Broseta, M. (2002). *Manual de derecho mercantil* (vol. 1). Tecnos.
- Calle, J. P., & Alva, S. (2003). *Guía rápida de preguntas y respuestas sobre la nueva Ley General del Sistema Concursal*. Gaceta Jurídica.
- Cerdá Albero, F. (1998). Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales. *Revista General de Derecho*, (646-647), 9331-9354.
- Chávez, H. (2006). Acuerdos dentro de la quiebra (rehabilitación del fallido). *Revista de Ciencias Jurídicas*, (111), 207-232. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9736/9182>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (2006). *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*. Naciones Unidas. [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf)
- Congreso de la República. (2002). *Ley n.º 27809. Ley General del Sistema Concursal*. Lima: 5 de agosto de 2002. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B7D2BCF5E597A9C005257E2700545259/\\$FILE/2\\_LEY\\_27809\\_08\\_08\\_2002.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B7D2BCF5E597A9C005257E2700545259/$FILE/2_LEY_27809_08_08_2002.pdf)

- Del Águila, P. (2005). Un fin, dos caminos: Encuentros y desencuentros entre la liquidación societaria y la liquidación concursal. En *Estudios de derecho societario. Libro homenaje a Enrique Elías Laroza* (pp. 199-249). Editora Normas Legales.
- Ebid, J. M. (2001). Acuerdo de fusión. En I. Arroyo, & J. M. Embid, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (vol. 3, pp. 2298-2310). Tecnos.
- Echeandía, L. F. (1998). Sobre insolvencia, insolventes y formas de enfrentar una crisis. En *Estudio sobre reestructuración patrimonial* (pp. 36-48). Gaceta Jurídica.
- Escurra, H. (2005). Sociedades insolventes. ¿Hasta dónde llegan las facultades del Estado para revisar las Decisiones de la Junta? ¿Cuál es su límite? En *Estudios de derecho societario. Libro homenaje a Enrique Elías Laroza* (pp. 251-296). Editora Normas Legales.
- Flores, M. (2004). *Convenio concursal y reorganización de la sociedad anónima*. Real Colegio Complutense.
- Hernández, T. (2007). Fusión y escisión de sociedades en situación concursal. *Audidores*, (3), 53-63.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), Área de Estudios Económicos. (2000). *Documento de Trabajo n.º 008-2000. Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico de una Década*. Lima: 22 de agosto del 2000.
- Messineo, F. (1955). *Manual de derecho civil y comercial* (t. 5). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Montoya Alberti, H. (1998). *Las sociedades y la reestructuración de las empresas en estudios sobre reestructuración patrimonial*. Gaceta Jurídica.
- Montoya Manfredi, U. (1998). *Derecho comercial* (t. 1). Grijley.
- Najarro, M. (2007). *El derecho concursal y la necesidad de individualizarlo en la legislación guatemalteca* [Tesis de licenciatura,

- Universidad de San Carlos de Guatemala]. *Biblioteca Central USAC*. [http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_7057.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7057.pdf)
- Núñez-Lagos, A. (2003). El convenio del concurso: contenido y procedimiento. *Revista Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, (6), 35-50. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1104/documento/03Alberto.pdf?id=2018&forceDownload=true>
- Orduña, F. J. (1994). *La insolvencia*. Tirant lo Blanch.
- Palma, J. E. (1998). El derecho de la crisis de la empresa en el Perú. En T. de J. Seijas, *Estudios de derecho en homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo*. Editorial San Marcos.
- Pérez de la Cruz, A. (1975). Cuestiones en torno al Convenio de la Quiebra. En *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría* (pp. 527-548). Civitas.
- Polo, A. (1975). Reflexiones sobre la reforma de ordenamiento mercantil. En *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría* (pp. 549-648). Civitas.
- Ramos Padilla, C. (1999). La escisión de sociedades en la Ley n.º 26887. En V. Malpartida, & J. Palma, *Derecho, economía y empresa* (pp. 127-165). Editorial San Marcos.
- Richard, E. (2005). Notas en torno al acuerdo concursal. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/03/artnotasentornoalacuerdoconcursal.pdf>
- Richard, E. (2006). Propuesta abusiva. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/05/artpropuestaabusiva.pdf>
- Richard, E., & Muiño, O. (1997). *Derecho societario: sociedades comerciales, civil y cooperativa*. Editorial Astrea.
- Rodríguez, F. (1992). Escisión. En R. Uría, A. Menéndez, & M. Olivencia (dirs.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles* (t. 9, vol. 3, p. 19). Civitas.

- Rojas, J. F. (2002). *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Ara Editores.
- Rojo, Á. (2006a). Contenido de la propuesta de convenio. En E. Beltrán, A. B. Campuzano, M. T. Alameda, & Á. Rojo (coords.), *Comentario de la Ley Concursal* (vol. 2, pp. 1864-1899). Civitas.
- Rojo, Á. (2006b). Incumplimiento. E. Beltrán, A. B. Campuzano, M. T. Alameda, & Á. Rojo (coords.), *Comentario de la Ley Concursal* (vol. 2, pp. 2276-2294). Civitas.
- Rojo, Á. (2006c). Presupuesto objetivo. En E. Beltrán, A. B. Campuzano, M. T. Alameda, & Á. Rojo (coords.), *Comentario de la Ley Concursal* (vol. 1, pp. 164-193). Civitas.
- Sánchez, F. (2000). *Instituciones de derecho mercantil* (vol. 2). MacGraw-Hill.
- Sanguino, J. M. (2003). Por la dignidad del deudor. *Derecho PUCP*, (56), 701-732. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.017>
- Silva, A. (2007, septiembre). El concordato preventivo. Un medio alternativo de solución de conflicto para conservar empresas [Conferencia de Congreso]. I Congreso Colombiano de Derecho Concursal, Medellín, Colombia.
- Uría, R., Menéndez, A., & García, J. (2006). Transformación de sociedades. En R. Uría, & A. Menéndez (dirs.), *Curso de derecho mercantil* (t. 1, pp. 1371-1381). Civitas.
- Vivante, C. (1932). *Tratado de derecho mercantil* (vol. 2). Reus.