

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



La extensión de los deberes fiduciarios de los órganos de administración de las sociedades al administrador concursal dentro del marco del procedimiento de reestructuración patrimonial

Trabajo de investigación para obtener el grado académico de Maestro en Derecho de la Empresa que presenta:

Pierre Leroy Valderrama Ugarte

Asesor:

Guilhermo Alceu Auler Soto

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, Guillermo Alceu Auler Soto, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de el trabajo de investigación titulada(o) La extensión de los deberes fiduciarios de los órganos de administración de las sociedades al administrador concursal dentro del marco del procedimiento de reestructuración patrimonial, de el autor Pierre Leroy Valderrama Ugarte, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 19%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 5/08/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de investigación, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 20 de Agosto de 2024.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>Auler Soto, Guillermo Alceu</u>	
DNI: 07874701	Firma 
ORCID: 0000-0002-6059-4790	

DEDICATORIA

La suerte es para los mediocres.

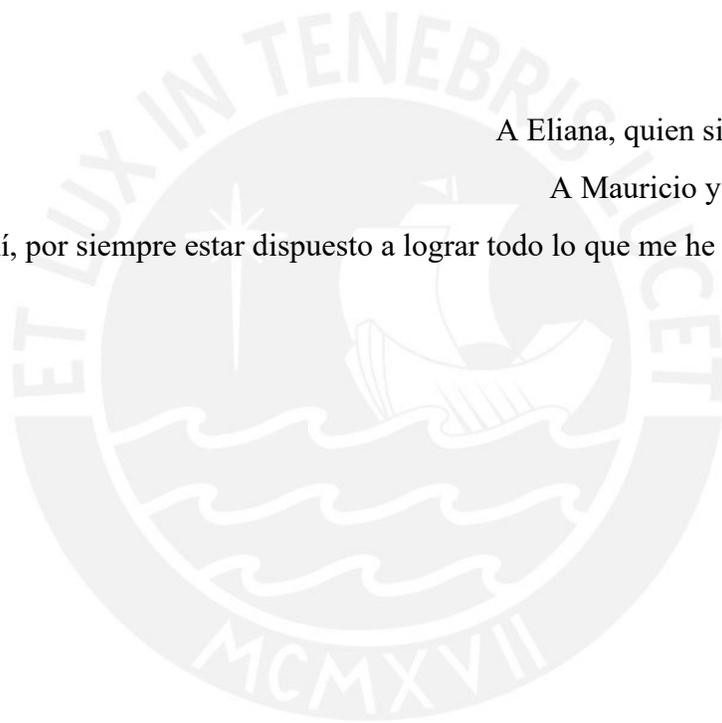
-Autor desconocido-

A Eliana, quien siempre fue el motivo.

A Mauricio y a Eve, por su apoyo.

A mí, por siempre estar dispuesto a lograr todo lo que me he propuesto en la vida.

Pierre Valderrama



RESUMEN EJECUTIVO

Las sociedades mercantiles en las últimas décadas, han progresado de la mano de la doctrina y la jurisprudencia nacional como comparada, las cuales han desarrollado conceptos, garantías, obligaciones, estándares, entre otros, que las han enriquecido tanto desde el plano académico como del empresarial, en su día a día. Estos elementos que han aportado a su desarrollo, de ningún modo y bajo ninguna circunstancia, deberían ser dejados de lado, independientemente de las situaciones por las que pasen las sociedades mercantiles.

Mediante la presente investigación buscamos dar respuesta a un fenómeno que se ha derivado del sometimiento de las sociedades mercantiles al procedimiento de reestructuración patrimonial contenido en la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, y mediante el cual, la junta general de accionistas se abstrae del plano societario (manteniendo la propiedad de las acciones, pero relevándose de sus derechos como accionistas), para proceder a ser reemplazada por la junta de acreedores, quien reemplaza en derechos y atribuciones a las junta de accionistas y por imperio de la Ley, procede a nombrar a un órgano de administración (administrador concursal) de la ahora sociedad mercantil concursada, y quien se encarga de los actos de administración delegados por la junta de acreedores, hasta el cumplimiento del plan de reestructuración concursal.

Ahora bien, hemos planteado que producto de esta abstracción mediante la cual, la junta de acreedores nombra a un administrador concursal de la sociedad concursada, es que se genera una relación de agencia entre la junta de acreedores y el administrador concursal, de los cuales se derivan deberes fiduciarios y otras instituciones del derecho societario, que en mérito de este fenómeno *sui generis*, se aplicarán dentro del derecho concursal.

Palabras clave: relación de agencia – deberes fiduciarios – derecho concursal – derecho societario – convergencia e integración – procedimiento de reestructuración patrimonial.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	1
ÍNDICE	2
LISTA DE FIGURAS	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: EL PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL, DONDE CONVERGEN Y SE INTEGRAN EL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL DERECHO CONCURSAL	11
1.1 Introducción	11
1.2. Régimen jurídico de las sociedades concursadas y su administración	16
1.2.1. Antecedentes: Regulación y definición práctica de sociedad	16
1.2.2. La relación fiduciaria o contrato de agencia: La administración de las sociedades concursadas prevista en la Ley General de Sociedades	18
1.2.3. ¿Qué son los problemas de agencia en el derecho corporativo o societario?	21
1.2.4. Deberes fiduciarios ¿Cuáles son y cuál es su rol frente a los problemas de agencia?	23
1.2.5. Discrecionalidad Empresarial o Business Judgement Rule	29
1.3. La insolvencia de la sociedad concursada: El procedimiento concursal como mecanismo de tutela del crédito por parte de los acreedores	33
1.3.1 Nocións previas sobre la insolvencia de las sociedades: ¿Qué debemos entender por insolvencia?	33
1.3.2. El procedimiento concursal como mecanismo de tutela del crédito	35
1.3.3. Procedimiento de Reestructuración Patrimonial: Un mecanismo para la reflotabilidad de la sociedad	42

1.3.4. Responsabilidades del Administrador Concursal contemplada en la Ley General del Sistema Concursal	50
1.3.5. Mecanismos para indemnizar los daños generados a la Junta de Acreedores, previstos en la Ley General del Sistema Concursal	55
1.4. La disolución y liquidación de la sociedad concursada	57
1.4.1. La disolución y liquidación iniciada por la junta de acreedores	58
1.4.2. La disolución y liquidación iniciada por la Comisión de Procedimientos Concursales - CPC	60
1.4.3. La disolución y liquidación contemplada en la LGS	62
1.5. Punto de integración entre el derecho de concursal y el derecho de sociedades	66
1.5.1. La Sustitución de la Junta General de Accionistas por parte de la Junta de Acreedores, durante el Procedimiento de Reestructuración Patrimonial	66
1.5.2. Nombramiento del Administrador Concursal: Configuración de la relación y problemas de agencia dentro del Procedimiento de Reestructuración Patrimonial	67
1.6. Marco Teórico	69
CAPÍTULO II: CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN DE AGENCIA Y DE LOS PROBLEMAS DE AGENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL	72
2.1. Introducción	72
2.2. Secuencia de verificación para la configuración de la relación de agencia y los problemas de agencia dentro de los Procedimientos de Reestructuración Patrimonial	74
2.3. Análisis casuístico dentro de procedimientos concursales en los que se determina la existencia de problemas de agencia	80
2.3.1. Caso Pecuaría Pisco S.A.C. - Resolución N° 0082-2019/SCO-INDECOPI	80
2.3.2. Caso Constructora Upaca S.A. - Resolución N° 0025-2019/SCO-INDECOPI	84
	3

2.3.3. Caso Universitario de Deportes	87
2.3.2. Resultados obtenidos del Caso Universitario de Deportes	97
2.4. Análisis jurisprudencial comparado	97
CAPITULO III: EXTENSIÓN DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES AL ADMINISTRADOR CONCURSAL NOMBRADO POR LA JUNTA DE ACREEDORES, CON EL OBJETO DE HACER FRENTE A LOS PROBLEMAS DE AGENCIA QUE SE REPLICAN DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL	101
3.1. Introducción	101
3.2. Justificación para la extensión de los deberes fiduciarios de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas hacia el Administrador Concursal ¿Es Eficiente? ¿Es Posible?	102
3.3. Deberes fiduciarios del Administrador Concursal que se configuran dentro del PRP	108
3.4. ¿Deber de lealtad del administrador concursal hacia los accionistas de la sociedad concursada?	112
3.5. El rol de los deberes fiduciarios concursales para determinar la responsabilidad del Administrador Concursal frente a la Junta de acreedores	114
CONCLUSIONES	117
BIBLIOGRAFÍA	120
ANEXOS	126

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Verificación de la relación de agencia dentro del PRP.	79
Figura 2. Verificación de problemas de agencia dentro del PRP.	79
Figura 3. Verificación de relación de agencia – Pecuaria Pisco S.A.C., Resolución N° 0082-2019/SCO-INDECOPI.	82
<i>Figura 4.</i> Verificación de Problemas de agencia – Pecuaria Pisco S.A.C., Resolución N° 0082-2019/SCO-INDECOPI	84
Figura 5. Verificación de relación de agencia –Constructora Upaca S.A., Resolución N° 0082-2019/SCO-INDECOPI.	86
<i>Figura 6.</i> Verificación de Problemas de agencia – Pecuaria Pisco S.A.C., Resolución N° 0082-2019/SCO-INDECOPI	87
Figura 7. Verificación de relación de agencia – Club Universitario de Deportes, Informe Complementario N.º 37-2021/INDECOPI-GSF.	90
Figura 8. Verificación de Problemas de agencia – Club Universitario de Deportes, Informe Complementario N.º 37-2021/INDECOPI-GSF.	92
Figura 9. Verificación de relación de agencia – Club Universitario de Deportes Resolución N° 071-2021/SCO-INDECOPI - Expediente N° 047-2020/FCO-SANCIONADOR.	94
Figura 10. Verificación de Problemas de agencia – Club Universitario de Deportes, Resolución N° 071-2021/SCO-INDECOPI - Expediente N° 047-2020/FCO-SANCIONADOR.	97

INTRODUCCIÓN

El marco normativo nacional, por medio de la Ley N° 27809 “Ley General del Sistema Concursal” (LGSC), ha previsto mecanismos mediante los cuales, deudores en situación de insolvencia, a solicitud de estos o de sus acreedores, se someten a un procedimiento concursal por el cual, se busca brindar a los acreedores seguridad de pago por medio de su reestructuración o liquidación, siguiendo una actuación ordenada prevista en la precitada norma.

Es así que, dentro de estos procedimientos, se encuentra el Procedimiento de Reestructuración Patrimonial (PRP)¹ contenido en el artículo 60° de la LGSC, el mismo que se ejecuta en mérito de un Plan de Reestructuración² (PR), aprobado mediante acuerdo de la Junta de Acreedores, y por el cual, el deudor ingresa a un régimen de reestructuración patrimonial por el plazo previsto en el PR, el cual se encuentra sujeto a fechas previstas en el cronograma de pagos incorporado al PR, para la cancelación de todas las obligaciones impagas por parte del deudor.

¹ Este tipo de procedimiento concursal se caracteriza por permitir la permanencia en el mercado del deudor concursado, puesto que la parte acreedora decide -por voluntad propia o por negociación con el deudor- que la mejor opción para la recuperación de sus acreencias, es mediante una reestructuración financiera/económica dirigida y vigilada por el acreedor, la cual -principalmente- está orientada a la recuperación de los créditos, a través de la realización de la actividad comercial del deudor.

² Sobre el particular del Águila de Ruiz de Somocurcio (2005), citando a nos habla sobre la característica especial de este instrumento normativo u obligacional dentro del PRP, en tanto, tiene un carácter no solo patrimonial, puesto regula situaciones o condiciones que exceden de la esfera jurídico patrimonial entre el deudor y acreedores que motivaron su sometimiento al PRP, puesto que, en el PR se contemplan disposiciones más allá de los patrimoniales, incorporándose disposiciones referidas a la administración del negocios, comportamiento de los órganos de administración (directivos y gerentes), rendición de cuentas, aprobación de balances financieros, facultad del comité de acreedores, estrategias comerciales para el pago de las acreencias, entre otros (p. 309).

Como parte del sometimiento a un PRP, la Junta de Acreedores, por disposición expresa del artículo 63° de la LGSC, asume y sustituye en todas sus funciones, derechos y atribuciones al órgano de gobierno de mayor jerarquía (Junta General de Accionistas en caso de Sociedades, Junta de Asociados o Asamblea en caso de Asociaciones o del titular en caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada). Esta sustitución, permite que la Junta de Acreedores, adopte toda clase de acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento de la empresa deudora durante el término del PRP, tales como: aprobación de balances, transformación, fusión, escisión, cambio de razón, objeto o domicilio social, modificaciones estatutarias, aumentos de capital, **nombramiento de administradores concursales (gerentes, directores u otros)**, etc., todos ellos contenidos en el PR.

Pues bien, una vez instalada la Junta de Acreedores y haber optado por el PRP, esta acuerda la adopción de un régimen de administración temporal del deudor (artículo 61° LGSC), para ello la LGSC, establece la posibilidad de: a) Continuar con el mismo régimen de administración; b) Nombrar un Administrador Concursal inscrito ante la Comisión de Procedimientos Concursales (en adelante CPC) de INDECOPI, u; c) Optar por un régimen de administración mixta, manteniendo todo o en parte la administración e involucrando personas naturales y/o jurídicas que designe la Junta de Acreedores.

Sea cual sea el régimen de administración optado por la Junta de Acreedores, los órganos de administración que se nombren en mérito de la misma, tienen como función principal -según lo previsto en la LGSC-, el cumplimiento del pago de las acreencias a favor de los acreedores y ceñir su actuación con observancia de los parámetros y lineamientos económicos, laborales, administrativos, financieros, entre otros, establecidos en el PRP.

Ahora bien, el problema materia de investigación que se desarrollará a lo largo de la presente, radica -en parte- respecto a las obligaciones que dichos órganos tendrían frente a la Junta de Acreedores, por el incumplimiento de sus obligaciones dentro del marco del PRP, ya sea que impliquen un mero incumplimiento de alguna obligación administrativa, económica, financiera, laboral u otras, previstas en el PR, o, nos encontremos ante un incumplimiento (negligente o consciente) que en ambos casos, impida la recuperación oportuna de las acreencias conforme al PRP, o peor aún, el incumplimiento total del PR, conllevando así con su frustración y por aplicación del artículo 67° de la LGSC, la disolución y liquidación del deudor concursado.

Del mismo modo, -como segunda parte del problema de investigación-, se debe identificar la naturaleza de las obligaciones establecidas en el PR para los órganos de administración, dado que al ser disposiciones que tienen un carácter y relevancia especial que exceden a la regulación jurídica patrimonial entre el deudor concursado y la Junta de Acreedores, podríamos encontrarnos ante obligaciones o deberes que ya se encuentran regulados dentro de la normativa vigente o la doctrina, y que pueden servir como herramienta, ya sea, para mejorar la gestión de dichos órganos a favor de la Junta de Acreedores, o, identificar responsabilidades frente a perjuicios que puedan generarse en contra de Junta de Acreedores y que posteriormente puedan ser indemnizados.

Para tal efecto, nos avocaremos -en particular- al estudio de las sociedades anónimas (sociedades), planteándose la extrapolación o extensión de los deberes fiduciarios previstos para los órganos de administración de las sociedades, a los órganos de administración designados por las Juntas de Acreedores en mérito de lo previsto en el artículo 63° de la LGSC. Esta extrapolación tiene como fundamento, no solo cautelar los intereses de los acreedores reconocidos dentro del PRP, sino también en afrontar los” posibles” problemas de agencia que se replicarían a nivel de junta de acreedores.

Por lo que, en base a ello, cabe preguntarnos ¿Si es posible o no la extensión de los deberes fiduciarios previstos para los órganos de administración de las sociedades, hacia los administradores concursales u órganos de administración nombrados por las Juntas de Acreedores dentro de los PRP? Esta interrogante, será respondida en base a los fundamentos teórico doctrinales y normativas nacional y comparada, que se desarrollarán a lo largo del Capítulo I, en el cual se establecen conceptos básicos sobre sociedades, la relación de agencia, los problemas de agencia, los deberes fiduciarios, los procedimientos concursales, la regulación del PRP y la responsabilidad de los administradores concursales, para luego postular la integración que existe entre el derecho societario y el derecho concursal, el cual da a lugar a una situación *sui generis* dentro del PRP.

Podemos adelantar que, en Capítulo I, veremos que en el PRP al cual se encuentra sometida una sociedad concursada, la Junta de Acreedores sustituye a la JGA, en sus atribuciones, derechos, funciones, obligaciones, restricciones y prohibiciones previstas en la LGS y con las facultades y restricciones adicionales previstas en el capítulo V de la LGSC.

Cabe precisar que, en el caso de las sociedades, ocurre un caso en particular, puesto que dentro de las atribuciones con las que cuenta la JGA, está la de nombrar los órganos de administración, en este caso los directores y uno o más gerentes, tal como lo señalan los artículos 153° y 185° de la LGS.

Pues bien, estos órganos de administración se encuentran obligados a circunscribir sus actuaciones dentro del marco de los denominados “deberes fiduciarios”, los cuales, si bien es cierto, no se encuentran regulados expresamente como tales en la LGS, no obstante, podemos encontrarlos a lo largo de su articulado, tal y como se puede advertir de los artículos 171°, 173°, 179° y 180°, en los cuales, tal y como lo señala Veliz (2018), se contemplan: el deber diligencia o *duty of care*, el deber de lealtad o *duty of loyalty* y el deber reserva, los que, en líneas generales, restringen el actuar de los órganos de administración en desmedro de los intereses de los accionistas y sobre todo, el de la sociedad (pp. 44-51). Por otro lado, es posible encontrarlos en la fórmula normativa del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, el cual a diferencia de LGS, si ha contemplado de forma expresa los deberes de diligencia (artículo 147), el deber de lealtad (artículo 148), las obligaciones derivadas del deber de lealtad (artículo 149) y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés y dispensa (artículo 152).

Es así, que resulta conveniente afirmar que, estos deberes fiduciarios previstos para los órganos de administración de las sociedades, pueden ser extrapolados a los órganos de administración que designe la Junta de Acreedores dentro de un PRP, en aras de cautelar los intereses de todos los acreedores que la conforman, por ser deberes que se derivan y subyacen al momento de nombrar órganos de administración por parte de la JGA, ahora sustituidas por mandato expreso de la LGSC por la Junta de acreedores.

Para lo planteando precedentemente, en primer lugar, se debe entender por agencia aquel contrato propio de las sociedades comerciales cuya subsistencia requiere dos partes: socios o accionistas (mandantes) y uno o más administradores (mandatario/s). Por este contrato, mediante mutuo acuerdo, los mandantes aceptan que el/los mandatario/s dirija/n, administre/n, opere/n, controle/n y desarrolle/n el objeto social de la sociedad de la cual son parte los mandante/s. Este mandato, se entiende que debe dirigirse de la forma más diligente y eficiente posible, aprovechando los recursos sociales, los cuales se gestionan de forma tal, que se realice una actividad económica propia por parte de la sociedad; asimismo, se entiende que este mandato se

realiza bajo sujeción de los intereses de los mandantes o intereses sociales y no, persiguiendo los intereses propios (privados) de los mandatarios (Franco & Manrique, 2015, p. 146).

En segundo lugar, habiendo detallado a grandes rasgos que es lo que presupone la existencia de la agencia, podríamos deducir a primera vista que, problema de agencia será todo aquel acto que realicen los mandatarios en desmedro o en contra de los intereses de sus mandatarios o el interés social; no obstante esta es solo una de las tres grandes aristas que componen los problemas de agencia, o como las han llamado Armour, Hansmann & Kraakman (2016), tres grandes fuentes de oportunismo que surgen en el Derecho Corporativo y que son: 1) Conflictos entre administradores y accionistas (mandatarios y mandantes), 2) Conflictos entre accionistas (mayoritarios y minoritarios), y 3) Conflictos entre accionistas y otros grupos ligados a la sociedad, tales como acreedores y trabajadores (pp. 184-185).

Pues bien, ahora cabe preguntarse, si es que estos problemas de agencia propios de una sociedad mercantil, se replican dentro de un PRP. La respuesta tentativa, es afirmativa, tal y como se verá del análisis casuístico y jurisprudencial que se realizará en el Capítulo II, ya que en mérito del artículo 63º de la LGSC, la Junta de Acreedores sustituye a la JGA, es decir, nos encontramos ante una ficción legal, en la cual, los acreedores de la sociedad insolvente reemplazan a los accionistas en sus atribuciones, deberes, funciones y otros, asimismo, cabe señalar que el artículo 61º de la LGSC, faculta a la junta de acreedores a nombrar órganos de administración (nombramiento de mandatarios), por lo que resulta evidente que es posible afirmar que podría replicarse estos problemas de agencia dentro de un PRP **al configurarse en la práctica y por mandato legal “una agencia”**.

Ahora bien, la necesidad de hacer extensivos estos deberes fiduciarios, se verá plasmada en el Capítulo II, puesto que veremos que esta responde a la determinación de responsabilidad de los órganos administrativos respecto a las actuaciones que realicen en perjuicio de la junta de acreedores, ya sea por incumplimiento culposo, negligente o doloso de sus obligaciones establecidas en la LGSC o el PR.

CAPÍTULO I: EL PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL, DONDE CONVERGEN Y SE INTEGRAN EL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL DERECHO CONCURSAL

1.1 Introducción

Las sociedades dentro del sistema jurídico comercial peruano, han servido como un mecanismo para la realización de distintas actividades comerciales, por parte de las personas naturales y -recientemente- las personas jurídicas; mediante esta figura jurídica, aquellas personas sobre las que recae el denominado *affectio societatis*³ constituyen dentro de los parámetros establecidos por la LGS y las normas reglamentarias y/o registrales, una persona jurídica con personería distinta a sus constituyentes, a efectos de realizar una determinada actividad comercial o económica, la cual se regirá bajo los parámetros normativos, organizacionales y comerciales que determinen sus constituyentes, a los que la LGS denomina accionistas o socios.

Pues bien, estas sociedades pueden ser diversas, la LGS regula siete (07) tipos de sociedades que en la actualidad pueden ser constituidas en función a los intereses de los futuros accionistas, ya que cada una de estas contiene diversos matices que necesariamente deberán tener en cuenta antes de optar por alguna de estas formas societarias.

Dichas sociedades, si bien es cierto, son constituidas por los socios para la realización de una determinada actividad comercial cuyo fin es netamente el económico, también es cierto que se constituyen a efectos de separar el patrimonio personal del patrimonio de la sociedad, al que la LGS, denomina patrimonio social, el mismo que se utilizará -tal y como señala el

³ Es entendida como la voluntad de las personas naturales o jurídicas de unirse o confluir sus esfuerzos, para la consecución de intereses o fines estrictamente privados, su importancia es tal, que para Salinas (1994), la causal del contrato de sociedad, esta es esencial para la ejecución del contrato de sociedad y se encuentra presente en toda sociedad (en mayor o menor medida) (pp. 114-115).

artículo 31° de la LGS- para responder por las obligaciones que la sociedad contraiga (obligaciones sociales), salvo que la propia LGS establezca que en la forma societaria adoptada por los accionistas, estos responden por las obligaciones sociales (tal es el caso de la Sociedad en Comandita contemplada en el artículo 278° de la LGS). Este, a consideración nuestra, es uno de los principales factores por las que se constituye una sociedad, para limitar la responsabilidad de los accionistas frente a los riesgos que se originen o deriven de la actividad comercial a realizar, convirtiéndola hoy por hoy, en uno de los mecanismos jurídico comerciales, cuya primacía y valor resalta en nuestro país.

Ahora bien, estas sociedades al constituirse para la realización de una determinada actividad comercial o fin económico o interés social (al que la LGS denomina en su artículo 11° como objeto social), a través de su JGA, designan órganos de administración para la consecución de dicho fin (que conforme a la LGS, podrá ser directorio y/o gerencia), es así que se establecen obligaciones y responsabilidades de índole legal (establecidas en la LGS) y social (las que establezca el estatuto) que deberán tener en consideración y cumplir, para así lograr con el encargo encomendado y traer los beneficios esperados por los accionistas.

Tal y como lo señalaremos en el presente capítulo, al momento de realizar la designación de dichos órganos de administración, se configura lo que la doctrina unánimemente ha denominado como Agencia, la misma que es propia y exclusiva de las sociedades comerciales o mercantiles, donde existen dos partes: la primera conformada por los accionistas y la segunda por los administradores, sobre esta última recae un mandato de mutuo acuerdo, para la realización de la actividad comercial, la misma que puede incluir actos de dirección, gestión, administración, operación, control y desarrollo del objeto social, debiendo ser realizada de la forma más diligente y eficiente posible, cumpliendo con los deberes fiduciarios propios de estos órganos, y, persiguiendo en cualquier caso, el interés social por el cual se constituyó la sociedad.

Sobre las actividades comerciales desarrolladas por las sociedades, como bien lo señalamos precedentemente, subyacen riesgos, los cuales pueden ser de diversa índole y que pueden generarse: 1) Ya sea por una mala gestión de la sociedad que no genere los incentivos o ganancias suficientes para el objeto para la cual fue constituida; 2) Por la situación de insolvencia devenida de una mala gestión (culposa, negligente o dolosa); 3) Por la imposición

de multas administrativas que dilapiden el capital social o excedan el mismo; 4) Por la situación del mercado que haga menos rentable la actividad comercial de la sociedad; 5) Por eventos de naturaleza extraordinaria o sobrevinientes a su constitución que motiven la suspensión de sus actividades comerciales debido a la imposibilidad de continuarla o debido a las restricciones impuestas por el gobierno (tal es el caso de la reciente pandemia mundial del SARS CoV-2 o COVID -19); 6) Por el mandato de disolución por incurrir en algún delito económico (aquellos regulados en la Ley N° 30424); entre muchos otros que pudieran presentarse y sean parte del día a día de la actividad societaria y sean riesgos inherentes al mercado donde se desarrolle.

Para el caso que nos atañe, nos enfocaremos a la situación de insolvencia de la sociedad, que -a criterio nuestro-, es la que tiene mayor presencia dentro de la actividad comercial de las sociedades peruanas, puesto que, el legislador ha establecido mecanismos de tutela específicos para esta situación dentro de nuestro ordenamiento normativo. En concreto, el Regulado en la LGSC (tal como se logrará advertir en el presente Capítulo y el Capítulo III).

La insolvencia se define como aquella situación, donde los accionistas pierden la totalidad de su inversión, dado que, el valor de los activos (o patrimonio) de la sociedad, resulta notablemente inferior al pasivo exigible (deudas pendientes de pago a los acreedores), por lo que el patrimonio real o neto de la sociedad, se encuentra financiado íntegramente por los acreedores; bajo este contexto, los accionistas se encuentran “*out of the money*” y los acreedores de alguna forma, se convierten -en virtud de sus acreencias- en los titulares residuales de la empresa ya que sobre estos repercutirán directamente, los incrementos o disminuciones que se produzcan en el patrimonio de la sociedad luego de devenida la situación de insolvencia, en tanto, en función a ello, recuperarán los créditos impagos (Gurrea, 2017).

La LGSC, establece diversos mecanismos de tutela para que los acreedores puedan recuperar sus créditos y para que del mismo modo, las sociedades que atraviesen por una situación financiera de suma gravedad que comprometa su viabilidad económica y permanencia en el mercado como unidad productiva, no se vean más perjudicadas y opten o se sometan a un procedimiento de disolución y liquidación o liquidación de la misma, de índole societario o concursal; así tenemos tres (03) tipos de procedimientos: El procedimiento de concursal ordinario (artículo 23° y sigs.), el procedimiento de reestructuración patrimonial

(PRP) (artículo 60° y sigs.) y el procedimiento concursal preventivo (artículo 103° y sigs.); siendo el PRP, el que será materia de análisis.

El PRP, se caracteriza por permitir la permanencia dentro del mercado de la sociedad concursada -siempre y cuando así lo solicite-, de la mano del cumplimiento de los requisitos de forma y fondo establecidos por la LGSC (acreditar que las pérdidas acumuladas deducidas de las reservas no superen al total de su capital social pagado; señalar mecanismos y requerimientos para la viabilidad de la reflatibilidad de la empresa; una proyección del flujo de caja por un periodo de dos años, entre otros) y la posterior constitución de la Junta de Acreedores, quienes deberán aprobar o no el Plan de Reestructuración (PR) de la sociedad concursada, a fin de superar la crisis patrimonial por la que se encuentra, y, extinguir por medio de su permanencia en el mercado y la realización de sus actividades comerciales, las obligaciones impagas a sus acreedores.

Si bien es cierto, este tipo de procedimiento, tiene como fin principal la recuperación de los créditos, valiéndose de la permanencia en el mercado y la actividad comercial de la sociedad, puesto que la liquidación y disolución de la sociedad -en principio- no resultaría beneficiosa para los acreedores, en tanto existe la posibilidad de que no recuperen el íntegro de sus acreencias; consideramos que sobre este tipo de procedimiento concursal en particular, subyace un elemento subjetivo que va mucho más allá del interés patrimonial del acreedor, dado que, este último ve en la sociedad concursada, no solo un deudor, sino también, un cliente con el que mantuvo o mantiene relaciones comerciales de larga data; un empleador o fuente de empleo en el caso de los trabajadores; un contribuyente en el caso del Estado; o un elemento representativo dentro de la comunidad; que lo vuelve valioso frente al acreedor, deviniendo la liquidación y disolución de la sociedad, en una solución inviable o residual, lo que lo motiva a optar dentro del bagaje de procedimientos concursales, el que más les favorezca a ambas partes.

Dentro de la dinámica del PRP, la Junta de Acreedores, sustituye de pleno derecho a la JGA de la sociedad concursada, relegándola a un segundo plano, donde su competencia y funciones quedan suspendidas, y las cuales, serán ejercidas por la Junta de Acreedores. Como bien señalamos precedentemente, dentro del abanico de facultades que le asisten a la JGA, se encuentra la designación de órganos de administración, la cual es trasladada a la Junta de Acreedores por imperio del artículo 63° durante el PRP, pudiendo así optar por alguna de las

siguientes posibilidades: 1) Nombrar una nueva administración, la cual recaerá en un administrador inscrito ante la CPC; 2) Mantener el mismo régimen de administración de la sociedad concursada; o; 3) Opte por un sistema de administración mixta.

Como se verá a lo largo de la presente investigación, al momento de ser sustituida la JGA por parte de la Junta de Acreedores, y esta última al nombrar a un administrador concursal⁴, se crea una ficción legal por la cual, se crea una Agencia (la que conceptualmente estuvo concebida doctrinariamente dentro del derecho societario para las sociedades mercantiles - relación entre accionistas y administradores-), por mandato expreso de la LGSC, esta se traslada al derecho o plano concursal dentro de un PRP, la misma que durará en tanto se mantenga vigente dicho procedimiento.

La constitución de una Agencia, conlleva implicancias de suma importancia para la administración dentro del PRP, puesto que veremos que traerá consigo la obligación del administrador concursal de cumplir con los deberes fiduciarios que son propios de cualquier órgano de administración de las sociedades (deber de lealtad, deber de diligencia, deber de reserva, entre otros), en favor de la Junta de Acreedores. Esta importancia, por su puesto, recae, en la responsabilidad que existe en los administradores concursales que se valdrán de la actividad comercial de la sociedad concursada, para lograr el cumplimiento diligente y oportuno del PR, para satisfacer los interés de sus mandantes (Junta de acreedores); por lo que ante un incumplimiento de dichos deberes (que sean culposos, negligentes o dolosos), que perjudiquen la consecución del mismo, generando perjuicios a los acreedores (siendo los más palpables: la posibilidad de no lograr la recuperación de sus acreencias y el no cumplimiento del elemento subjetivo del PRP), deberán ser meritados para determinar la responsabilidad frente a la Junta de Acreedores. Sobre este último aspecto, adelantamos lo que se desarrollará en el Capítulo III, puesto que la LGSC a lo largo de su articulado no ha establecido responsabilidad alguna en la que incurriría el administrador concursal frente a la Junta de Acreedores, ante los supuestos antes detallados, limitándose a establecer sanciones a nivel administrativo en caso del incumplimiento de alguna de las obligaciones que la LGSC o el PR

⁴ El cual conforme lo señala el artículo 61° de la LGSC, podrán ser directores, administradores (Gerencias) o un Administrador inscrito ante la CPC.

imponen, dejando a salvo el derecho de los actores concursales a hacer valer sus derechos frente a las vías civiles o penales que consideren pertinentes.

Por último, veremos que como producto de las disposiciones en materia concursal convergen tanto el derecho societario y el derecho concursal dentro del PRP, así como los efectos, en relación a obligaciones y responsabilidades que recaerían sobre el administrador concursal al trasladársele los deberes fiduciarios.

1.2. Régimen jurídico de las sociedades concursadas y su administración

1.2.1. Antecedentes: Regulación y definición práctica de sociedad

El ordenamiento normativo peruano, históricamente ha contemplado y dado una especial tratativa a la actividad mercantil de las personas dentro de la sociedad, puesto que ha reconocido su valía y carácter disruptivo dentro de las actividades de comercio, así como un instrumento de desarrollo en el mundo moderno.

Dentro de dichas actividades tenemos a las realizadas por un conjunto de personas que unidas por un *affectio societatis* conforman o constituyen sociedades o sociedades mercantiles -nomenclatura histórica que se utilizaba hasta antes de la emisión de LGS-; sobre el particular, Chanduví (2019) remonta su incorporación dentro del régimen mercantil peruano, desde el régimen virreinal con las Ordenanzas de Bilbao de 1737 (vigentes hasta 1853), el Código de Comercio de 1902, la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966, hasta la actual LGS, vigente desde 1998 (pp. 24-36).

Pues bien, la LGS no nos da un concepto o definición específica de que es lo que se debe de entender por sociedad⁵, puesto que, según lo señalado por Elías (2008), la Ley no toma posición alguna en torno al debate teórico doctrinario que existe respecto a la naturaleza jurídica de la sociedad, en tanto, existe una fuerte discusión frente a las diversas teorías que se formulan (institucionalista con Georges Ripert y Mantilla

⁵ El artículo 1° de la LGS al referirse sobre la sociedad, simplemente se limita a describirla como aquella que se constituye por medio de la aportación de bienes o servicios para el ejercicio de actividades económicas en común.

Molina, contractualista con Ascarelli y Halperin, negocio social con Mantilla, y, acto complejo con Kuntze), por lo que adopta una fórmula práctica, para sortear dicho debate (pp. 22-24). Dado que, no es el fin de la presente investigación ser parte del debate doctrinario señalado por Elías, al igual que la Ley, recurriremos a una definición que nos permita advertir desde un punto de vista práctico y dentro del contexto actual, que es lo que debe entenderse por sociedad. Sánchez Calero y Olivencia (1964), nos dan una definición tradicional pero útil sobre sociedad, la cual ellos entienden como una asociación de personas con una necesidad y objetivo común, que conseguirán mediante la constitución de una forma organizativa prevista por Ley (pp. 32-42); por su parte Hundskopf (2009), la define como aquella asociación de personas naturales o jurídicas, enmarcada dentro de un contrato plurilateral patrimonial, del cual nace un sujeto de derecho con personería jurídica distinta a la que lo conforman (convirtiéndose en sujeto de derechos y obligaciones, con una composición orgánica y voluntad propia), cuya razón de ser u objeto, es valerse de la misma para realizar determinadas actividades económicas (p. 129); por su parte, Armour, Hansmann & Kraakman (2016), señalan que dentro del derecho corporativo, las características principales de las sociedades son: la personería jurídica, la responsabilidad limitada, la transmisibilidad de las acciones (títulos representativos de la propiedad o participación que se ostenta dentro de la sociedad), la delegación de la administración bajo una estructura organizacional (directorío) y la propiedad de los accionistas (derecho a controlar la sociedad y a percibir ingresos netos por parte de ella) (pp.187-196); Salas (2017), en cambio que adopta una definición instrumentalista y mucho más práctica que los autores anteriores, señala que la sociedad es una herramienta proporcionada por el derecho, para que las personas cuyos recursos y esfuerzos no sean suficientes individualmente para el desarrollo y ordenamiento de una determinada actividad económica, sumen esfuerzos con otras personas, se agrupen, establezcan los alcances de sus aportaciones individuales, el plazo y condiciones sobre las cuales girará el desarrollo de la actividad económica o interés social, así como los réditos que obtendrán cada una de estas partes asociadas producto de dicha actividad, y que, cumplidos con las formalidades legales, creen una sociedad, la cual se encontrará dotada de una personería jurídica propia distinta a sus miembros (pp. 16-17, 89)

En efecto, la definición señalada por Salas, la cual compartimos, resulta vigente y práctica para definir lo que hoy por hoy se podría entender por sociedad dentro del contexto señalado por la LGS, no obstante, a ella debemos agregarle que, la sociedad entendida como una herramienta o mecanismo para la realización de una determinada actividad económica en beneficio de sus accionistas, sirve principalmente -tal como lo reconocen Armour, Hansmann y Kraakman-, para limitar la asunción de riesgos por parte de estos últimos (denominada también como responsabilidad limitada), dado que se excluye el patrimonio personal de los accionistas de los activos de la sociedad; por lo que, estos últimos, en su conjunto y en virtud de dicha separación, servirán para hacer frente a todas obligaciones que contraiga la sociedad, sin que exista la posibilidad de que algún acreedor de la misma, pueda pretender tener algún derecho sobre el patrimonio de los accionistas para el cobro de sus acreencias con la sociedad (Hansmann & Kraakman, 2003, pp. 18-19)

1.2.2. La relación fiduciaria o contrato de agencia: La administración de las sociedades concursadas prevista en la Ley General de Sociedades

Siguiendo la misma línea de lo señalado por Armour, Hansmann y Kraakman, encontramos que, en toda sociedad, existe una delegación de la administración bajo un esquema organizacional, mediante el cual los accionistas de la sociedad, depositan en un tercero su confianza para la realización de acciones, funciones, obligaciones, prestaciones en beneficio de los intereses de los accionistas o interés social o de la sociedad. A esta delegación, se le conoce como relación fiduciaria⁶ o contrato de agencia, cuyo marco conceptual fue concebido en un campo distinto al derecho; en efecto, esta responde a un concepto económico, donde se establece un vínculo -en mérito

⁶ Denominada así en el derecho anglosajón, Ribstein (2003), la define como aquella relación en la cual, lo esencial es la delegación de facultades generales para la realización de una determinada labor, por un tiempo indefinido (pp. 10-11). Esta delegación tiene como correlato la confianza que deposita quien delega las facultades, en el sujeto al cual confía la realización de determinada labor, siendo relevante la confianza, por sobre la realización de la labor en sí, ya que sobre esta última se confía que se realizará con la diligencia debida.

de la delegación y confianza- entre dos sujetos, el primero llamado “principal” y el segundo denominado “agente”, para que este último realice una serie de funciones y actividades específicas, en beneficio del principal. Dentro del derecho societario, se traducen como la realización de uno o más actos jurídicos por parte de la administración delegada a favor de los accionistas; sin embargo, sobre la misma, subyacen una serie de complejidades e incertidumbres, respecto a los costos de transacción que se deriven de la realización de estos actos jurídicos, los cuales han sido denominados como problemas de agencia (Martínez, 2003, pp. 280-281), los cuales serán tratados, en el apartado siguiente.

La delegación de la administración, a la que hemos hecho referencia en el párrafo precedente, se encuentra contemplada expresamente dentro de la LGS, el Título Segundo de la Sección Cuarta “Órganos de la sociedad” (artículos 152° y ss.), reconociendo que las sociedades por imperio de la Ley, tendrán su administración a cargo del directorio y/o de uno o más gerentes, debiendo tener por lo menos un gerente general. Al respecto, debemos señalar que, si bien es cierto la normativa societaria peruana establece al director dentro de los órganos de administración de la sociedad, su incorporación dentro de su esquema organizacional, es optativo para las sociedades anónimas cerradas, dado que, de conformidad al 247°, a través del pacto social o estatuto, la sociedad podrá suprimir al directorio como órgano de administración, quedando la administración a cargo de la Gerencia General, quien detendrá las funciones establecidas para el órgano de administración suprimido.

Ahora bien ¿Qué diferencia existe entre la Gerencia y el Directorio? ¿Por qué la Ley establece la posibilidad de que la administración de la sociedad se encuentre a cargo de dos distintos órganos de administración? La respuesta a estas interrogantes, no podemos encontrarlas en la LGS, puesto que, como ya lo señalamos precedentemente, el legislador ha optado por una tratativa práctica al momento de incorporarla dentro de la norma, por lo que debemos recurrir a la doctrina; pues bien, Elías (2008) señala que la LGS recoge la teoría del órgano societario, ya que dota a la administración de la sociedad de un diseño orgánico, donde se establecen deberes y funciones para cada uno de estos órganos de administración. El directorio, es el órgano conformado por una

pluralidad de miembros y es responsable de la gestión y representación de la sociedad anónima, se encarga de tomar decisiones importantes tanto en lo político como en lo administrativo, es así que establece las políticas generales de administración; mientras que, la gerencia, se encargará de la ejecución de acciones y la gestión cotidiana de la sociedad que se circunscribe a la correcta conducción del negocio; por otro lado - citando Sasot-, señala que dependerá de la complejidad de la actividad societaria y su profesionalización, para decidir o no separar las funciones de decisión entre un directorio y la gerencia (pp. 378-379; 441-443).

A nuestro entender, compartiendo en parte lo señalado por Elías, podemos decir que la gerencia y el directorio, se refieren a roles y estructuras dentro de una sociedad mercantil, los cuales son complementarios entre sí, pero distintos dentro del marco legal societario. La gerencia, se encarga de gestionar y representar a la sociedad mercantil en sus operaciones diarias y son responsables de tomar decisiones operativas demasiado arriesgadas o conservadoras dependiendo de su aversión al riesgo, ejecutar las políticas y estrategias de la sociedad definida por el directorio, de llevar a cabo todas las actividades necesarias para el funcionamiento ordinario de la sociedad, reportar al directorio sobre el progreso y desempeño de la sociedad, así como proporcionar la información que resulte necesaria para la toma de decisiones estratégicas y de gestionar de la mejor forma los recursos de la sociedad para alcanzar los objetivos operativos. Por otro lado, el directorio o también llamado consejo de administración⁷ en otras legislaciones, se encargará de la toma de decisiones estratégicas y de alto nivel en la sociedad, representan los intereses de los accionistas y supervisan la gestión de la empresa, asimismo, establece políticas generales y asegura el cumplimiento de las leyes y regulaciones pertinentes, toma decisiones importantes para la sociedad, maximizar los valores de la sociedad, designa⁸ y supervisa a los gerentes, y, actúa en el mejor interés

⁷ Tal es el caso de la legislación española, cuya regulación se encuentra contenida en el Capítulo VI (artículo 242 y ss.) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio de 2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁸ En caso se le haya delegado esta facultad conforme lo señala el artículo 185° de la LGS.

de los accionistas y otros *stakeholders*, asegurando la transparencia y responsabilidad en sus acciones. La decisión de una administración dual (Directorio y Gerencia) o unitaria (Gerencia General en el caso de las sociedades anónimas), dependerá de la complejidad de las operaciones que realice la sociedad, así como su dimensión y tamaño dentro del mercado.

1.2.3. ¿Qué son los problemas de agencia en el derecho corporativo o societario?

Los problemas de agencia, surgen en parte, producto de la delegación de la administración realizada por el principal a favor del agente, al momento de la realización de los diversos actos jurídicos que generen costos de transacción para el principal, derivados de la conducta oportunista del agente, lo que repercute en los resultados que persigue el principal; puesto que el agente, valiéndose de un ánimo oportunista, busca utilizar o aprovechar las facultades delegadas, para maximizar sus beneficios o conseguir ventajas patrimoniales o no patrimoniales a su favor, totalmente distintos a los previamente pactados con el principal, producto de su labor como agente (Martínez, 2003, pp. 280-281). Por lo que podemos señalar que dentro del contexto societario un primer problema de agencia será todo aquel acto que realicen los órganos de administración, en desmedro o en contra los intereses de los accionistas o el interés social.

Como ya lo adelantamos en la parte introductoria, los problemas de agencia los componen tres fuentes de oportunismo que surgen dentro del Derecho Corporativo, nombre dado por Armour, Hansmann & Kraakman (2016); estas fuentes de oportunismo se dividen en tres: 1) Conflictos entre accionistas y administradores (principal y agente⁹), 2) Conflictos entre accionistas (mayoritarios y minoritarios), y 3) Conflictos entre accionistas y otros grupos ligados a la sociedad o *stakeholders*, tal es el caso de los acreedores y trabajadores por ejemplo(pp. 184-185):

⁹ También llamado mandatarios y mandantes, según lo señalado por Franco & Manrique (2015) desde un punto de vista del Análisis Económico del Derecho (p. 146), o, administradores y accionistas.

a) Conflictos entre administradores y accionistas. –

Dentro de esta fuente de oportunismo, se encuentra la señalada en el primer párrafo del presente acápite, y no solo se presentará ante la conducta oportunista del administrador que valiéndose de la sociedad que administra, obtenga para sí mismo o para un tercero, una ventaja económica o patrimonial ilegítima; sino también, se configura ante el actuar negligente al momento de ejercer la administración delegada, puesto que esta última situación, devendría en la reducción de los beneficios que los accionistas esperan recibir por parte de la sociedad, producto de una diligente y ordenada administración, que, claro está, no responda a aspectos circunstanciales del mercado. Kraakman et al. (2004), agregan que, dentro de este conflicto también se encuentra, la asimetría informativa existente entre la administración y los accionistas, ya que el agente tiene mayor y mejor información que el principal sobre hechos importantes de la sociedad, y que el principal, sin incurrir en costos adicionales, no podrá asegurarse de que el desempeño del agente se realizará de forma diligente y conforme lo prometido (p. 21)

b) Conflictos entre accionistas. –

Este conflicto típicamente se suscita entre accionistas minoritarios y mayoritarios, donde estos últimos valiéndose de su mayor accionariado y consecuente mayor poder de decisión, realizan actos o adoptan acuerdos societarios en desmedro de los minoritarios. Esto queda graficado en el razonamiento esbozado por Garrigues y Uría al comentar el derecho al voto dentro de la sociedad, como un mecanismo que podría afectar a los demás accionistas, dado que, es innegable que los accionistas dentro de una sociedad buscan la satisfacción de un interés individual o extra social, pero este no puede ser satisfecho o buscarse de forma egoísta en contra del interés social, no resultando admisible la realización de actos con los que se pretenda dañar a la sociedad o demás accionistas, pues existe un deber de fidelidad de los accionistas frente a la sociedad que se opone a ello y los obliga a actuar en correspondencia al interés social (citado en Hundskopf, 2013, p. 61).

c) Conflictos entre accionistas o sociedad y otros grupos ligados a la sociedad o stakeholders. –

Producto de la actividad empresarial que realizan las sociedades comerciales, éstas generan créditos frente a terceros, por lo que, ante esta situación, sitúa a las sociedades como un agente que administra de forma indirecta el patrimonio de un tercero, ya que este último tiene un derecho expectatio frente a la sociedad (recuperar su acreencia, recibir una contraprestación por un servicio realizado, entre otros). La LGS, contempla la posibilidad de este conflicto, es así que el artículo 181° y 218° establecen acciones que pueden realizar los acreedores o *stakeholders* en caso evidencien que la sociedad realiza actos que puedan suponer una afectación al pago sus créditos.

1.2.4. Deberes fiduciarios ¿Cuáles son y cuál es su rol frente a los problemas de agencia?

Los orígenes de los deberes fiduciarios dentro del ámbito societario, se remontan al derecho anglosajón, en la institución denominada *trust*, y se concibieron como una derivación de la relación fiduciaria existente entre los accionistas y los administradores de las sociedades mercantiles (Davies, Worthington & Hare, 1997, pp. 599-601) (Morse, 1995, p. 345) (Mayson, French & Ryan 2016, p. 447). Dentro del derecho societario estadounidense, estos han tenido un desarrollo mucho más abundante, el cual se ha venido dando de forma activa de la mano de la jurisprudencia (ello debido al sistema del *common law* que han adoptado sus estructuras jurisdiccionales, y que distan, notablemente de países como el Perú, cuya tradición es la del *civil law*), ello con el objeto que, dentro de las sociedades de comerciales, los administradores no incurran o lleven una administración deficiente que perjudique los intereses de los accionistas. Estos deberes, se crearon para compensar la falta de capacidad de los accionistas para fiscalizar, calificar y controlar a los órganos de administración (Ribstein, 2003, pp. 10-11). Por su parte, para Esterbrook & Fischel (1993), estos surgen como respuesta ante la imposibilidad (debido a la complejidad que reviste la actividad empresarial) y a la falta de practicidad de celebrar contratos entre la sociedad y los órganos de administración, en donde se redacten y especifiquen todas y cada una de las obligaciones de las partes (pp. 425-445).

Los deberes fiduciarios, podemos definirlos como aquel conjunto de obligaciones legales y éticas que recaen sobre los administradores y directores de una sociedad mercantil, que les son delegadas en función a la confianza depositada por los accionistas de la sociedad. Estos deberes tienen como objetivo principal, proteger los intereses de los accionistas y salvaguardar los activos de la empresa.

En general, los deberes fiduciarios de los administradores (gerentes) y directores incluyen:

- Deber de lealtad: o *Duty of loyalty*: Los administradores deben actuar en el mejor interés de la sociedad y sus accionistas. Esto implica evitar cualquier conflicto de intereses y abstenerse de tomar decisiones que beneficien indebidamente a ellos mismos o a terceros en perjuicio de la empresa. Paz-Ares (2003) lo define como un deber de proceder que recae sobre el representante leal de la sociedad y requiere que, los administradores antepongan los intereses de los accionistas y de la sociedad por sobre los propios (p. 204).
- Deber de cuidado y diligencia o *Duty of care*: Los administradores deben desempeñar sus funciones con un nivel de cuidado, atención y diligencia razonables. Esto implica tomar decisiones informadas y basadas en una evaluación adecuada de la información disponible. Paz-Ares (2003) señala que este deber, exige al administrador un deber de un “ordenado empresario”, lo cual implica que inviertan su tiempo y esfuerzo, con un cierto nivel de pericia para la gestión y supervisión de la sociedad a efectos de maximizar los réditos a ser generados (p. 204).
- Deber de información: Los administradores tienen la obligación de proporcionar a los accionistas información completa y precisa sobre asuntos relevantes para la toma de decisiones. Esto incluye la divulgación de información financiera, operativa y cualquier conflicto de intereses que pueda surgir.
- Deber de confidencialidad o de reserva: Los administradores deben mantener la confidencialidad de la información privilegiada y sensible de la empresa, y no utilizarla en beneficio propio o en perjuicio de la empresa.

Estos deberes fiduciarios se basan en el principio fundamental de que los administradores y directores deben actuar en el mejor interés de la empresa y sus accionistas, priorizando la creación de valor a largo plazo y evitando cualquier conducta desleal o perjudicial para la sociedad y/o los acreedores.

Es importante destacar que los deberes fiduciarios pueden variar en función de la jurisdicción y la legislación aplicable, tal es el caso peruano que en su normativa vigente no contempla de forma expresa los deberes fiduciarios para los órganos de administración, pero que, de una lectura conjunta del articulado de la LGS, se puede advertir la existencia del deber de diligencia, del deber de lealtad y el deber de reserva para el Directorio (Veliz, 2018, pp. 44-51), los mismos que de ser el caso, serán trasladados a la Gerencia General o Gerencias (en aplicación del artículo 247° de la LGS,), en cuanto resulten compatibles, en los casos donde las Sociedades opten por no contar con un Directorio.

Por su parte, el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades (2020)¹⁰ en su fórmula normativa -a diferencia de la LGS-, ha recogido de forma expresa los mismos para el caso de los directores, ampliando y desarrollando aún más estos deberes respecto a lo realizado por la normativa vigente, puesto que tal y como se señala en su exposición de motivos, más que normas legales, estos deberes se configuran como normas de vida para la sociedad. Así que tenemos el deber de diligencia (artículo 147), el deber de lealtad (artículo 148)¹¹, las obligaciones derivadas del deber de lealtad (artículo 149) y el deber

¹⁰ Presentado en el año 2018 y actualizado en el 2020, el cual fue realizado por el grupo de trabajo encargado de revisar y proponer reformas y actualizaciones a la LGS.

¹¹ Siguiendo la fórmula legislativa contemplada en los artículos 225.1 y 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital española, puesto que se establecen términos como “el desempeño del cargo con la diligencia de un ordenado empresario” y “el desempeño del cargo con la lealtad de un fiel representante” y cuya justificación recae en la incorporación de la protección de la discrecionalidad empresarial, que se establece en el artículo 154 del Anteproyecto y que, del mismo modo adopta la fórmula legislativa española establecida en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital.

de evitar situaciones de conflicto de interés y dispensa (artículo 152). Sobre el deber de diligencia, reitera el concepto de ordenado empresario (ordenado comerciante en el artículo 171 de la LGS), el cumplimiento de las obligaciones legales y estatutarias y hace énfasis en que los miembros del directorio deben tener un nivel de dedicación que exige la responsabilidad de ser director de una sociedad. Sobre el deber de lealtad, se señala que, el mismo exige el desempeño del cargo como un representante leal (al igual que lo establecido en el artículo 171 de la LGS) a lo cual integra conceptos tales como la buena fe, el mejor interés de la sociedad y la prohibición -implícita- de incurrir en conflicto de intereses, para lo cual se establecen supuestos objetivos y normas de conducta a cumplir por parte de los directores.

Por otro lado, tenemos que la regulación estadounidense, desarrolla jurisprudencialmente los deberes fiduciarios de forma más abundante. Sobre estos, Velasco (2010) hace un análisis histórico de la concepción de los mismos a través de la jurisprudencia expedida por la *Delaware Supreme Court*, y, nos ofrece una lista enunciativa de los deberes desarrollados, así tenemos: *duty of care* -deber de cuidado-, *duty of loyalty* -deber de lealtad-, *duty of objectivity* -deber de objetividad-, *duty of good faith* -deber de buena fe- y *duty of rationality* -deber de racionalidad- (pp. 1288-1293). En el caso del régimen societario colombiano, a diferencia del peruano, podemos advertir que en el artículo 23° de la Ley N° 222 de 1995, se recoge de forma expresa como deberes de los administradores societarios: el deber de buena fe, el deber de lealtad y el deber de diligencia de un buen hombre de negocios y el deber de reserva.

Por último, cabe precisar que existen otros deberes específicos que pueden surgir en situaciones particulares¹², por lo que, debido a su carácter situacional y la complejidad de los mismos, no corresponden ser parte de nuestro objeto de estudio.

¹² Uno de estos deberes y que de algún modo están relacionados a la presente investigación, es el deber de protección de los acreedores o *stakeholders* ante una eventual situación de insolvencia de la sociedad; sobre el particular Vizcaíno (2014), realiza un análisis minucioso sobre los deberes que tendrían los administradores societarios frente a sus acreedores, en este caso en concreto,

Problemas de Agencia en el directorio y problemas de agencia en la gerencia

Si bien la doctrina citada habla de forma general de los problemas de agencia para los gerentes y directores, cabe preguntarnos: ¿Existen diferencias importantes entre uno y otro rol?, es decir, ¿Existen diferencias respecto a los problemas de agencia que le son imputables a los gerentes y directores? ¿Son distintos?

Tal y como lo hemos señalado, el directorio representa los intereses de los accionistas priorizando maximizar su valor, es responsable de supervisar la gestión de la empresa por parte de la gerencia y de tomar decisiones estratégicas del más alto nivel, por lo que, este es un rol que reviste mayor complejidad a la de un gerente. Es así que, los problemas de agencia en el directorio surgirán en principio cuando su actuación no se alinea a los intereses de los accionistas. Algunas fuentes comunes de estos problemas son:

- a) Remuneraciones: Los directores podrían fijarse sus propias compensaciones de forma tal, que no reflejen los intereses de los accionistas.
- b) Excesiva Autonomía: Al desempeñar una labor mucho más compleja en la sociedad, los directores pueden tomar decisiones en pro de sus intereses personales, en lugar de centrarse en la maximización del valor de la sociedad para los accionistas
- c) Conflictos de intereses: Es posible que los directores tengan relaciones comerciales que entren en conflicto con su deber de actuar en pro del mejor interés de la sociedad y los accionistas.

Por otro lado, la gerencia se encarga de la gestión de las operaciones diarias o cotidianas de la sociedad, por lo que los problemas de agencia se suscitarán cuando los gerentes, que en la mayoría de los casos fungen labores como empleados de la sociedad, no ciñen su actuar a la búsqueda del máximo beneficio del valor para los accionistas. Algunas fuentes comunes de estos problemas son:

señala que existiría un deber de protección a estos últimos, derivados de las reglas generales de contratación y del deber genérico de buena fe, previstos en el derecho común (pp. 311-313).

- a) Toma de riesgos: Al estar encargados de la administración diaria de las operaciones de la sociedad, es posible que estos tomen decisiones o muy arriesgadas o muy conservadoras, en función de sus propios intereses o de su aversión al riesgo.
- b) Oportunismo: Al estar encargados de la administración de la sociedad, es posible que utilicen los recursos de la misma en beneficio propio o les den un uso indebido.

Ahora bien, aunque los problemas de agencia se refieren a un mismo concepto existen diferencias entre los problemas de agencia que se suscitan en el directorio y en la gerencia, por lo que podemos que respondiendo a las preguntas realizadas al inicio del presente apartado, podemos decir que sí, si existen problemas de agencia en el directorio y problemas de agencia en la gerencia, y , sí, si existen diferencias importantes entre uno y otro, las cuales -en base a lo desarrollado- podríamos representarlos de la siguiente forma:

- a) A nivel de decisión:
 - El directorio se encarga de tomar decisiones estratégicas y de supervisión a largo plazo
 - La gerencia se enfoca en las decisiones y gestiones operativas y de ejecución a corto y mediano plazo.
- b) A nivel de tipo de conflictos:
 - En el directorio, los conflictos involucran la supervisión y control estratégica, en tanto los directores podrían actuar en contra de los intereses de los accionistas, buscando cautelar los propios, incumpliendo así su labor fundamental en la sociedad.
 - En la gerencia, los conflictos involucran la implementación y las operaciones diarias de la sociedad, donde los gerentes toman decisiones que busquen beneficiar sus propios intereses.

c) A nivel de mecanismos de control:

- Para controlar los problemas de agencia a nivel de directorio, se implementan mecanismos como la independencia de los directorios, diversificación de directorio y la supervisión y el involucramiento por parte de los accionistas en las labores del directorio y de la sociedad.
- Para controlar los problemas de agencia a nivel de gerencia, por lo general se implementan incentivos de desempeño, compensaciones alineadas con los objetivos a largo plazo de la sociedad y la supervisión del directorio

1.2.5. Discrecionalidad Empresarial o Business Judgement Rule

La discrecionalidad empresarial o *business judgement rule*¹³ es un concepto básico en los debates que versan sobre la crisis del gobierno corporativo. Y con independencia de que la existencia de esa discrecionalidad en la gestión de la tarea empresarial sea constante, especialmente en el plano operativo, lo cierto es que los sistemas normativos corporativos han ido avanzando, en general y como predisposición dominante, en el establecimiento de mecanismos de limitación de tal discrecionalidad¹⁴ con el fin de

¹³ Denominada así en el sistema jurídico del *common law*, en especial en el sistema jurídico estadounidense, puesto que esta regla ha sido desarrollada ampliamente a nivel jurisprudencial o casuístico (*case law*) en el estado de Delaware, por los *Delaware Chancery Courts*, y cuyas decisiones han sido replicadas por el resto de los estados en cuanto a materia mercantil se refiere. Podríamos señalar que su consolidación se remonta al caso de *Aronson v. Lewis* de 1984, en el cual, el Tribunal Superior de Delaware, establece que la *business judgement rule* es una presunción que recae en que “la toma de decisiones empresariales realizada por parte de los administradores de la sociedad comercial, se realizó de forma informada y de buena fe, bajo la convicción de que dicha actuación se realizó en el mejor interés de la sociedad, por lo que la misma deberá ser respetada por los tribunales, salvo que se demuestre que se haya actuado contraviniendo el deber de actuar con la diligencia de un ordenado empresario (*reasonable diligence*)”.

¹⁴ Tal es el caso del sistema español, que en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, incorpora la protección de la discrecionalidad empresarial, sin embargo, en los artículos 228

evitar los comportamientos contrarios al interés societario y la determinación de la responsabilidad de los administradores (en la toma de decisiones empresariales) frente a la sociedad y sus *stakeholders*. En este sentido, la doctrina ha tratado en diversas ocasiones de definir qué significa exactamente la discrecionalidad en el ámbito corporativo, en un intento por distinguir los distintos conceptos que en este ámbito hay que analizar; así, podríamos hablar de la discrecionalidad contractual, de la estatutaria, de la legal o de la judicial, dependiendo todo ello del tipo y grado de vinculación que se impone al ente organizativo considerado.

Su ejercicio por parte de los administradores dentro de una sociedad mercantil no implica de modo alguno, que la amplitud de las facultades empresariales delegadas quede a su libre arbitrio o albedrío. Por el contrario, las citadas potestades deben ejercerse, como cualquier otra actividad de la vida jurídica, con arreglo a unas pautas mínimas que las disciplinen, de manera que, de un modo racional y proporcionado, estas se articulen.

La no sujeción de la discrecionalidad al criterio propio del administrador, es decir, sin ceder su actuación a los avatares del arbitrio, dé cabida a un control y, en su caso, fiscalización, en tanto que, no se trata sino de ascender un paso más en una escalonada pirámide de reglas jerarquizadas, las cuales pueden ser: (1) Las normas establecidas por el legislador; (2) Los principios generales del ordenamiento jurídico; (3) Los usos y costumbres; (4) el criterio razonable y ajustado al objeto de las facultades reconocidas al propio titular.

La discrecionalidad empresarial, en buena cuenta, establece que los administradores de una sociedad no responderán por la adopción de decisiones empresariales, siempre y cuando ellos actúen con la diligencia de un ordenado empresario, de buena fe, velando por los intereses de la sociedad y sin que haya mediado interés propio en la realización

(obligaciones derivadas al deber de lealtad), 229 (evitar conflictos de interés) y 231 (vinculación de terceros con los administradores), se establecen supuestos de limitativos a esta y cuya contravención configuraría responsabilidad por parte de los administradores.

de las transacciones comerciales; puesto que, la realización de las actividades comerciales supone un riesgo constante e implícito, donde existe una incertidumbre respecto a los resultados que conlleven la ejecución de las decisiones comerciales, contractuales y/o productivas que se adopten¹⁵. La discrecionalidad empresarial, tiene como fundamento intrínseco el cumplimiento del deber de diligencia, de lealtad y de buena fe, por parte de los administradores, dado que ambos son deberes fundamentales y que constituyen el pilar del derecho de societario moderno¹⁶ (Sanchez-Calero & Fuentes, 2021, pp. 6-21).

Por lo que es posible afirmar que existe una interrelación entre ambos conceptos (discrecionalidad empresarial – deberes fiduciarios), ya que, al encontrarnos ante la toma de una decisión empresarial por parte de los administradores, esta debe haber sido realizada con la suficiente diligencia, buena fe y lealtad, buscando maximizar el valor de los intereses de la sociedad y/o de lograr el éxito empresarial independientemente de cuál sea su resultado, en palabras de Veliz (2018), nos encontramos ante una “obligación de medios y no de resultados” (p. 46). De corroborarse ello, en aplicación de la *business judgement rule*, no podrá exigírsele responsabilidad alguna a los administradores.

¹⁵ Puesto que estas decisiones se encuentran sometidas a una serie de riesgos, los cuales subyacen en toda actividad comercial, la cual se ve afectada constantemente por factores externos, que condicionan a la sociedad en sus avances productivos, dado que, tras la adopción de ciertas decisiones se puede obtener ventaja y utilidad durante un determinado periodo, pero ante cambios en el mercado, estas pierdan utilidad.

¹⁶ En un sentido similar se pronunció la *Supreme Court* de los Estados Unidos en el caso *Casey v. Woodruff* de 1944, en el cual se determinó que cuando los tribunales deciden no intervenir en la revisión de decisiones empresariales, se presume que los administradores han cumplido con ejercer de hecho los deberes fiduciarios de buena fe, diligencia y lealtad; por lo que se entiende que, una vez cumplido con estos deberes esenciales, se les otorga a los administradores un voto de confianza que les asiste al aplicarse la *business judgement rule*.

Ahora bien, el ejercicio de la misma, como lo indica Paz-Ares (2003), supone un espacio de inmunidad o una suerte de colchón de seguridad que se les proporciona a los administradores para que sus decisiones empresariales y estratégicas no sean cuestionadas a la primera oportunidad, por lo que su protección resulta necesaria bajo ciertos estándares y procedimientos que se establezca en cada legislación; por otro lado, en caso de ser necesaria su revisión, esta no debe ser revisada por el juzgador desde un punto de vista técnico o donde se busque adecuarlas al estándar de diligencia de un ordenado empresario, ello basado en que: 1) las decisiones empresariales no pueden ser revisadas por juzgados, ya que se parte de la premisa de que estos no cuentan con la sofisticación suficiente para juzgar de forma adecuada las operaciones mercantiles y financieras realizadas por una sociedad, por lo que buscan realizar su juicio de valor desde un punto de vista burocrático y formalista; 2) los administradores se encuentran bajo el escrutinio y vigilancia constante de los accionistas, por lo que no necesitan estar bajo el ojo vigilante del fuero judicial; y, 3) no se necesita la intervención de instituciones que fomentan el conservadurismo e inercia mercantil, se debe propiciar la cultura de riesgo e innovación (pp. 223-225).

Es a razón de ello que las legislaciones han buscado buscar dotar de cierta protección a esta discrecionalidad, tal es el caso de la legislación española, la cual en el artículo 226.1 de la Ley de Sociedades de Capital, contempla dicha protección a través de una solución adecuada en base al estándar del ordenado empresario y el cumplimiento de los deberes fiduciarios a su cargo, recalando que su actuación debe ceñirse a un “estándar de diligencia, de buena fe, sin que medie interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”.

Caso distinto es el peruano, cuya vigente LGS no contempla de forma expresa que se debe entender por discrecionalidad empresarial ni su protección, simplemente se establece el reconocimiento del desempeño del cargo de director bajo un estándar de diligencia de un ordenado comerciante (término análogo al utilizado en la Ley de Sociedades de Capital española) y de un representante leal en su artículo 171, por lo que no brinda una protección adecuada a las decisiones que tome la administración en el

seno societario, ni tampoco establece un estándar o supuesto al que deba ceñirse para que esta discrecionalidad sea ejercida de forma arbitraria. Por el contrario, el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, si lo ha previsto de forma expresa para el directorio en su artículo 154 (siguiendo similar fórmula legislativa que la española), otorgándole cierto nivel de protección a las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad de los directores, entendiéndose por cumplidos los niveles requeridos de diligencia cuando el director “haya actuado de buena fe, sin conflicto de interés en el asunto objeto de decisión, con información razonablemente suficiente según las circunstancias y siguiendo un procedimiento adecuado, independiente y transparente para la toma de decisión”.

1.3. La insolvencia de la sociedad concursada: El procedimiento concursal como mecanismo de tutela del crédito por parte de los acreedores

1.3.1 Nociones previas sobre la insolvencia de las sociedades: ¿Qué debemos entender por insolvencia?

Podemos definir a la insolvencia societaria, como aquella situación en la que los accionistas han perdido o están a punto de perder gran parte o la totalidad de su inversión (o capital aportado dentro del marco de la LGS), dado que, el valor de los activos (capital aportado y activos que se hayan generado producto de la actividad comercial) de la sociedad, se encuentra muy por debajo del pasivo exigible (deudas pendientes de pago a los acreedores), situación que puede responder: al manejo inadecuado de la sociedad, a una situación en el mercado que resulte contingente para la actividad que se desarrolla u otras externas al núcleo societario; por lo que el patrimonio real o neto de la sociedad, se encuentra financiado íntegramente por los acreedores; bajo este contexto, los accionistas se encuentran “*out of the money*” y los acreedores de alguna forma, se convierten -en virtud de sus acreencias- en los titulares residuales de la empresa, ya que sobre estos repercutirán directamente, los incrementos o disminuciones que se produzcan en el patrimonio de la sociedad luego de devenida la situación de insolvencia, en tanto, en función a ello, recuperarán los créditos impagos (Gurrea, 2017). Por su parte, Concha (1971) de forma más práctica, definió a la insolvencia, como aquella situación en la que el deudor -en este caso la sociedad- no quiere o no puede cumplir

con el pago de sus obligaciones, por lo que la configuración de esta situación, deviene en su insolvencia (p. 9). Por último, la ya derogada Ley de Reestructuración Patrimonial, contenida en el Decreto Legislativo N° 845¹⁷, definía a la insolvencia, como aquel “Estado económico – financiero”, en la que una persona natural o jurídica –sin importar su actividad-, ha sufrido una pérdida en su patrimonio de más de dos terceras partes o existe un impedimento temporal o definitivo para afrontar el pago de sus obligaciones.

Como resulta evidente, la situación de insolvencia, no solo resulta perjudicial para la sociedad y sus accionistas (impide la continuación de sus actividades comerciales, el cumplimiento de la función económica para la cual fue constituida y ser pasibles de acciones judiciales de cobro coercitivo de las acreencias, lo que perjudicaría o agravaría aún más su situación de insolvencia), sino también para sus acreedores, puesto que, la certeza y confianza depositada en la sociedad para el cumplimiento del pago de las acreencias impagas, desaparece.

Ante la inexistencia de certeza en el pago de las acreencias (podemos hablar de una suspensión o cancelación de la cadena de pagos), ello motiva a que tanto la sociedad como los acreedores, se sirvan de diversos mecanismos contemplados en la normativa concursal peruana, ya sea, para la reflatibilidad en términos económicos de la sociedad y el sometimiento de la misma a un procedimiento ordenado para la recuperación ordenada de los créditos, la que, en términos poco ortodoxos, permite que la sociedad no sea canibalizada y consumida por sus acreedores; o, de ser el caso, se siga un procedimiento ordenado de liquidación para que con cargo al patrimonio que posea la sociedad deudora, se haga efectivo el pago de las acreencias hasta donde se alcance.

¹⁷ No obstante, el Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, que en buena cuenta consolidó toda la normativa concursal vigente para esa época (que comprendían el Decreto Legislativo N° 845 y la Ley N° 27416), señaló que la situación de insolvencia se caracterizaba por ser una situación económico – financiera declarada por la Comisión de Reestructuración Patrimonial, o la entidad que haga sus veces.

1.32. El procedimiento concursal como mecanismo de tutela del crédito

En primer lugar, es menester preguntarnos, ¿Qué debemos entender por crédito? El concepto de crédito se encuentra contenido en la propia LGSC, ya que su artículo 1° la define como el derecho de los acreedores a obtener una prestación asumida por el deudor como consecuencia de una relación jurídica obligatoria¹⁸, esta definición es de suma importancia, puesto que a partir de la misma y su configuración en la actividad empresarial, se determina el derecho de los acreedores para recurrir al sistema concursal y valerse de alguna de las diversas herramientas o procedimientos que ofrece, para la salvaguarda de sus créditos. Este concepto resulta de suma importancia, puesto que nos permitirá circunscribir las actuaciones que se realizan dentro de los procedimientos concursales para la recuperación de los créditos.

Ahora bien, ante la acotada situación de insolvencia, el legislador ha optado por establecer un marco normativo para afrontar y dotar tanto a las sociedades¹⁹ como a los acreedores, de mecanismos de los cuales se puedan valer para sortear las diversas contingencias que se susciten y deriven de la situación de insolvencia. Del mismo modo,

¹⁸ Dicha relación, puede derivar de diversas fuentes, tal es el caso -a grandes rasgos- de los contratos de índole civil o comercial suscritos por la sociedad y terceros, que cumplan con los requisitos establecidos en el Código Civil, tal es el caso del artículo 140° para determinar la validez y obligatoriedad del mismo (acreencias entre particulares); o, las obligaciones laborales que derivan de un contrato de trabajo suscrito en mérito de las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (acreencias laborales); o, las obligaciones tributarias que se imponen a los sujetos que realizan actividades comerciales, en virtud del principio de solidaridad y que son de obligatorio cumplimiento como consecuencia de la generación de rentas, de conformidad a lo establecido en el Código Tributario (acreencias tributarias); entre muchas otras.

¹⁹ Para efectos de la presente investigación, se habla únicamente de sociedades, pero es menester nuestro señalar que los procedimientos concursales contemplados en la LGSC, son pasibles de ser solicitados o aplicados por/a personas naturales o jurídicas.

el legislador buscó privilegiar una suerte de acción conjunta o colectiva ejercida por los acreedores frente a las acciones individuales.

Pues bien, en el Perú -tal y como se adelantó en el Capítulo I- contamos con un cuerpo normativo que concentra gran parte de la normativa concursal²⁰, el cual es la LGSC, que prescribe en su artículo I del Título Preliminar, que el objeto del sistema concursal, es eminentemente la recuperación de los créditos²¹, la cual se realiza mediante la

²⁰ Salvo ciertas excepciones, que por la naturaleza de sus disposiciones normativas y el contexto y situación jurídica que pretendían tutelar, se encuentran contenidos contenidos en cuerpos normativos distintos, para la regulación de situaciones insolvencia específicas, tal es el caso del Decreto de Urgencia N° 010-2012 y las Leyes N° 30064 y N° 29862, que se promulgaron a efectos de efectuar la reestructuración económica y apoyar la actividad deportiva futbolística; o el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal contenido en el Decreto Legislativo N° 1511, para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto de la Covid-19.

²¹ Respecto a este punto debemos manifestar que, de conformidad a la redacción del artículo en mención, es posible considerar que podría primar la permanencia de la sociedad en el mercado por sobre la recuperación de los créditos, sin embargo, consideramos que esta no es una interpretación correcta, en tanto, si bien es cierto, el sistema concursal peruano ha sido diseñado para promover la negociación entre acreedores y deudores para llegar a un acuerdo de reestructuración, esto no quiere decir que se privilegie esta situación por sobre encima de la recuperación del crédito, es todo lo contrario. De un lectura en conjunto del Título Preliminar de la LGSC, con especial atención a los artículos I, III y X, se destaca que serán los acreedores los que decidan en función a los créditos de los cuales son titulares, si la sociedad concursada se somete a reestructuración o liquidación, lo que devela que, por más que el sistema concursal se haya estructurado para fomentar la permanencia de los agentes en el mercado a través de su reestructuración, lo cierto es que, en el fondo, lo que se busca es dotar a los acreedores de un mecanismo distinto a la liquidación de la sociedad concursada, para la tutela de su crédito impago, es decir, se busca privilegiar la recuperación del crédito.

regulación diversos procedimientos concursales que, en resumidas cuentas, logren sacar el máximo provecho económico del patrimonio de la sociedad concursada.

Esta fórmula legislativa para definir el objeto del procedimiento concursal, no es nueva ni de propiedad exclusiva de la vigente LGSC; de la revisión de sus predecesoras, podemos advertir que el privilegio del pago de los créditos como objeto del procedimiento concursal, ha sido una constante por parte del legislador, siendo plasmada de forma explícita o implícita en la normativa concursal a lo largo de los años, puesto que la diversa normativa que le precedieron, también previeron en su articulado que el objeto de los procedimientos concursales será **eminente la recuperación de los créditos**:

- Así tenemos a la Ley N° 7566, Ley de Quiebras, que ostentó una vigencia privilegiada dentro de nuestro sistema normativo (vigente desde 1932 hasta 1992), Ley estableció en su artículo 1°, un procedimiento único, señalando que el objeto del juicio de quiebras (término utilizado para la denominación del procedimiento concursal) era satisfacer -a través de un solo procedimiento- con los bienes de una persona natural o jurídica, todas aquellas acreencias impagas;

- De otro lado, el Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial (vigente desde 1992 hasta 1996), no especificó de manera expresa que el objeto de los procedimientos concursales era la recuperación de créditos, no obstante, de los artículos 8°, 15° y 18°, que regulan los procedimientos de Reestructuración Empresarial, Disolución y Liquidación y Quiebra de Empresas, se logra advertir que de forma implícita el legislador buscó tutelar principalmente la recuperación de los créditos. Respecto al procedimiento de Reestructuración Empresarial, se advierte, que buscó darle tutela anticipada a la recuperación de los créditos de los acreedores, en tanto, se habilitó el derecho de los acreedores a solicitar que se declare la insolvencia de su deudor cuando sus créditos se encuentren vencidos.

- Por su parte el Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Empresarial (vigente desde 1996 hasta 2002), repitiendo la misma fórmula que

su predecesora, no estableció de forma expresa que el objeto de los procedimientos enmarcados dentro de esta norma, sea la recuperación de los créditos; sin embargo, su artículo 38° establece que son objeto de los procedimientos de reestructuración patrimonial, disolución y liquidación y concurso de acreedores, los pasivos o créditos del deudor declarado insolvente, estos montos comprenden: el capital, intereses y gastos devengados hasta la declaratoria de insolvencia del deudor, es por ello, que en concordancia con lo regulado en los artículos 57^{o22}, 62^{o23} y 78^{o24}, que podemos concluir que el objeto de estos procedimientos es el pago de las acreencias por parte de los acreedores.

Por otro lado, analizando la legislación concursal comparada, hemos podido advertir que la recuperación del crédito es una constante en la normativa vigente que regula los procedimientos concursales en otros países del globo²⁵ (algunos con la misma tradición jurídica que la peruana). Así tenemos:

²²Hace referencia a que el procedimiento de reestructuración patrimonial, dentro del marco del Decreto Legislativo N° 845, concluye cuando el administrador o el representante de la empresa concursada, acredite el pago de los créditos reconocidos.

²³ Artículo que hace referencia al procedimiento de disolución y liquidación, y señala que este procedimiento podrá concluir cuando el deudor insolvente acredite el pago de los créditos reconocidos.

²⁴ Artículo que hace referencia al pago de los créditos realizados por el liquidador, señalando que, durante la liquidación de la empresa, se deberá proceder a la cancelación de los créditos reconocidos hasta donde alcance el patrimonio del insolvente.

²⁵ Esto no ha sido así en el caso español, ya que el Real Decreto Legislativo 1/2020, Texto Refundido de la Ley Concursal Española, no establece de forma clara o expresa dentro de los catorce títulos del Libro Primero referido al concurso de acreedores, que la tutela del crédito o recuperación de acreencias sea el objeto del procedimiento concursal, sin embargo, su Preámbulo junto con los tres Libros restantes, nos permiten advertir que el legislador español ha buscado privilegiar el procedimiento concursal para afrontar las situaciones de iliquidez y anteriores a la

• La Ley 24.522, Ley de Concursos y Quiebras de Argentina, cuya regulación prevé lo que hemos denominado “una demanda de acción concursal” (si demanda, a diferencia del sistema peruano que otorga tutela administrativa-concursal, el sistema argentino solo otorga tutela judicial-concursal), mediante la cual, los acreedores una vez acrediten la cesación de pagos por parte de la empresa deudora, pueden solicitar el concurso preventivo (Título II de la Ley 24.522) o la quiebra y liquidación (Título III de la Ley 24.522), a efectos de: 1) En el caso del concurso preventivo, que la cesación de la cadena de pagos no se perpetúe y que por medio de la vigilancia de la administración del concursado a través de un síndico (artículo 15°), se efectúe el pronto pago de las acreencias, para lo cual deberá suscribirse un acuerdo sobre el régimen preventivo entre los acreedores y el concursado.; 2) En el caso de la quiebra y liquidación, que producto de acreditación la cesación de la cadena de pagos, a solicitud de los acreedores o del deudor (77°) se disponga la declaratoria de quiebra del concursado, con el objeto de que la autoridad jurisdiccional, dicte las medidas precautorias que resulten necesarias para garantizar las acreencias impagas y posteriormente, se disponga el pago de los acreencias con el patrimonio del fallido (término utilizado para denominar al deudor concursado una vez se haya declarado su quiebra judicial).

• La Ley N° 20.270, Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas y perfecciona el rol de la Superintendencia del Ramo de Chile, señala en buena cuenta que los procedimientos concursales regulados en este cuerpo normativo: Procedimiento Concursal de Reorganización (Capítulo III), Procedimiento Concursal de Liquidación (Capítulo IV), Procedimiento Concursal de Renegociación (Capítulo V), buscan la reestructuración de los

iliquidez, es decir, entablar un ambiente para la negociación de los créditos impagos, por encima de la propia tutela del crédito.

pasivos y activos del deudor concursal con el objeto de propender finalmente al pago de los créditos de sus acreedores.

•El *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos de América, prevé en las secciones 301 y 303H, la apertura del procedimiento concursal frente la *bankruptcy court*, a favor del acreedor ante el vencimiento de las deudas o ante la cesación de pagos por parte del deudor concursado; buscando así tutelar el crédito a favor del acreedor, independientemente de solicitarse la liquidación o reestructuración del deudor. Resultando evidente la prevalencia de la tutela del crédito en el sistema concursal estadounidense.

Por último, la doctrina nos permite afirmar -al igual que lo ha hecho la legislación peruana y comparada- que la finalidad del procedimiento concursal es la recuperación de los créditos; en ese mismo sentido se han pronunciado Farsi & Gebhardt, quienes señalan que el procedimiento concursal se caracteriza por dar solución a las acreencias del deudor, sin que importe su quiebra, siempre y cuando se concierte con los acreedores, un acuerdo mediante el cual se difieran las fechas de los pagos o se condonen parte de las acreencias (quitas) (p. 184).

De otro lado Guyenot (citado en Baeza, 2011, p. 9), comentando la regulación francesa, nos indica que los arreglos y liquidación de bienes que se llegan a cabo en los procesos judiciales concursales, tienen como objeto a los intereses pecuniarios de los acreedores del concursado, puesto que la cesación de los pagos provoca la intervención de un tribunal a fin darles una solución.

Por su parte, Candelario ha sido clara al señalar que el objetivo prioritario del derecho concursal es tutelar o satisfacer el crédito o deudas impagas de una pluralidad de los acreedores, para lo cual se podrán valer de mecanismos como el saneamiento (permanencia en el mercado) o la liquidación ordenada del patrimonio de la sociedad (deudora) (p. 31)

No obstante, debemos hacer una mención especial a lo señalado por Carbonell, quien realizando un análisis exegético de la LGSC, establece una diferencia entre la finalidad y el objeto del procedimiento concursal, puesto que a pesar de existir una similitud son

sustancialmente diferentes, así señala que, el objetivo del sistema concursal contenido en el artículo I del Título Preliminar, no es en estricto la protección del crédito, puesto que esta es la última de sus finalidades; considera que el procedimiento concursal es un mecanismo que puede servir para enmendar el rumbo de los diferentes agentes dentro del mercado, mediante la adopción de acuerdos entre acreedor y deudor donde deberá evaluarse el reordenamiento de las metas, la viabilidad del negocio o salida del mercado; mientras que la finalidad propiamente dicha del procedimiento concursal contenida en el artículo II del Título Preliminar, donde sí importa la tutela del crédito -tal como lo señala- “en su máxima expresión” (pp. 02-50); sobre el particular debemos de disentir con lo señalado con Carbonell, dado que, tal como se ha podido advertir de las normas que precedieron a la LGSC, históricamente el legislador ha optado por la adopción de fórmulas legislativas que busquen tutelar el crédito, tal como ha sucedido hasta la fecha con lo establecido en el artículo I del Título Preliminar de la LGSC, puesto que se parte de la premisa de que el crédito hoy en día, es un instrumento de mucho valor para el crecimiento y productividad de los agentes en el mercado, a tal punto, que merece una tutela especial a efectos de que el incumplimiento de las obligaciones que emanan de este, no genere distorsiones en el mercado ni quiebre la confianza entre las partes y en el mercado, lo que resulta eminentemente necesario para lograr la consecución de transacciones comerciales; quedando así, en un segundo plano, los posibles acuerdos que busquen de algún modo la permanencia del agente deudor concursado en el mercado, claro está que debe tenerse presente el rol o papel que funge en el mercado²⁶

²⁶ Como ya lo señalamos precedentemente, la salida de un agente del mercado puede tener repercusiones en diferentes ámbitos del mercado o de la sociedad, puesto que reiteramos, un deudor concursado o en este caso una sociedad concursada, es también un empleador o fuente de empleo que tiene a su cargo a trabajadores y familias que dependen de este último; una imagen representativa de una sociedad o una población; un contribuyente; un proveedor estratégico; un prestador de servicios únicos o de calidad, entre otros. Así también, debe tenerse en cuenta el coste reputacional que podría impactar en los acreedores por su decisión de la liquidación del deudor concursado.

y las posibles consecuencias que implican su salida, puesto que en la medida de lo posible, no se debe agravar las distorsiones que generan los incumplimientos de los créditos.

1.3.3. Procedimiento de Reestructuración Patrimonial: Un mecanismo para la reflatibilidad de la sociedad

Dentro de las diversas mecánicas que recoge el derecho concursal y que a su vez se encuentran contempladas en nuestra LGSC, que sirven para tutelar los créditos impagos, se encuentra el Procedimiento de Reestructuración Patrimonial (PRP) regulado en los artículos 60° al 73° del Capítulo V del Título II de la LGSC. Tal como adelantamos precedentemente, citando lo señalado por Candelario, la satisfacción de la pluralidad de acreedores puede realizarse a través de la conservación de la sociedad, o bien, a través de la liquidación ordenada de su patrimonio; en este caso la conservación de la sociedad, se alza dentro del abanico de opciones que ofrece el derecho concursal peruano y se materializa en el PRP, lo que permite que a través de este procedimiento *sui generis* -tal como lo veremos más adelante-, sea viable la reflatibilidad del patrimonio de la empresa y su permanencia en el mercado por medio de un acuerdo en sede administrativa entre los acreedores y la sociedad deudora, el cual contiene lineamientos de imperioso cumplimiento y a su vez se dispone la suspensión del pago de los créditos por determinado término de tiempo, para dar pie a la reestructuración económica y financiera de la sociedad, con la única finalidad de poder efectuar el pago ordenado de las acreencias sin que esto signifique un perjuicio o afectación a la continuidad de su actividad empresarial.

Ahora bien, el trámite procedimental -que no es parte de nuestro objeto de estudio- del PRP para las sociedades, que se encuentra contemplado dentro de la LGSC, a grandes rasgos podemos sintetizarlo en las siguientes etapas:

- Declaración de insolvencia: El PRP se inicia con la declaración de insolvencia de la sociedad concursada. La insolvencia puede ser declarada de manera voluntaria por la sociedad concursada o a solicitud de uno o más acreedores. La declaración de insolvencia debe ser presentada ante INDECOPI.

- **Solicitud de reestructuración:** Una vez declarada la insolvencia, la sociedad concursada puede presentar una solicitud de reestructuración patrimonial ante el INDECOPI. En esta solicitud, deberá presentar un Plan de Reestructuración (PR) que detalle las medidas a tomar para superar la crisis económica y financiera.
- **Evaluación y calificación de la solicitud:** El INDECOPI a través de la Comisión de Procedimientos Concursales (CPC) evalúa la solicitud de reestructuración patrimonial para determinar su admisibilidad. Se verifica que la sociedad concursada cumpla con los requisitos establecidos y que el PR sea viable. Si la solicitud es admitida, se da inicio al procedimiento de reestructuración.
- **Publicación y notificación:** Se procede a la publicación y notificación del inicio del PRP, con el objetivo de poner bajo conocimiento de los acreedores de la sociedad concursada y terceros interesados, sobre el inicio de este procedimiento. Se establece un plazo para que los acreedores presenten sus créditos y se les informa sobre la celebración de una junta de acreedores.
- **Junta de acreedores:** Se convoca a una junta de acreedores, donde se presenta y discute el PR propuesto por la sociedad concursada. En la junta, los acreedores votan para aprobar o rechazar el PR. Para que el PR sea aprobado, se requiere mayoría calificada²⁷.
- **Aprobación del PR:** Si el PR es aprobado por mayoría calificada, el INDECOPI procede a su aprobación. El PR establece las condiciones y plazos

²⁷ De conformidad al artículo 66.5° de la LGSC, el PR se aprueba con las mayorías requeridas para la adopción de acuerdos establecidas en el artículo 53°, por lo que, para su aprobación, en primera convocatoria se deberá tener voto favorable de los acreedores que representen por lo menos el 66.66% del total de los créditos reconocidos. En segunda convocatoria, se deberá contar con el voto favorable de los acreedores asistentes que representen por lo menos el 66.66% del total de los créditos asistentes.

para el pago de los créditos, así como las medidas y acciones necesarias para la reestructuración patrimonial.

- Implementación del PR: La Junta de Acreedores procede al nombramiento del administrador concursal, quien lleva a cabo las acciones establecidas en el PR, con el objetivo de superar la crisis, restablecer su situación financiera de la sociedad concursada y el pago de las acreencias. Esto puede incluir la venta de activos, la reestructuración de deudas, la renegociación de contratos, entre otras medidas.
- Supervisión y seguimiento: Durante el PRP, el INDECOPI supervisa y monitorea el cumplimiento del PR por parte del administrador concursal y la Junta de Acreedores. También se encarga de resolver cualquier controversia que pueda surgir durante la implementación del PR.
- Culminación del procedimiento: En caso se cumplan todas las obligaciones establecidas en el PR, se declara la culminación del PRP. La sociedad concursada recupera su capacidad financiera pudiendo continuar con la realización de su actividad comercial con total normalidad. Por su parte la Junta de Accionistas, recupera el control de la sociedad.

En caso, no se cumplan con los términos y condiciones establecidos en el PR, ello determinará la declaración de disolución y liquidación de la sociedad concursada por parte de INDECOPI, consecuentemente, culmina la sustitución de la JGA por parte de la Junta de Acreedores y se ordena el pago de las acreencias impagas a favor de los acreedores, con cargo a la masa patrimonial de la sociedad concursada, hasta donde alcance, siguiendo el orden de prelación concursal y orden de preferencia establecido en el artículo 42° de la LGSC.

No obstante, el PRP, tiene una serie de connotaciones especiales que lo hacen distinto a cualquier otro mecanismo concursal y que resultan necesarias de señalar, puesto que servirán como fundamento para sostener -más adelante- el punto de integración o convergencia que se origina dentro del PRP, donde concilian tanto el derecho concursal y el derecho societario.

a) Pérdida de control de la sociedad concursada

Por aplicación del artículo 63º, se produce uno de los efectos más gravosos para los accionistas de la sociedad concursada, el cual constituye un requisito *sine qua non* para que opere el PRP; este efecto es la suspensión de competencias de la Junta de Accionistas (art. 63.1), la cual por imperio de la norma concursal, es abstraída del plano societario como máximo órgano de control político y administrativo, para ser sustituida en todas sus funciones, derechos y atribuciones (art. 63.3), por la Junta de Acreedores²⁸ mientras se encuentre vigente el PRP.

Esto implica que la Junta de Accionistas a partir de su sustitución, dejarán de tener injerencia y poder alguno, en la marcha y dirección de la sociedad que “estos constituyeron” para la consecución de su interés social y la consecuente obtención de una ventaja patrimonial a su favor; para dar pase a que sus acreedores, tomen control de “su sociedad”, para que a través de su actividad empresarial que ha de ser reflatada, satisfagan sus acreencias pendientes de pago. Ello con el único objetivo de que la sociedad concursada no sea consumida por sus acreencias o pasivos.

Como vemos, el sometimiento al PRP, si bien constituye un mecanismo de auxilio al cual pueden acogerse los accionistas que busquen salvar (o sortear) de la situación de insolvencia a la sociedad y no dejar que esta sea consumida por las acreencias impagas; también comporta un acto de desprendimiento del ejercicio de sus derechos de propiedad sobre los títulos de acciones que ostentan sobre la sociedad y que representan un porcentaje de participación sobre los réditos que esta genere, ello con el único objeto de salvar de una inminente disolución y liquidación de la sociedad concursada.

b) Instrumento de gestión para la administración de la sociedad concursada: El Plan de Reestructuración

El establecimiento de lineamientos de obligatorio cumplimiento para efectuar la reestructuración económica financiera que son atribuidos a la Junta de Acreedores, el

²⁸ Conformada por todos aquellos acreedores con créditos reconocidos por la sociedad concursada y cuya regulación se encuentra contenida en el Capítulo IV del Título II de la LGSC.

administrador concursal y la sociedad concursada (art. 67°), se encuentran plasmados en el PR (art. 66°), que a final de cuentas se convierte en un instrumento de gestión primordial y de observancia obligatoria por el administrador concursal, ya que contiene las obligaciones y acuerdos, impuestos y a los que ha llegado la Junta de Acreedores, cuyos términos deben cumplirse para que la sociedad concursada continúe en el mercado y se paguen los créditos impagos.

Este instrumento de gestión es tan amplio y complejo, que puede contener acciones concretas para la ejecución de la administración de la sociedad concursada, tales como: propuestas de financiamiento de la inversión requerida para que la sociedad concursada mantenga operativa o continúe su actividad comercial, la política laboral, mecanismos a implementar para la reestructuración económica y financiera de la sociedad concursada, el cronograma de pagos de los créditos a favor de los acreedores, régimen de interés, presupuesto de gastos y honorarios de la administración, estado de flujo entre otros. Sin embargo a pesar de la amplitud y complejidad que puede llegar a tener, lo cierto es, que este instrumento de gestión de obligatorio cumplimiento, no podrá contener todos los lineamientos, obligaciones o parámetros concernientes a la administración de la sociedad concursada, no porque sea imposible de realizarlo -en algunos casos podría serlo-, sino porque, es una labor innecesaria y poco práctica y que de algún modo resultaría restrictiva para la actuación del administrador concursal, puesto que -a nuestro juicio- existen rasgos y características propias de la actividad económica realizada por la sociedad concursada, que sencillamente no podrán ser incluidas del todo, por las complejidades que representa el día a día del proceso productivo y su administración, asimismo, porque podrían ser poco prácticas y restrictivas para la gestión empresarial, teniendo en cuenta que los mercados son dinámicos y complejos.

Por lo que el PR, deberá contener los principales límites y obligaciones del administrador concursal, relacionados a una administración que permita la consecución de la reflotabilidad de la actividad empresarial de la sociedad concursada y el pago de los créditos a favor de la junta de acreedores, claro está recogiendo de forma referencial, las características que resulten básicas y elementales de la actividad empresarial, salvo

que, la Junta de Acreedores decida reestructurar la actividad empresarial optando por la realización de una nueva.

c) *Nombramiento del Administrador Concursal*

Producto de la abstracción de la JGA del plano societario y la toma de mando de la sociedad concursada por parte de la Junta de Acreedores, esta última establece un régimen de administración temporal (art. 61°), es decir, procede a nombrar a un órgano de administración (directorio, gerentes, administradores y/o representantes), al que hemos denominado de forma general administrador concursal, pudiendo disponer para tal efecto: a) La continuación del mismo régimen de administración, es decir mantener en su cargo a los órganos de administración de la sociedad concursada, quienes ahora deberán responder a los intereses de la Junta de Acreedores (ya no al interés social de la sociedad o al de los accionistas) y supeditar su actuar a los lineamientos y obligaciones establecidos en el PR; b) Nombrar a un administrador concursal²⁹ inscrito en la nómina de administradores concursales de INDECOPI; o, 3) Optar por la adopción de un régimen de administración mixto, es decir, mantener en todo o en parte a los administradores de la sociedad concursada (directores y/o gerentes) y a su vez, nombrar a sus propios administradores concursales que podrán ser personas naturales o jurídicas quienes deberán actuar en conjunto con los anteriores administradores.

d) *La administración de la sociedad concursada: La labor del administrador concursal*

Las labores del administrador concursal y el rol que ejerce en la gestión y/o administración de la sociedad concursada, no se encuentra regulada ni desarrollada de forma expresa en la LGSC ni en normas sectoriales concursales; la LGSC simplemente se limita a establecer únicamente cuál será el régimen de administración de la misma y

²⁹ Este administrador concursal que funge como órgano de administración no tiene la denominación o equivalencia a la gerencia o directorio contemplado en la LGS, por lo que será el PR aprobado por la Junta de Acreedores, el que determine cual será la naturaleza de este administrador concursal.

la representación y facultades que ejerce el administrador concursal³⁰, mucho menos, se hace distinción entre las labores que ejerce un directorio o gerencia durante el séquito del PRP, ni los deberes que deben de cumplir (tal como lo hace la LGS).

Empero, como ya lo adelantamos anteriormente, la labor del administrador concursal dentro del PRP, en principio se ceñirá en estricto, al cumplimiento del PR aprobado por la Junta de Acreedores, puesto que este es el instrumento de gestión por antonomasia dentro del PRP, donde se incorporan las directrices³¹ (política de gestión, laboral, administrativa, contable, de financiamiento, entre muchas otras) aprobadas por la junta de acreedores, que se deberán seguir para lograr la reflotabilidad económica-financiera de la sociedad concursada y con ello lograr el pago ordenado de las acreencias impagas a los acreedores.

Por lo que podemos señalar que el administrador concursal en el PRP, cumple un rol multifacético y fundamental, dado que su labor incluye no solo la supervisión y control

³⁰ El Aartículo 61.4 hace referencia a que en caso se opte por un administrador inscrito en la nómina de administradores concursales de INDECOPI, este sustituye de pleno derecho en las facultades legales y estatutarias a los directores, gerentes, representantes legales y apoderados de la sociedad concursada; el artículo 61.5 hace referencia a que en caso se opte por un régimen de administración mixto, se designará quienes ocuparán los cargos administrativos y directivos y estos gozan de facultades de representación; y, el artículo 61.6 se establece de forma general que los representantes designados por la junta de acreedores tienen facultades generales de representación establecidos en el Código Procesal Civil.

³¹ Sin embargo, habrá ciertas directrices que no podrán ser incorporadas, no solo por las complejidades que le son inherentes a las operaciones comerciales, sino también porque resulta una labor tediosa, compleja y hasta imposible, poder contemplar todos los supuestos que se pudiesen suscitar durante las operaciones de la sociedad concursada, establecer una hoja de ruta de toda la operación resulta poco práctico, por lo que consideramos que se le otorga al administrador concursal una cierta discrecionalidad en su actuar al momento de gestionar la sociedad concursada, pero siempre respetando el PR.

de la gestión de la sociedad concursada, lo que implica: 1) evaluar su situación financiera; 2) cumplir con los objetivos y parámetros de gestión y/o administración establecidos en el PR; 3) convocar y presidir las juntas de acreedores, proteger los activos de la sociedad concursada; 4) cumplir con las obligaciones que le impone la LGSC; 5) negociar con los acreedores; 6) asegurar el cumplimiento de las obligaciones³² legales por parte de la sociedad concursada; y 7) liquidar la sociedad concursada en caso sea necesario; sino también, implica la maximización del valor del patrimonio de la sociedad concursada para los acreedores y contribuir a su viabilidad a largo plazo, en tanto de ser posible la reflatibilidad económica – financiera de la sociedad concursada no solo se logrará el pago íntegro de las acreencias impagas a favor de la junta de acreedores, sino también, la sociedad concursada retornará a manos de sus accionistas primigenios y ellos continuarán con la actividad empresarial de una sociedad de la cual tuvieron que ceder sus derechos y obligaciones para sortear una situación de insolvencia, que a la fecha de retorno ya no persiste.

Ahora bien, a pesar de la falta de precisión de la normativa concursal, como toda labor de un órgano de administración empresarial (independientemente de si nos encontramos en plano societario o concursal), esta se basa indiscutiblemente en la gestión y administración de la entidad de la cual se encuentre a cargo; en el caso de la sociedad concursada sometida al PRP, su administración ya no se centrará en la maximización del valor de los accionistas, si no, se centrará en la maximización del valor de la sociedad concursada para que ello traiga consigo el pago de las acreencias impagas a favor de la junta de acreedores.

Por otro lado, esta labor de administración se desarrollará de diferente forma dependiendo del administrador concursal que se haya optado, puesto que podremos encontrarnos ante una administración concursal ejercida por un directorio y/o gerencia, en caso se opte por los supuestos contemplados en los literales a) y c) del artículo 61.1 de la LGSC, en donde la gerencia se encargará de la administración y realización de las

³² Por ejemplo, la presentación de los informes periódicos contemplados en el artículo en el artículo 61.8.

operaciones diarias o cotidianas de la sociedad concursada, y, el directorio se enfocará en la supervisión estratégica de la misma y la maximización de su valor a favor de la junta de acreedores. Mientras que en caso se opte por el supuesto contemplado en el literal b) del artículo 61.1 de la LGSC, nos encontraremos ante la figura de un administrador concursal puro (sin que haya posibilidad de denominarlo u homologarlo a la figura de gerente o director), en el cual se condensan las labores de la gerencia y directorio, antes acotados.

1.3.4. Responsabilidades del Administrador Concursal contemplada en la Ley General del Sistema Concursal

A diferencia legislación concursal española que establece un amplio y detallado régimen de responsabilidad del administrador concursal³³, la LGSC, no establece un régimen jurídico de infracciones y sanciones extenso y detallado, referido a responsabilidad del Administrador Concursal por el incumplimiento de sus deberes³⁴ y obligaciones dentro del séquito del PRP; por ello, debemos analizar la LGSC para identificar si esta establece mecanismos y/o supuestos que determinen la responsabilidad del Administrador Concursal y de ser el caso, reparar los daños y perjuicios generados a la Junta de Acreedores, los cuales derivan del actuar negligente del Administrador Concursal en perjuicio de los intereses de la Junta de Acreedores o por el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en este cuerpo normativo, pero por sobre todo, por el incumplimiento del PR y la consecuente imposibilidad de recuperar las acreencias a favor de los acreedores por medio de la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada y que ha sido sometida al PRP; toda vez que, ante el incumplimiento del PR³⁵, por mandato expreso del artículo 67.4 de la LGSC, se da por finalizado el PRP,

³³ Véase la Sección 4ª del Capítulo II del Real Decreto Legislativo 1/2020, texto refundido de la Ley Concursal.

³⁴ No se establecen deberes a cargo del administrador concursal, tal como lo hace para la LGS para el órgano de administración societario.

³⁵ Se incumpla con las propuestas de financiamiento de la inversión requerida para que la sociedad concursada mantenga operativa o continúe su actividad comercial, no se adopte la política laboral,

junto con la sustitución de la JGA por parte de la Junta de Acreedores (señalada en el artículo 63°), así como el nombramiento del administrador concursal (señalado en el artículo 61°), disponiendo que la Autoridad Administrativa Concursal, ordene la liquidación y disolución de la sociedad concursada; frustrando así, en primer lugar, la recuperación de las acreencias tal como habían previsto la Junta de Acreedores, y en segundo lugar, la reflotabilidad económica-financiera de la sociedad concursada, condenándola a su fenecimiento en el mercado.

Ahora bien, de una larga revisión al articulado de la LGSC, podemos advertir que en relación a los Administradores Concursales, no establece causales, supuestos o mecanismos de responsabilidad que deba asumir frente a la Junta de Acreedores, por los daños y perjuicios que genere su actuar a cargo de la administración de la sociedad concursada, sin embargo, sí ha contemplado una serie de disposiciones de naturaleza administrativa sancionadora y penales (con su respectiva remisión al delito contenido en el Código Penal Peruano), aplicables a los administradores concursales, que no necesariamente hacen referencia a la responsabilidad de los Administradores Concursales frente a la Junta de Acreedores, pero que podrían servir de base para determinarla.

Así tenemos que el artículo 123° de la LGSC, establece que toda persona natural o jurídica que desempeñe la labor de administrador o liquidador concursal e incumpla alguna de las funciones impuestas por Ley, la Junta de Acreedores (para el caso que nos atañe: el incumplimiento del PR en el PRP) o la autoridad administrativa concursal a cargo del procedimiento concursal, esta última -en atención al nivel de gravedad de dicho incumplimiento- podrá imponer las siguientes sanciones:

- a) Multas que oscilan entre una (01) a cien (100) Unidades Impositivas Tributarias.

no se implementen los mecanismos para la reestructuración económica y financiera de la sociedad concursada, se incumpla con los pagos de los créditos a favor de los acreedores establecidos en el cronograma de pagos, no se observe el presupuesto de gastos y honorarios de la administración, entre otros.

- b) Suspensión del registro de administradores y liquidadores concursales señalado en el Título VI de la Ley.
- c) Inhabilitación permanente del registro de administradores y liquidadores concursales señalado en el Título VI de la Ley.

Por su parte el artículo 125° de la LGSC que forma parte del Título VII denominado “Régimen de Infracciones y Sanciones”, ha establecido de forma expresa las sanciones a las que se encontraría sujeto el Administrador Concursal por incurrir en alguna de las siguientes infracciones:

- a) Multa que oscila entre una (01) a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, por el incumplimiento total o parcial de la obligación de remisión de información establecida en el artículo 122.3 de la Ley (Copia del PR y sus modificaciones; valorización contable y tasación del total de activos recibidos al inicio del PRP y el total de activos existentes a la fecha de remisión del informe; honorarios y comisiones que han sido acordados y pagados; gastos incurridos; venta o adjudicación del patrimonio; relación de créditos pagados o adjudicados; créditos y gastos que hayan sido generados de forma posterior al inicio del PRP; entre otros).
- b) Multa hasta por cien (100) Unidades Impositivas Tributarias, por ocultamiento de bienes; simulación, adquisición de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; realización de actos de disposición patrimonial o para contraer obligaciones que no se refieren al desarrollo normal de su actividad).

Como podemos advertir, este régimen de infracciones y sanciones tienen por objeto -únicamente- determinar si el Administrador Concursal se encuentra incurso en un incumplimiento o inejecución de sus funciones u obligaciones contempladas en la LGSC y el PR, e imponerle multas de carácter administrativo sancionador por tal incumplimiento, sin embargo, no determinaría su responsabilidad frente a los perjuicios que pudiesen ocasionar tales incumplimientos a la Junta de Acreedores, ni mucho menos resarcir los daños que se les generaría como consecuencia de dichos incumplimientos. Es entonces, que queda claro que estos supuestos y/o multas, al fin y al cabo, no han sido previstas para determinar la responsabilidad o para resarcir el daño que la conducta o

actuar del Administrador Concursal, genera en la Junta de Acreedores, siendo el perjuicio más importante para los acreedores concursales, la no recuperación de sus acreencias.

Cosa distinta es la que ocurre con el Liquidador Concursal, puesto que el legislador si ha contemplado cuál sería su régimen de responsabilidad en el artículo 83.3 de la LGSC, estableciendo así de forma expresa -pero remisoria- que su responsabilidad se rige por las disposiciones de responsabilidad del órgano de administración societario contemplados en los artículos 161°,162°,177° y 184° de la LGS, siendo el que nos concierne para nuestra investigación el artículo 177°³⁶, el cual si hace referencia de forma expresa a que el liquidador concursal (haciendo extensivo la responsabilidad del órgano de administración societario) responderá de forma ilimitada y solidaria, ante la junta de acreedores³⁷. Empero, debemos señalar que este artículo dentro de la LGS, establece supuestos de responsabilidad frente a los accionistas y terceros o *stakeholders* (para el caso concursal acreedores y terceros o *stakeholders*), frente a los daños y perjuicios que se generen por: 1) acuerdos o actos contrarios a la ley; 2) El estatuto; 3) los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave; sin desarrollar que debemos entender por cada uno de estos supuestos, en especial por el último supuesto. Es por ello que, la doctrina ha respondido a esta suerte de ausencia normativa, es así que Hundskopf (2002), señala que la responsabilidad regulada en este artículo, hace referencia a aquellos actos o acuerdos contrarios a la ley o al estatuto, o que hayan sido realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave, que vía interpretación contienen un bagaje amplio de responsabilidades, desde la responsabilidad implícita por los supuestos de

³⁶ Toda vez que los artículos 161° y 162° hacen referencia a los impedimentos para asumir el cargo de administrador concursal y las consecuencias de asumir el cargo en caso de estar incurso en alguno de los impedimentos, mientras que el artículo 183° hace referencia a la responsabilidad penal por la que responderían los liquidadores concursales.

³⁷ Sobre el particular debemos señalar, que interpretando y aplicando el artículo 177° de la LGS, es posible señalar que el liquidador concursal, también podría responder de forma ilimitada y solidaria por sus actos, frente a los accionistas de la sociedad concursada y frente a terceros o *stakeholders*, ya que deja abierta esta posibilidad.

responsabilidad contenidos en la LGS o el estatuto (PR para el proceso concursal), la responsabilidad tácita por incumplimiento de funciones y atribuciones a las cuales no se les ha designado responsabilidad ya sea en la LGS o el estatuto, situaciones dolosas de toda índole (que conlleven responsabilidad civil o penal), abuso de facultades que conlleven el aprovechamiento indebido del patrimonio societario (patrimonio concursal), hasta la falta de diligencia y profesionalismo del actuar del administrador (pp. 138-139).

Como vemos, de alguna manera en este caso, el liquidador concursal respondería - haciendo una remisión a la LGS y a la doctrina-, ante un escenario amplio de supuestos y responsabilidades. Cosa que no ocurre con el administrador concursal, puesto que no se ha establecido a nivel normativo supuestos de responsabilidad. Sin embargo, ante esta ausencia normativa en aras de dotar de supuestos de responsabilidad al administrador concursal, cabe preguntarnos: ¿Si se podría aplicar supletoriamente la LGS, según lo señalado en la Primera Disposición Complementaria Final de la LGSC? En principio si sería posible, puesto que esta disposición señala que ante todo lo no previsto en la LGSC, son de aplicación supletoria la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Código Procesal Civil y la LGS, por lo que podríamos aplicar la LGS, en concreto el artículo 177°, para establecer -al igual que con el liquidador concursal- supuestos de responsabilidad sobre los cuales debería responder; sin embargo, queda abierta la posibilidad de hacer extensivos los demás supuestos de responsabilidad de los órganos de administración societario que se encuentran regulados en la LGS.

Sobre este último punto en particular, consideramos que, de ser viable vía aplicación supletoria, no solo se haría extensivo el supuesto de responsabilidad contenido en el artículo 177° de la LGS, sino todos los demás supuestos de responsabilidad contenidos en dicha Ley y que serían aplicables al administrador concursal³⁸, ampliando así, el bagaje

³⁸ Pues bien, consideramos que serían aplicable los supuestos de responsabilidad contemplados en los artículos: 12° (responsabilidad por actos *ultra vires*), 40° (responsabilidad por reparto indebido de utilidades), 76° (responsabilidad respecto a la revisión del valor de aportes no dinerarios), 117° (responsabilidad por la no realización de convocatoria a junta general de accionistas a solicitud de los accionistas), 162° (responsabilidad respecto a impedimentos sobrevinientes), 171°

de supuestos de responsabilidad del administrador concursal frente al único supuesto de responsabilidad establecido para el liquidador concursal.

1.3.5. Mecanismos para indemnizar los daños generados a la Junta de Acreedores, previstos en la Ley General del Sistema Concursal

Al igual que en el apartado anterior, la LGSC a lo largo de su articulado, no ha contemplado de forma expresa mecanismos de los cuales se puedan valer la junta de acreedores dentro del procedimiento concursal, para reparar los daños que deriven de los supuestos de responsabilidad en los que incurriría el administrador concursal, no obstante, consideramos que debemos prestar especial atención a lo señalado en el artículo 120.2 de la LGSC, ya que ha establecido que la autoridad administrativa concursal (INDECOPI), se encuentra en la obligación de exigir al Administrador Concursal, una carta fianza a favor de INDECOPI, la misma que deberá ser solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática a requerimiento de la autoridad administrativa concursal.

La LGSC, a lo largo del articulado restante, no señala cual es el fin de la emisión de dicha carta fianza por parte del Administrador Concursal, ni tampoco que es lo que garantiza³⁹, ni bajo que supuestos se gatillaría, ni si sería necesario determinar el

(responsabilidad el desempeño del cargo de órganos de administración con la diligencia debida), 175° (responsabilidad sobre la información), 176° (responsabilidad frente al incumplimiento de obligaciones por perdidas en los estados financieros), 179° (responsabilidad sobre, contratos, créditos, prestamos o garantías), 180° (responsabilidad por conflictos de intereses), 191° (responsabilidad solidaria entre gerentes y directores), 218° (responsabilidad en el supuesto de devolución de aportes antes del vencimiento del plazo establecido en la ley), 225° (responsabilidad por la aprobación de la memoria y estados financieros), 348° (responsabilidad en caso de fusión), y 349° (responsabilidad en caso de escisión), pero realizando la respectiva adecuación al proceso concursal.

³⁹ Como, por ejemplo: salvaguardar los intereses de los acreedores de la sociedad concursada o el pago de las multas impuestas al administrador concursal, siendo esta última la que más guarda sentido para que se le otorgue esta facultad a INDECOPI de exigir cartas fianza.

incumplimiento de alguna obligación junto con la responsabilidad del Administrador Concursal. Sin embargo, a través de la Directiva N° 180-2015/COD, se ha establecido o desarrollado sus alcances, ante la ausencia de desarrollo normativo por parte del legislador respecto a la utilidad de este instrumento, amparándose en lo prescrito en el artículo 124° de la LGSC, que faculta a INDECOPI a determinar los alcances de las normas que regulan las funciones y responsabilidades de las entidades administradoras y liquidadoras del procedimiento concursal. Es así que, del punto IV.1 de la directiva en mención podemos apreciar que INDECOPI, establece que esta carta fianza es un instrumento destinado a “garantizar el correcto desempeño de las entidades administradoras y liquidadoras en los procedimientos concursales a su cargo”, sin embargo, no se señala que debemos entender por correcto desempeño, ni que se garantiza con el correcto desempeño del administrador o liquidador concursal⁴⁰.

⁴⁰ Debemos señalar que la derogada Directiva N° 001-2004/DIR-INDECOPI, estableció de forma concreta que garantizaba la carta fianza que se exigía dentro de los procedimientos concursales, básicamente se encargaba de resguardar dos intereses: a) El resguardo de los derechos de los acreedores comprendidos dentro del PRP, relegándose, los términos, características, alcances, implicancias y modificatorias de dicha garantía o resguardo, a la Junta de Acreedores, quienes plasmaran los términos en el Plan de Reestructuración; y, b) A falta de estipulación expresa, para asegurar de forma subsidiaria el pago de las sanciones administrativas (multas) impuestas por la autoridad administrativa concursal “en resguardo de la legalidad y los derechos de los acreedores”. Es entonces que, podríamos concluir que con la formula normativa derogada, la carta fianza serviría -de alguna manera- para garantizar o reparar los daños y perjuicios generados a los acreedores, en función a los términos plasmados en el PR, los cuales serán pactados a libre elección de la Junta de Acreedores, pudiendo responder a supuestos concretos referidos a la conducta o actuar negligente por parte del administrador concursal en perjuicio de los intereses de los acreedores, y de forma supletoria, en caso la Junta de Acreedores no lo hubiera establecido para tal efecto, esta carta fianza servirá para responder por las multas -antes detalladas- que se impongan al Administrador Concursal.

Ahora bien siguiendo la misma línea argumentativa que con la responsabilidad, podríamos aplicar supletoriamente la LGS, en concreto el artículo 181° que relega a la acción judicial civil o comercial, cualquier tipo de indemnización que se solicite con motivo de los daños y perjuicios originados por parte del órgano de administración societario, siendo en este caso, el administrador concursal, acción que de conformidad al artículo 184° caduca a los dos (02) años del acuerdo o acto que originó el daño.

1.4. La disolución y liquidación de la sociedad concursada

La otra cara de la moneda al PRP y como consecuencia de la imposibilidad de sortear la situación de insolvencia de la sociedad concursada, es la disolución y liquidación⁴¹ de la misma, las cuales son el paso previo que la sociedad indefectiblemente ha de sortear (ya sea voluntariamente o por orden de un tercero) antes de declararse su extinción; tal y como lo adelantamos en acápites anteriores, es una consecuencia directa ante el incumplimiento del PR, lo que significa el fracaso del PRP.

La disolución de una sociedad, tanto en el plano concursal como societario, tiene como efecto –aunque la Ley no lo señale expresamente, que la misma deje de realizar todo tipo de actos orientados a desarrollar el objeto social para la cual fue constituida. La disolución implica la conclusión de su objeto o interés social, y no a la extinción de la misma, es decir aún mantiene su personería jurídica. Con la disolución, la sociedad pierde toda capacidad para la realización de las actividades comerciales orientadas al cumplimiento de su objeto social, sin embargo, subsiste su capacidad para la realización de actos orientados a disolver los vínculos jurídicos con los que cuente la sociedad frente a terceros, sus accionistas y por estos últimos entre sí, los mismos que se encuentran dentro del proceso de liquidación. Asimismo, luego de acordada su disolución, una sociedad

⁴¹ Vercher (2021), señala que no debe confundirse disolución con liquidación, en tanto la última es la consecuencia de la primera, por lo que la liquidación no puede suscitarse sin que previamente se haya materializado la disolución, asimismo, señala que la liquidación resulta ser un paso previo e intermedio, entre la disolución y la extinción de una sociedad (p. 15).

puede continuar con su actividad, pero con la calidad de sociedad irregular o como sociedad en liquidación (Montoya, 2004, pp. 306-307).

Pues bien, la LGSC, en sus capítulos VI y VII, ha contemplado dos supuestos de disolución y liquidación concursal, el primero referido al iniciado por acuerdo de la junta de acreedores, y, el segundo al iniciado por la Comisión de Procedimientos Concursales. Cabe resaltar que estos procedimientos, no debe confundirse con el procedimiento de disolución y liquidación societario regulado en la LGS (al cual nos avocaremos al término del presente acápite), puesto que responden a naturalezas y causales distintas a las reguladas en la normativa concursal, empero, es de aplicación supletoria al procedimiento de disolución y liquidación concursal por mandato de los artículos 95 y 98 de la LGSC.

Tal y como veremos más adelante, la naturaleza de la disolución y liquidación concursal, se centra básicamente en satisfacer las acreencias impagas a favor de la junta de acreedores (objeto del procedimiento), cuando la sociedad concursada se encuentra en una situación de insolvencia que impide cumplir con la cadena de pagos, por lo que ante esta situación, ya sea sociedad concursada o por lo general -en la gran mayoría de los casos- la junta de acreedores, recurre a la autoridad concursal para dar inicio al procedimiento de disolución y liquidación concursal para buscar tutela sobre sus créditos impagos, al igual que lo hace el PRP. Por su parte la disolución y liquidación regulada en la LGS, no responde propiamente a una situación de insolvencia (aunque podría de alguna forma), sino que, responde a causales totalmente distintas, tales como el libre arbitrio de los accionistas, el cumplimiento de su objeto social y otras que establezca su estatuto.

1.4.1. La disolución y liquidación iniciada por la junta de acreedores

Este supuesto regulado en el capítulo VI de la LGSC, se adopta por acuerdo de la junta de acreedores (según mayorías establecidas en el art. 53), lo que da origen a un Convenio de Liquidación en el cual se establecen todos los parámetros y condiciones que rigen esta etapa (nombramiento del liquidador concursal registrado en la nómina de liquidadores concursales del INDECOPI, honorarios del liquidador, gastos del proceso de liquidación, mecanismos para el cumplimiento de los requerimientos de información periódica, modalidades y condiciones de la realización de los bienes de la sociedad concursada, la cadena de pagos y el régimen de intereses), debiendo precisar, que la solicitud de

disolución puede ser presentada ya sea por la sociedad concursada (art. 24.2) o por la propia junta de acreedores.

Pues bien, una vez adoptado el acuerdo de disolución y liquidación, se suscribe el Convenio de Liquidación por parte del liquidador y el presidente de la junta de acreedores (art. 77), declarando e iniciando el procedimiento de disolución de la sociedad concursada y ordenando su liquidación en los términos del convenio.

Posteriormente, dentro de los cinco (05) días siguientes, el liquidador dispone su publicación en el diario oficial El Peruano, publicitando así, el inicio de la disolución y liquidación de la sociedad concursada y la aprobación del convenio, requiriendo a quienes posean bienes y documentos del deudor, su entrega inmediata al liquidador. Asimismo, dentro de los quince (15) días siguientes a la celebración del convenio, el liquidador inscribe el convenio ante la Superintendencia de los Registros Públicos (art. 78).

Ahora bien, la suscripción del Convenio de Liquidación, supone una serie de consecuencias gravosas que se desencadenan sobre la sociedad concursada, así tenemos:

- a) La suspensión de todas sus actividades comerciales, salvo que la junta de acreedores, opte por la liquidación en marcha, por estimarse que se obtendría un mayor provecho para satisfacer las acreencias impagas, por lo que, en este último caso la liquidación deberá efectuarse en un plazo de seis (06) meses (art. 74).
- b) La cesación en el cargo de todos los órganos de administración de la sociedad concursada, dado que, será el liquidador concursal el llamado a asumir dichas funciones y su representación, hasta que se liquide la sociedad concursada (art. 82). Debiendo ejercer sus facultades y atribuciones conferidas por la LGSC, con la diligencia correspondiente a su función de conformidad a lo pactado por la junta de acreedores y las disposiciones legales vigentes, así como, representar los intereses generales de los acreedores y del deudor en cuanto puedan interesar a la masa concursal (art. 83)

- c) El desapoderamiento de todos los activos (incluso futuros art. 86) y las obligaciones a su favor de las cuales es titular la sociedad concursada, servirán para el pago de las acreencias impagas a favor de la junta de acreedores (arts. 80 y 82) siguiendo el orden de prelación contemplado en el artículo 88.
- d) Se harán exigibles todas las obligaciones que se encuentren a su cargo, incluso las que no se encuentren vencidas (art. 82).

Como dato adicional, la LGSC permite la transición del procedimiento de disolución y liquidación al PRP, siempre y cuando el liquidador habiendo asumido funciones, advierta de la información que obtuviese o de la ocurrencia de nuevos factores, que resulta viable tal transición, por lo que deberá informar al presidente de la junta de acreedores, para que este, de considerarlo así, convoque a la junta de acreedores para que adopten la decisión que consideren pertinente. Sin embargo, se establece una única excepción a esta transición al PRP, cuando se tuviese pérdidas acumuladas superiores al total de su capital social (art. 91), lo cual resulta lógico, puesto que la sociedad concursada virtualmente, no tendría respaldo alguno que respalde los créditos impagos, por lo que su adopción sería en demasiado riesgosa.

Por último, habiéndose cumplido con el Convenio de Liquidación y consecuentemente con el objeto del procedimiento de disolución y liquidación, el liquidador concursal transita a la última etapa de este procedimiento, por lo que procede a realizar la inscripción de la extinción del patrimonio de la sociedad concursada en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, por lo que, a partir de su inscripción, se extingue de pleno derecho la sociedad concursada (art. 91), ello en concordancia con lo señalado en el artículo 421° de la LGS, de aplicación supletoria al procedimiento de disolución y liquidación concursal, en mérito de lo señalado en el artículo 95° de la LGSC.

1.4.2. La disolución y liquidación iniciada por la Comisión de Procedimientos Concursales - CPC

A diferencia del supuesto anterior, el regulado en el capítulo VII de la LGSC, se gatilla de oficio cuando la CPC, advierte que se configura alguno de los supuestos contemplados en el artículo 96 de la LGSC, supuestos que responden a la falta de realización algún acto

en particular, en alguno de los procedimientos contemplados a lo largo de la LGSC y que básicamente su falta de realización es imputable a la inacción de la junta de acreedores o la de alguno de sus miembros; tal y como veremos a continuación:

- a) La falta de instalación de la junta de acreedores tras su convocatoria.
- b) La falta de adopción de acuerdo sobre el destino del deudor concursado, ya sea someterlo al procedimiento concursal ordinario, el PRP o la disolución y liquidación concursal a solicitud de la junta de acreedores.
- c) La no aprobación del PR.
- d) La falta de suscripción del Convenio de Liquidación
- e) La falta de designación de un reemplazo del liquidador renunciante en los plazos previstos en la Ley.

Luego de la verificación de la concurrencia de alguno de los supuestos antes señalados, la CPC, dispone vía resolución, la disolución y liquidación de la sociedad concursada y dispone su publicación por única vez en el diario oficial El Peruano, siendo esta decisión irreversible (art. 96); ya que a nuestra consideración lo que busca la LGSC es castigar la decidía de los acreedores concursales y a su vez, tutelar las acreencias impagas de manera forzosa, puesto que tal y como lo señalamos, anteriormente, el crédito es un instrumento de mucho valor para el crecimiento y productividad de los agentes en el mercado, a tal punto, que merece una tutela especial a efectos de que el incumplimiento de las obligaciones que emanan de este, no genere distorsiones en el mercado ni quiebre la confianza entre las partes y en el propio mercado, siendo esto último lo que resulta eminentemente necesario para lograr la consecución de transacciones comerciales.

Acto seguido, la CPC en el mismo acto de publicación señalado anteriormente, convocará a la junta de acreedores, para que, una vez instalada la junta, sean estos los que designen al liquidador concursal y aprueben el Convenio de Liquidación (en los términos señalados en el capítulo VI, en cuanto resulte aplicable hasta llegar a la inscripción de la extinción de la sociedad concursada). En caso, no se instalase la junta o instalándose no se llegase a un acuerdo, la CPC, de oficio, podrá designar un liquidador responsable,

siempre que se cuente con aceptación expresa de este último, por lo que de ser así, el liquidador deberá realizar todos los actos necesarios para la realización de los activos de la sociedad concursada y la elaboración de un informe final de liquidación, para luego dar lugar a la presentación judicial de quiebra, en los términos regulados en el Título III de la LGSC. En caso no se cuente con liquidador que asuma la responsabilidad, se da por concluido el proceso y se levantan todos los efectos del concurso (art. 97).

1.4.3. La disolución y liquidación contemplada en la LGS

Como bien lo adelantamos, este procedimiento difiere del contemplado en la normativa concursal, ya que la LGS ha establecido en su artículo 407⁴², nueve causas o supuestos que conllevarían a la disolución de una sociedad y que en su gran mayoría responderían estrictamente a la voluntad de la junta general de accionistas y no a una situación de insolvencia propiamente dicha. Así tenemos que las causas o supuestos de disolución ⁴³son los siguientes:

- a) Vencimiento del plazo de vigencia de la sociedad, en caso no haya establecido que la misma es de duración indeterminada, por lo que opera de pleno derecho.
- b) Conclusión de su objeto, la no realización de su objeto durante un periodo prolongado o imposibilidad de realizarlo.
- c) Continuada inactividad de la junta general.

⁴² No tomamos en cuenta las causales establecidas en el artículo 408, por ser causales específicas para las sociedades colectivas o en comandita, además que, no son parte de nuestro objeto de estudio.

⁴³ Sobre el particular el ALGS, establece en su artículo 394.1, algunas modificatorias a las causales en la vigente LGS, que buscan básicamente la permanencia de las sociedades en el mercado, puesto que se flexibiliza las causales referidas a la inactividad de la sociedad (literal b) y la pluralidad de socios para la sociedad anónima o sociedad comercial (literal e)

- d) Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior de la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente.
- e) Acuerdo de la junta de acreedores.
- f) Falta de pluralidad de socios, si dentro del término de seis meses de producida la pérdida de pluralidad, esta no se restituye.
- g) Resolución adoptada por la Corte Suprema, conforme al artículo 410.
- h) Acuerdo de la junta general, sin que medie causa legal o estatutaria.
- i) Cualquier otra causa establecida en la ley, pacto social, estatuto o en convenio de accionistas registrados en la sociedad.

Podemos advertir, del listado anterior la gran mayoría de las causales se deben a la voluntad de los accionistas o están relacionadas a ellos, a excepción de las señaladas en los literales: d), que si bien podría responder a una deficiente o negligente administración de la sociedad, también es cierto que puede responder factores externos del mercado donde desarrolla su actividad comercial y que resultan ajenos a la esfera de dominio del administrador societario y de los accionistas; f), que podría responder a la separación intempestiva de los accionistas o el fallecimiento sobrevenido de los mismos, sobre todo en una realidad como la peruana donde el grueso de sociedades se limitan a cumplir con el número mínimo de accionistas para su constitución; y, g), que se materializa por mandato judicial, por lo que la decisión de disolución de la sociedad se encuentra fuera de la esfera de dominio de los accionistas. Sin embargo, un caso particular es el señalado en el literal d), puesto que, de agravarse esta situación, la sociedad podría devenir en una situación de insolvencia, por lo que, es posible que el contenido de fondo contemplado en esta causal, pueda ser utilizado por la sociedad para someterse al procedimiento concursal preventivo contemplado en el título VI de la LGSC, en aras de tutelar el patrimonio societario y lograr un acuerdo global de refinanciación de sus créditos impagos con sus acreedores.

Ahora bien, la JGA al verificar la materialización de alguno de los supuestos contemplados en el artículo 407 de la LGS, deberá adoptar el acuerdo de disolución, de conformidad a las mayorías exigidas por Ley y publicar el acuerdo dentro de diez (10) días de adoptado y tres veces consecutivas, para posteriormente, ingresar la solicitud de inscripción de la disolución ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (art. 412), para que así, se pueda dar inicio al procedimiento de Liquidación.

Como ya se adelantó, disolución de la sociedad, conlleva al fenecimiento de la misma, pero en términos en los cuales deja de realizar toda actividad comercial para el cumplimiento de su objeto social, subsistiendo únicamente su capacidad para el desarrollo de actividades que resulten necesarias para el procedimiento de liquidación y su posterior extinción. Es así que, una vez inscrita la disolución, damos inicio al proceso de liquidación, el cual puede entenderse de dos formas: la primera referida al procedimiento donde convergen relaciones de índole material y jurídica para el reparto del patrimonio social entre los accionistas, previo pago de los créditos pendientes de pago a los acreedores; y, la segunda referida a la etapa intermedia en la que se encuentra una sociedad, entre la disolución y liquidación de la misma, así como el inicio de la fase extintiva de la sociedad (Montoya, 2004, pp. 310-311).

Durante este proceso, la sociedad mantiene su personería jurídica, pero trae como consecuencia los siguientes efectos (art. 413):

- a) La sociedad debe de añadir a su razón social o denominación la expresión “en liquidación”. Esta debe incluirse, así también, en toda la documentación que esta emita, a modo de publicitar y revelar ante terceros su situación actual y las consecuencias que derivan de esta.
- b) El cese en el cargo de todos los órganos de administración, lo cual resulta lógico, en tanto, al perder su capacidad legal para el fin para la cual fue creada, carece de todo sentido que mantenga órganos societarios cuyo fin es el cumplimiento de su objeto social.

- c) Nombramiento de liquidadores, quienes ejercerán las funciones establecidas en la LGS, el estatuto, el pacto social, los acuerdos de la JGA y/o los convenios entre accionistas que se hayan suscrito.

Respecto al nombramiento de liquidadores, tenemos que su designación se realiza en número impar (siendo posible señalar suplentes) y puede realizarla la JGA, los socios o el juez (en caso de quiebra o configurarse la causal de disolución contemplada en el numeral 7 del art. 407), salvo que el estatuto, el pacto social, los acuerdos de la JGA, la Ley o los convenios entre accionistas, dispongan lo contrario (art. 414). Por otro lado, los liquidadores ejercen la representación legal y procesal de la sociedad en liquidación y su administración para liquidarla. Asimismo e la LGS, establece las funciones para los liquidadores que deberán cumplir de forma adicional a las señaladas en el estatuto, el pacto social, los acuerdos de la JGA, la Ley o los convenios entre accionistas, referidas a obligaciones formales (tales como la custodia de los activos, libros y correspondencia; formulación de inventarios, transferencias a título oneroso de los bienes sociales; labores de gestión, brindar información sobre estados financieros y demás cuentas a los accionistas, presentar un balance final de liquidación, entre otros) y obligaciones sustantivas (velar por la integridad del patrimonio de la sociedad) (arts. 416, 418 y 419).

Para la distribución del haber social y como requisito previo para dar paso a la extinción de la sociedad, la LGS establece que la JGA deberá aprobar y publicar por una sola vez, la memoria de liquidación, la propuesta de distribución del patrimonio neto, el balance final de liquidación, el estado de ganancias y pérdidas y demás cuentas, junto con la auditoría que haya dispuesto la JGA o la Ley (art. 419). Es así que una vez aprobada dicha documentación, y en caso exista haber social remante por distribuir, se procede a su distribución entre los accionistas, con arreglo a las disposiciones contenidas en el estatuto, el pacto social, los acuerdos de la JGA, la Ley o los convenios entre accionistas (art. 420).

Por último, concluida su distribución, se procede a inscribir su extinción en el registro correspondiente de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Inscripción que realiza el o los liquidadores en los términos señalados por el artículo 421°, por lo que una vez inscrita, se extingue de pleno derecho la personería jurídica de la sociedad.

1.5. Punto de integración entre el derecho de concursal y el derecho de sociedades

Sin lugar a dudas, luego de haber desarrollado las instituciones societarias y concursales, podemos indicar que esta es la base sobre la cual se erige la presente investigación y sobre la cual se postula la posibilidad de la extensión de los deberes fiduciarios previstos para los órganos de administración de las sociedades, al administrador concursal nombrado por la Junta de Acreedores en los PRP; puesto a través de este procedimiento *sui generis* regulado en la normativa concursal, es que se integran y confluyen tanto el derecho concursal como el derecho de sociedades, en dos grandes momentos, en primer lugar, al momento de darse la abstracción de la JGA como máximo órgano de control político y de administración del plano societario, para pasar ser sustituida por la Junta de Acreedores, quien una vez iniciado el PRP, asume todas sus competencias, derechos y funciones. Y, en segundo lugar, al nombrarse un administrador concursal por parte de la Junta de Acreedores, a quien se le delega la labor de que, por medio del cumplimiento del PR, proceda a reflotar económica y financieramente la sociedad concursada con el único objeto de efectuar el pago de las acreencias impagas a favor de la Junta de Acreedores.

Al configurarse estos dos grandes momentos, podemos ver como se materializa dentro del plano concursal por imperio del artículo 63° de la LGSC, una relación de agencia propia del derecho de sociedades, puesto que se replica en términos y condiciones casi idénticos, la relación de agencia que se suscita al momento en que un conjunto de personas con un *animus o affectio societatis* conforman una sociedad y le delegan a un tercero la administración de la misma, con el único objeto de que cumpla fiel y diligentemente con el mandato delegado, para lo cual ciñe su actuación y la de la sociedad que administra, en beneficio del accionistas. Siendo el mismo caso que sucede dentro del PRP, pero con ciertos matices, pero que, a final de cuentas permiten afirmar la configuración de una relación de agencia dentro de este procedimiento *sui generis*.

1.5.1. La Sustitución de la Junta General de Accionistas por parte de la Junta de Acreedores, durante el Procedimiento de Reestructuración Patrimonial

Como ya adelantamos, anteriormente uno de los requisitos *sine qua non* para la materialización del PRP, es la abstracción de la JGA del plano societario, para dar

pase a que la Junta de Acreedores, tome las riendas en el control y administración de la sociedad, la cual será ejecutada por el administrador concursal que designe.

Ello sin lugar a dudas, independientemente del mandato establecido en el artículo 63°, nos permite ubicar a la Junta de Acreedores y a los acreedores que la conforman, en el lugar de “principal” dentro de la relación de agencia o relación fiduciaria, puesto que en mérito de la sustitución de la JGA de la sociedad concursada, tendrán que delegar⁴⁴ en un “agente” (administrador concursal), un mandato de administración de la sociedad concursada, para que cumpla con la reiterada finalidad del PRP, que es la reflotabilidad económica y financiera de la sociedad concursada, con el único objeto de efectuar el pago de las acreencias impagas a favor de la junta de acreedores por medio de la actividad comercial de la sociedad concursada, la cual deberán administrar.

1.5.2. Nombramiento del Administrador Concursal: Configuración de la relación y problemas de agencia dentro del Procedimiento de Reestructuración Patrimonial

Es en este momento, en el que se configura la relación de agencia puesto que la Junta de Acreedores una vez haya sustituido a la JGA de la sociedad concursada y adquirir la calidad de “principal”, procede al nombramiento del administrador concursal según lo estipulado en el artículo 61° de la LGSC, es decir procede a delegar la administración de la sociedad concursada en un “agente”, en el cual deposita su confianza y le encarga una serie de funciones y actividades específicas contenidas en el PR en beneficio de la Junta de Acreedores, que se traduce en buena cuenta, en la administración de la sociedad concursada orientada a su reflotabilidad económica – financiera, con el objeto de efectuar el pago ordenado de las acreencias impagas. Es así que, dentro del derecho concursal, se configura una relación de agencia, pero que, a diferencia de la societaria, **esta relación de agencia concursal, resulta ser temporal, en tanto no tiene vocación de ser indeterminada como lo**

⁴⁴ Nos referimos en imperativo, puesto que el nombramiento de un administrador concursal es una obligación por parte de la Junta de Acreedores dentro del PRP, tal como lo prescribe el artículo 61° de la LGSC.

es la relación de agencia societaria, dado que operará mientras se encuentre vigente el PRP, y una vez finalizado este último, procederá a extinguirse.

Por otro lado, esta relación de agencia dentro del derecho concursal, **no persigue un interés social⁴⁵, sino un interés crediticio o pecuniario**, orientado básicamente -como lo hemos venido señalando largamente a lo largo de la presente investigación- a la recuperación o pago de los créditos a favor de los acreedores, pero que en el fondo guardan una similitud esencial, la cual es la realización de una determinada actividad económica a favor de los accionistas o acreedores.

Ahora, en relación a la configuración de los problemas de agencia, extrapolando lo señalado por Martínez (2003) -en referencia a los problemas de agencia en el derecho societario- al PRP, surgirán en el momento en que la Junta de Acreedores (principal) delegue la administración de la sociedad concursada a favor del Administrador Concursal (agente), y que producto de la realización de los diversos actos jurídicos realizados por este último, en mérito de la delegación de la administración y el mandato que esta contiene, generen costos de transacción para el principal, derivados de la conducta oportunista del agente o del incumplimiento de alguna de sus obligaciones (incumplimiento del PR, por ejemplo) (pp. 280-281), configurándose en este extremo -en palabras de Armour, Hansmann & Kraakman (2016)- una de las tres principales fuentes de oportunismo que componen los problemas de agencia, el conflicto entre administradores y accionistas o en este caso, el conflicto entre acreedores y administrador concursal (184-185).

⁴⁵ Entendido en palabras de Sanz (2019), como la noción medular y fundamental del derecho de sociedades moderno, puesto que de este emanan o se construye todo el marco institucional del contrato de sociedad y se configuran tanto derechos y deberes de los accionistas y los órganos de administración. Por otro lado, este interés es eminentemente lucrativo, se instituye de la mano del *afectio societatis*, con el objeto de que la sociedad realice determinada actividad y que produzca un beneficio o ventaja patrimonial en sus accionistas (pp. 491 -450).

Cabe señalar, que a diferencia de lo que sucede en el derecho societario, producto de la configuración de un problema de agencia, en el caso del problema de agencia que se suscite dentro del PRP, puede conllevar al fin de este procedimiento y al fin de la relación de agencia como tal, en tanto que, si este problema de agencia, representado como la conducta oportunista del administrador concursal que en aras de generar un provecho o ventaja patrimonial y en desmedro de los interés de la junta de acreedores, conllevaré al incumplimiento del PR (se incumpla con las propuestas de financiamiento de la inversión requerida para que la sociedad concursada mantenga operativa o continúe su actividad comercial, no se adopte la política laboral, no se implementen los mecanismos para la reestructuración económica y financiera de la sociedad concursada, se incumpla con los pagos de los créditos a favor de los acreedores establecidos en el cronograma de pagos, no se observe el presupuesto de gastos y honorarios de la administración, entre otros), por mandato del artículo 67.4 de la LGSC, se da por finalizado el PRP, junto con la sustitución de la JGA por parte de la Junta de Acreedores señalada en el artículo 63° y el nombramiento del administrador concursal señalado en el artículo 61°, y, se dispone a la liquidación y disolución de la sociedad concursada; frustrando así, en primer lugar, la recuperación de las acreencias tal como habían previsto la Junta de Acreedores, y en segundo lugar, la reflatibilidad económica financiera de la sociedad concursada, condenándola a su fenecimiento en el mercado.

1.6. Marco Teórico

Los deberes fiduciarios deben ser aplicados en todo aquel contexto en el que se configure una relación de agencia. Esa es la premisa básica y elemental de la presente investigación.

Tal es el caso de los PRP, donde por mandato legal, la relación de agencia constituida de la mano del *affectio societatis* y la delegación de obligaciones y responsabilidades realizados por la JGA, a un órgano de administración -en el caso de las sociedades- para la consecución de su objeto social o interés social, queda sin efecto temporalmente, sustrayéndose del ámbito jurídico para ser reemplazada por una Junta de Acreedores que ejercerá las funciones de la JGA sustituida, nombrará un administrador concursal

(independientemente de si ratifique la administración de la sociedad concursada, nombre un nuevo administrador concursal o mantenga un régimen mixto), pero en este contexto, se delegarán obligaciones y responsabilidades para la recuperación de los créditos, ya que conforme lo establece el Título Preliminar de la LGSC, es el objeto de todo procedimiento concursal.

Por otra parte, postulamos una interpretación de la teoría de la agencia desde el seno del PRP, que es propio del derecho concursal peruano y un caso sui generis, por dos sencillas razones: la primera, -que ya ha sido esbozada en parte en el primer párrafo de este acápite- porque que donde se configuren los elementos constitutivos de una agencia (principal, agente y mandato), nos encontraremos ineludiblemente ante una relación de agencia propia del derecho de sociedades; y la segunda, porque el PRP, la sustitución de la JGA por parte de la Junta de Acreedores y el nombramiento del administrador concursal, y la consecuente configuración de una relación de agencia, son actos que se dan o emanan desde el seno una sociedad mercantil, que resulta siendo utilizada como un mecanismo o medio concursal, para tutelar los créditos y efectuar su pago a favor de los acreedores.

Del mismo modo, cabe preguntarnos ¿Cuál es el objeto por el que se pretende hacer extensivos los deberes fiduciarios conceptualmente definidos, desarrollados y aplicados a las sociedades por parte la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada?

Atendiendo a esta interrogante debemos indicar que el objeto recae, en dos premisas: la primera, al igual que sucede en las sociedades, para que el administrador concursal ejecute sus obligaciones y funciones contenidas en el PR, de la forma más diligente posible, no solo logrando la recuperación del crédito (que es el objeto del PRP y lo que a fin de cuentas es lo que le importa a los acreedores), sino también, permitiendo que la sociedad concursada sometida al PRP, mantenga su personería jurídica y actividad comercial dentro del mercado y no recaiga en la liquidación y disolución, que es la consecuencia inmediata al no cumplimiento del PR; y la segunda, es que existe la posibilidad de la ocurrencia de problemas de agencia dentro del seno concursal del PRP, problemas de agencia concursales, que no han sido contemplados o definidos como tales dentro de la jurisprudencia o doctrina, por ser el caso peruano un supuesto especial.

Aunado a ello, debemos advertir que la LGSC, no ha establecido responsabilidades del administrador concursal frente a la Junta de Acreedores por el incumplimiento de sus obligaciones y funciones enmarcadas dentro del PR; simplemente el legislador se ha limitado a establecer una serie de sanciones administrativas, que en buena cuenta no cautelan ni reparan los perjuicios que ocasionen con motivo de dicho incumplimiento, a la Junta de Acreedores y -de ser el caso- a la JGA. Por lo que, de la mano del establecimiento de los deberes fiduciarios concursales, se podrá determinar no solo si incurrió o no en un actuar negligente como buen administrador concursal, sino también el nivel de responsabilidad y las obligaciones incumplidas en perjuicio de la Junta de Acreedores.



CAPÍTULO II: CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN DE AGENCIA Y DE LOS PROBLEMAS DE AGENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL

2.1. Introducción

Tal como hemos podido observar en el Capítulo anterior, partimos de la premisa teórica, de que en mérito de las disposiciones de imperioso cumplimiento contenidas en la LGSC, es posible que dentro de un PRP propio del Derecho Concursal, se configure una “relación de agencia” propia del Derecho de Sociedades; puesto que al abstraerse del plano societario a la JGA por mandato del artículo 63.3º de la LGSC, y ser sustituida por la Junta de Acreedores (en sus funciones, derechos, obligaciones y competencias) como órgano de máxima jerarquía a nivel político y administrativo dentro de la sociedad concursada, la Junta de Acreedores asume el rol de “principal” dentro de la “relación de agencia concursal” *sui generis*; y, posteriormente como consecuencia de la asunción de funciones por parte de la Junta de Acreedores que reemplaza a la JGA, se realiza el nombramiento de un administrador concursal, el cual en mérito de la delegación de confianza y un mandato que recae sobre su labor, se constituye en el rol de “agente” dentro de la relación de agencia concursal.

Del mismo modo, proponemos que, habiéndose configurado la relación de agencia concursal dentro del PRP, es posible -tal como propone la doctrina- la materialización de los problemas de agencia, puesto que estos, surgen ante conductas oportunistas del administrador concursal que busquen la obtención de ventajas patrimoniales a su favor, de terceros o de los propios acreedores, en desmedro de los intereses de la Junta de Acreedores y de los acreedores que la conforman, pero que, en caso del PRP, este desmedro o perjuicio en contra de la Junta de Acreedores y de los acreedores que la conforman, puede agravarse aún más, pues no solo nos encontraremos ante el mero incumplimiento del mandato de efectuar la administración de la sociedad concursada, en los términos y condiciones delegados y que se encuentran plasmados en el PR, sino que también, conllevará indefectiblemente, a la frustración de la recuperación de sus créditos en la forma prevista, es decir a través de la reflotabilidad económica y financiera de la sociedad concursada,

puesto que, ante el incumplimiento de los términos o condiciones establecidos en el PR, por mandato del artículo 67.4° de la LGSC, la autoridad administrativa concursal ordena el término del PRP, lo que consecuentemente implica a su vez, la conclusión de la sustitución de la JGA por parte de la Junta de Acreedores y del nombramiento del Administrador Concursal (término de la relación de agencia concursal dentro del PRP), para dar pase a la disolución y liquidación de la sociedad concursada y la consecuente no satisfacción de las acreencias impagas a favor de los acreedores.

Pues bien, para salir del plano teórico y validar este planteamiento, resulta necesario la verificación dentro del plano fáctico-casuístico, la configuración de la relación de agencia y de los problemas de agencia que se suscitan a nivel concursal dentro de los PRP, es por ello que en el presente capítulo nos avocaremos a la verificación de este fenómeno jurídico societario dentro del ámbito del derecho concursal. Para tal efecto, hemos elaborado una secuencia de verificación que nos permita afirmar la configuración tanto de la relación de agencia como de los problemas de agencia concursales en el plano fáctico de los PRP.

Las secuencias de verificación, resumidas en las Figuras 01 y 02, podrán ser aplicadas a las resoluciones emitidas por el máximo órgano administrativo en materia concursal, que es la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Concursal del INDECOPI, siendo esta, la entidad competente y especializada al momento de dirimir causas o controversias a nivel administrativo en materia concursal en el Perú. Por otro lado, se ha considerado aplicar esta secuencia de verificación a un Informe Complementario emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del INDECOPI, la cual es ajena a la autoridad concursal, pero que forma parte de los órganos de línea del INDECOPI, puesto que las conclusiones abordadas por esta entidad extraconcursal, son de utilidad para la validación de la premisas que sostenemos en relación a la existencia de la relación de agencia y el problema de agencia dentro de los PRP.

Seguidamente, analizaremos jurisprudencia comparada emitida por los tribunales españoles, con los que compartimos ciertos matices normativos a nivel concursal, que, así también nos permitirán determinar la ocurrencia de problemas de agencia en el plano concursal.

Todo ello servirá indudablemente, para que posteriormente podamos justificar en el Capítulo III de la presente investigación, la extensión de los deberes fiduciarios que le corresponden a los órganos de administración de las sociedades, hacia el administrador concursal nombrado por la Junta de Acreedores, fundamentando dicha extensión, con el objeto de hacerles frente a los problemas de agencia que se suscitan en el PRP, analizar su eficiencia para combatir dichos problemas y para la determinación de responsabilidades del administración concursal, por los perjuicios que pudiesen ocasionárseles a la Junta de Acreedores de la sociedad concursada, puesto que al configurarse un problema de agencia dentro del PRP que represente el incumplimiento de alguno de los términos o condiciones establecidos en el PR, en aplicación del artículo 67.4º de la LGSC, se frustra el objeto por el cual, la Junta de Acreedores y la sociedad concursada instauraron el PRP, el cual es eminentemente tutelar el crédito de los acreedores que conforman la Junta de Acreedores, a través de la reflotabilidad económica-financiera de la sociedad concursada, puesto que por mandato del precitado artículo, se condena a la salida del mercado de la sociedad concursada por medio de su disolución y liquidación, la misma que es ordenada por la autoridad concursal, y consecuentemente se dispone el pago ordenado de las acreencias impagas a favor de los acreedores, con el patrimonio que ostente la sociedad concursada hasta donde resulte posible.

2.2. Secuencia de verificación para la configuración de la relación de agencia y los problemas de agencia dentro de los Procedimientos de Reestructuración Patrimonial

Para poder determinar la existencia tanto de la relación de agencia como de los problemas de agencia concursales dentro de los PRP, requerimos verificar una serie de condiciones que nos permitan afirmar la existencia de los elementos, tanto de una relación de agencia como de los problemas de agencia, que son extraídos de la teoría de la agencia y que han sido analizadas breve pero de forma concisa en el Capítulo anterior; por lo que primero partiremos a analizar los elementos constitutivos de la relación de agencia para poder luego analizar los elementos constitutivos de los problemas de agencia, puesto que la primera constituye un presupuesto constitutivo esencial para la configuración del segundo:

a) Relación de agencia: Según nuestra posición, amparada en la amplia doctrina societaria que hemos desarrollado y que han sido abordados precedentemente, son cuatro (04) los elementos que constituyen una relación de agencia. Así tenemos:

- El Principal: Lo conforman aquellos sujetos (dos o más) que tienen un interés común para desarrollar una determinada actividad económica a su favor, para lo cual constituyen una sociedad con personería jurídica distinta a sus constituyentes, la cual que se encargará de realizar actividad por cuenta propia, pero en beneficio y provecho de sus constituyentes.
- Sociedad: La definimos para efectos prácticos como aquel instrumento⁴⁶ - adoptando en parte la definición instrumentalista señalada por Salas (2017) (pp. 16-17; 89)- que conforma el principal en virtud a la normativa societaria vigente (LGS) y del cual se vale para la realización de la actividad económica a su favor.
- El mandato delegado: Es aquella delegación de la administración de la sociedad conformada por el principal, bajo una estructura organizacional (Armour, Hansmann & Kraakman, 2016, pp.187-196), la cual se realiza en mérito de la confianza depositada en el Agente.
- El Agente: Aquel sujeto al que el principal delega la realización una serie de funciones, actividades y obligaciones específicas en beneficio del principal.

b) Problemas de agencia: Son dos (02) los elementos constitutivos de los problemas de agencia, los cuales se sustentan en la doctrina societaria revisada en el Capítulo I:

- La relación de agencia: Evidentemente para hablar de problemas de agencia, deberemos encontrarnos ante la materialización de una relación de agencia,

⁴⁶ Reiteramos que no forma parte de la presente investigación, la discusión respecto a la naturaleza jurídica de la sociedad señalada por Elías (2008), por lo que en este punto no tomaremos partido respecto de alguna de las teorías que surgen en relación dicha discusión (institucionalista, contractualista, negocio social, y, acto complejo) (pp. 22-24).

puesto que es de esta relación, donde emanan o se configuran los problemas de agencia.

- Conducta oportunista o negligente del Agente: Partiendo de lo señalado Armour, Hansmann y Kraakman (2016), consideramos que este es el segundo elemento constitutivo de los problemas de agencia, ya que debemos encontrarnos ante conductas oportunistas o negligentes por parte del agente (pp.184-185), el cual se aprovecha de la confianza depositada y del mandato de administración de la sociedad que le ha sido delegado, para obtener una ventaja o provecho patrimonial hacia su persona (o la de terceros) en perjuicio del principal o por el incumplimiento de sus obligaciones delegadas de forma negligente.

Debemos ser enfáticos al señalar que, sobre estas conductas oportunistas o negligentes, subyace una incertidumbre sobre su realización, puesto que no se espera que el “agente” realice este tipo de conductas, sin embargo, esto no quiere decir que el “agente” se encuentre exento de su realización.

Ahora bien, habiendo detallado los elementos constitutivos que servirán para verificar la configuración de la relación de agencia y los problemas de agencia, debemos comprobar si es que estos elementos constitutivos se encuentran presentes dentro de los PRP, lo que consecuentemente nos permitirá afirmar la existencia de una relación de agencia y problemas de agencia en dichos procedimientos.

Antes de entrar al plano casuístico y jurisprudencial que se abordará en el siguiente apartado, procederemos a postular como es que se configura la relación de agencia y los problemas de agencia dentro de los PRP (plano del derecho concursal):

- i. Relación de agencia: Esta se configuraría, como bien lo señalamos anteriormente, en dos momentos:

El primero, en el momento que por mandato del artículo 63.3° de la LGSC, una vez iniciado el PRP, la Junta de Acreedores sustituye en sus funciones, derechos y atribuciones al órgano societario de máxima jerarquía de la sociedad concursada

(es decir, se abstrae temporalmente del plano societario a la JGA), ocupando así el lugar de “principal” dentro de la relación de agencia.

El segundo, en el momento que la Junta de Acreedores habiendo sustituido a la JGA y ocupando el lugar de “principal” dentro de la relación de agencia concursal, por mandato del artículo 61° de la LGSC, nombra un administrador concursal siendo este último el que ocupa el lugar del “agente” dentro de la relación de agencia, puesto que se le delega un mandato y se deposita en este sujeto una confianza, para la realización de una determinada actividad económica en beneficio de la Junta de Acreedores, mandato que se encuentra contenido en el PR por mandato del artículo 67° de la LGS; actividad económica que deberá ser administrada u orientada a la reflotabilidad económica financiera de la sociedad concursada a efectos de realizar el pago ordenado de las acreencias impagas a favor de los acreedores.

Como podemos advertir de esta secuenciación:

- 1) Ubicamos en el rol de “principal” a la Junta de Acreedores por aplicación del artículo 63° de la LGSC;
 - 2) Ubicamos en el rol de “agente” al administrador concursal por aplicación del artículo 61° de la LGSC;
 - 3) Existe una delegación de un mandato y confianza para que el administrador concursal o “agente” realice una determinada actividad económica a favor de los acreedores, en aplicación del artículo 61° de la LGSC; y,
 - 4) Existe una sociedad, la cual no es constituida por la Junta de Acreedores o el “principal”, pero se valen de esta como instrumento para la recuperación de sus créditos impagos por parte de la sociedad concursada, ya que esta administra indirectamente o tiene bajo su poder parte su patrimonio, que se traduce en los créditos impagos.
- ii. Problema de agencia: Como lo señalamos, en párrafos precedentes, bastará entonces, la configuración de la relación de agencia para que sea posible la

existencia de los problemas de agencia; puesto que, una vez configurada la relación de agencia, existe la posibilidad de que el “agente”, valiéndose de la confianza depositada, el mandato delegado y el nombramiento como administrador concursal, realice actos oportunistas o negligentes en perjuicio de la Junta de Acreedores o “principal”^{47 48}, que conlleven al incumplimiento de alguno de los términos y condiciones del PR, lo que desencadenará la disolución y liquidación de la sociedad concursada, que sirve como instrumento para que la Junta de Acreedores o el “principal”, satisfaga u obtenga un interés patrimonial, en este caso la recuperación de sus créditos por medio de la continuación de la actividad comercial de la sociedad concursada.

⁴⁷ Esto no quiere decir que este sea el único problema de agencia que se pudiese suscitar dentro de la relación de agencia dentro del PRP, ya que este es una de las grandes tres aristas que -según lo señalado por Armour, Hansmann & Kraakman (2016)- puede configurar como un problema de agencia, conflicto entre acreedores y administradores (principal y agente). No se descarta la posibilidad de que se configure las otras dos aristas, es decir conflictos entre acreedores (mayoritarios y minoritarios), y, conflictos entre acreedores y otros grupos ligados a la sociedad o *stakeholders*, tal y como se adelantó en párrafos anteriores: por ejemplo, el que se suscitaría entre los acreedores sujetos al PRP y otros nuevos acreedores adquiridos por la sociedad concursada producto de la administración realizada por el administrador concursal para la continuación de su actividad económica en el marco del PRP) (pp. 184-185). Sin embargo, nos enfocamos en este problema de agencia, ya que será materia de verificación en el informe y resoluciones emitido por INDECOPI.

⁴⁸ Espinoza (2005), comentando el caso del GRUPO PANTEL (el cual no hace referencia a un procedimiento de reestructuración patrimonial, pero que sirve como ejemplo para determinar la existencia de esta clase de problemas), hace mención al ejercicio abusivo del derecho existente por parte de los acreedores mayoritarios en beneficio de sus propios intereses dentro del marco de un procedimiento concursal, lo que nos permite sustentar que se replican los problemas de agencia, en este caso, conflictos entre acreedores (pp. 171-178).

Para efectos prácticos hemos, resumido la verificación de los elementos constitutivos en la siguiente secuencia:

Relación de agencia dentro del PRP:

Existencia de una Sociedad concursada o sometida a un PRP > Sustitución de la JGA por parte de la Junta de Acreedores > Delegación del mandato de administración y depósito de confianza en un administrador concursal (nombramiento de administrador concursal) > Aprobación del PR (obligaciones para la administración).

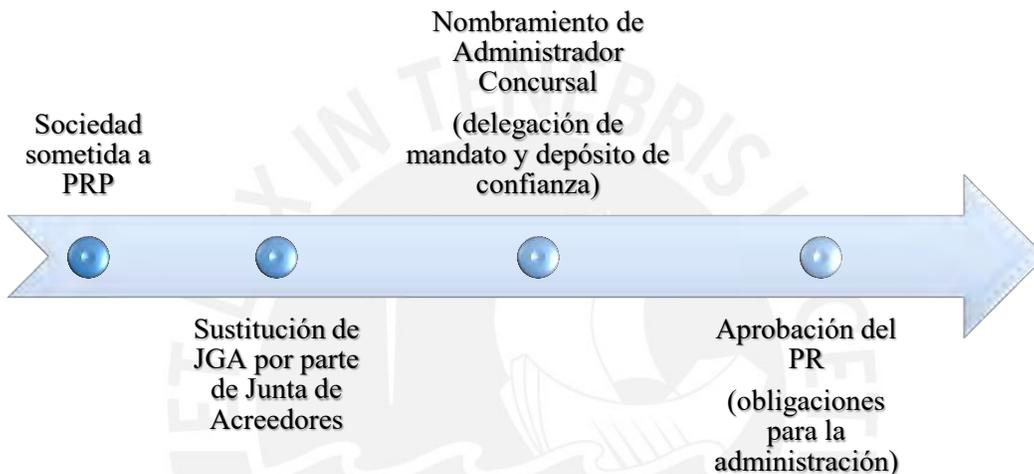


Figura 1. Verificación de la relación de agencia dentro del PRP.

Problemas de agencia dentro del PRP:

Existencia de la relación de agencia > Conducta oportunista o negligente del administrador concursal que configure un problema de agencia.



Figura 2. Verificación de problemas de agencia dentro del PRP.

2.3. Análisis casuístico dentro de procedimientos concursales en los que se determina la existencia de problemas de agencia

Antes de abordar el análisis que propone el título del presente acápite y para lo cual se utilizará la secuenciación para la verificación de la existencia tanto de la relación de agencia como de los problemas de agencia dentro del PRP, desarrollada en el acápite anterior; es menester nuestro señalar que no se realizará un estudio abundante de senda jurisprudencia emitida por INDECOPI a través del máximo organismo concursal a nivel administrativo que es la Sala Especializada en Procedimientos Concuriales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, por dos razones: la primera es que no resultará necesaria esta labor para poder validar la existencia de la relación de agencia y de los problemas de agencia dentro del PRP, bastará con observar cada uno de los PRP que hayan sido realizados desde la promulgación de la LGSC, para identificar que la configuración de la relación de agencia es un hecho que se suscita como consecuencia directa de la aplicación de lo estipulado por el legislador en los artículos 60° al 73° del Capítulo V del Título II, podemos afirmar desde ya, que en todo PRP que se trámite, existe una relación de agencia, es una consecuencia jurídica directa, ineludible, propia y *sui generis* del PRP; y la segunda, es que en la actualidad son pocos los procedimientos de reestructuración patrimonial iniciados ante INDECOPI, el grueso de los procedimientos concursales hoy por hoy son de liquidación, por lo que son escasas las resoluciones de este procedimiento.

Empero, ello no sucede en el caso de los problemas de agencia, es decir, no necesariamente es una consecuencia jurídica directa, ineludible, propia y *sui generis* del PRP, como lo es la relación de agencia. Como ya se ha señalado, la ocurrencia de los problemas de agencia está sujeta a una incertidumbre, podemos decir que es un riesgo que se mantiene latente y que dependerá de la conducta oportunista o negligente del administrador concursal o “agente”, perjuicio de la junta de acreedores o “principal”, bastando verificar una sola vez su ocurrencia, para determinar su configuración en el plano de los PRP.

2.3.1. Caso Pecuaría Pisco S.A.C. - Resolución N° 0082-2019/SCO-INDECOPI

En el presente caso, como antecedentes podemos advertir que nos encontramos ante la sociedad concursada Pecuaría Pisco S.A.C. la cual ha sido sometida a un PRP, en el cual

la junta de acreedores, determinó que se nombre en calidad de administrador concursal a una persona natural, el señor Armando Ricardo la Rosa Musante quien se encargaría de la gestión de la sociedad concursada, el cumplimiento del PR y las demás obligaciones legales que le impone la LGSC y el ordenamiento normativo vigente.

Ahora bien, de la resolución materia de análisis emitida con fecha 19 de febrero de 2019, por la Sala Especializada en Procedimientos Concursales (SPC) del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI, podemos advertir que el administrador concursal INCUMPLIÓ con su obligación contenida en los artículos 61.8 y 122.3 de la LGSC, referida a la remisión del informe trimestral (correspondiente al 31 de diciembre de 2017) sobre el estado del proceso de reestructuración patrimonial de Pecuaría Pisco S.A.C., ello, a través de la plataforma denominada “Sistema de Declaración Trimestral de Empresas en Reestructuración”.

Es por ello que, al momento de efectuar el análisis la SPC (fundamentos 15 y ss.), determinó que la remisión del informe trimestral, es una obligación de carácter imperativo, la cual debe ser realizada de forma diligente y de forma obligatoria en los términos y oportunidades establecidas en el artículo 122.3 de la LGSC (31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre de cada año); toda vez que esta obligación en particular, tiene una especial relevancia al ser de utilidad en la supervisión y fiscalización el desempeño de la sociedad concursada por parte de la autoridad concursal y los acreedores. Asimismo, esta es una obligación que, en su condición de administrador concursal, tenía pleno conocimiento, en tanto es uno de sus deberes primordiales e inherentes a la figura del administrador concursal, por lo que su incumplimiento compondría una falta de diligencia total en sus deberes y obligaciones como administrador concursal.

Pues bien, el administrador concursal en sus descargos, no logró acreditar el cumplimiento de esta obligación, todo lo contrario, aceptó tácitamente su incumplimiento, puesto que señaló: 1) no tener acceso a internet en la zona en la que se encontraba en la oportunidad que le correspondía efectuar el informe; 2) no tener acceso al sistema de declaración trimestral; y 3) haber informado físicamente a la Autoridad Concursal que no se efectuó pago alguno a los acreedores ni la venta del patrimonio de la sociedad concursada. Esto evidentemente, no fue tomado en cuenta por la SPC, en tanto se verificó

que el administrador concursal, tenía acceso a la plataforma (se le entregaron las claves de acceso) y que no había justificación alguna que enerve el cumplimiento de dicha obligación, por lo que había quedado en evidencia la falta de diligencia (negligencia) en su actuar como administrador concursal, lo que lo hace merecedor de una sanción de amonestación.

Antes de pasar al detalle de las conductas que constituirían un perjuicio para la junta de acreedores, debemos avocarnos a verificar la configuración de una relación de agencia, de conformidad a los datos obtenidos de la resolución emitida por la SPC, aplicando la secuencia de verificación elaborada para tal efecto:

Relación de agencia

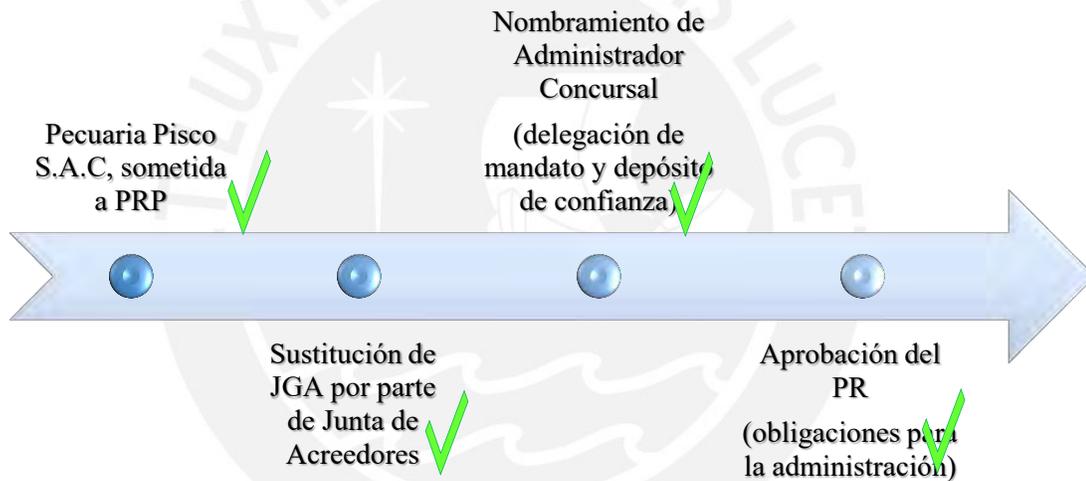


Figura 3. Verificación de relación de agencia – Pecuaría Pisco S.A.C., Resolución N° 0082-2019/SCO-INDECOPI.

Habiendo determinado, la configuración de una relación de agencia, podemos afirmar la existencia de uno de los primeros elementos constitutivos para la configuración de los problemas de agencia.

Pues bien, la conducta realizada por el administrador concursal señalada en la resolución y que sería materia de sanción por parte de la autoridad concursal, por ser un incumplimiento negligente de sus obligaciones, es la siguiente:

- Se evidenció que el administrador concursal reconoció haber incumplido de forma negligente su obligación contenida en el artículo 112.3 de la LGSC, que hace referencia a la presentación del informe trimestral en la oportunidad y en la forma establecida.

Pues bien, las conclusiones a las que llega la SPC, nos permiten acreditar una de las tres grandes aristas que configuran los problemas de agencia o fuentes de oportunismo dentro de una relación de agencia o Derecho Corporativo, tal y como lo postulan Armour, Hansmann & Kraakman (2016), que aplicados al derecho concursal se configuran como conflicto entre acreedores y administradores (pp. 184-185), tal como se observa a continuación:

- Por el actuar negligente realizado por el administrador concursal (incumplimiento de obligaciones esenciales e inherentes al cargo), el cual generó un perjuicio a los acreedores, en tanto la no presentación del informe trimestral de forma oportuna y en la forma prescrita por la LGSC, impide que los acreedores puedan supervisar y fiscalizar la gestión que realiza el administrador concursal dentro del PRP de la sociedad concursada.

Habiendo determinado la conducta perjudicial, corresponde en este punto validar la existencia de los elementos constitutivos de los problemas de agencia, aplicando la secuencia de verificación elaborada para tal efecto:

Problema de agencia



Figura 4. Verificación de Problemas de agencia – Pecuaría Pisco S.A.C., Resolución N° 0082-2019/SCO-INDECOPI

2.3.2. Caso Constructora Upaca S.A. - Resolución N° 0025-2019/SCO-INDECOPI

Como antecedente del caso, podemos advertir que nos encontramos ante la sociedad concursada Constructora Upaca S.A.C. la cual ha sido sometida a un PRP por acuerdo de su junta de acreedores, los cuales dispusieron que se nombre en calidad de administrador concursal a una persona natural, el Julio Fernando Piccini Larco quien se encargaría de la gestión de la sociedad concursada, el cumplimiento del PR y las demás obligaciones legales que le impone la LGSC y el ordenamiento normativo vigente.

Ahora bien, de la resolución materia de análisis emitida con fecha 22 de enero de 2019, por la SPC, podemos advertir que el administrador concursal INCUMPLIÓ con su obligación contenida en los artículos 61.8 y 122.3 de la LGSC, referida a la remisión del informe trimestral (correspondiente al 31 de diciembre de 2017) sobre el estado del proceso de reestructuración patrimonial de Constructora Upaca S.A.C., ello, a través de la plataforma denominada “Sistema de Declaración Trimestral de Empresas en Reestructuración”.

Es por ello que, al momento de efectuar el análisis la SPC (fundamentos 16 y ss.), determinó que la remisión del informe trimestral, es una obligación de carácter imperativo, la cual debe ser realizada de forma diligente y de forma obligatoria en los términos y oportunidades establecidas en el artículo 122.3 de la LGSC (31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre de cada año); toda vez que esta obligación en particular, tiene una especial relevancia al ser de utilidad en la supervisión y fiscalización el

desempeño de la sociedad concursada por parte de la autoridad concursal y los acreedores. Asimismo, esta es una obligación de imperativo cumplimiento que, en su condición de administrador concursal, tenía pleno conocimiento, en tanto es uno de sus deberes primordiales e inherentes a la figura del administrador concursal, por lo que su incumplimiento comporta una falta de diligencia total en sus deberes y obligaciones como administrador concursal.

Pues bien, el administrador concursal en sus descargos, no logró acreditar el cumplimiento de esta obligación, todo lo contrario, aceptó tácitamente su incumplimiento, puesto que señaló vía acuerdo de fecha 15 de septiembre de 2017, la Junta de Acreedores, acordó establecer un periodo de gracia para el pago de las cuotas de los créditos señalados en el PR, modificándose el cronograma de pagos, los cuales se realizarían a partir de septiembre de 2018 (es decir se otorgó un periodo de gracia de un año), por lo que, al encontrarse impedido de realizar pago alguno a los acreedores, ni haber realizado la venta de algún activo, este entendió que no tenía obligación alguna de informar a la autoridad concursal, por lo que su omisión no fue realizada con dolo ni culpa, pues no tuvo la intención de infringir la normativa concursal.

Estos argumentos, fueron descartados por la SPC, en tanto se verificó que el administrador concursal, tenía acceso a la plataforma (se le entregaron las claves de acceso) y que la adopción del acuerdo del periodo de gracia en el pago de los créditos a los acreedores, no enervaba el cumplimiento de dicha obligación, por lo que había quedado en evidencia la falta de diligencia (negligencia) en su actuar como administrador concursal, puesto que tenía pleno conocimiento de sus derechos y obligaciones dentro del procedimiento concursal del cual es parte, debiendo acatar las disposiciones establecidas en la LGSC; asimismo, el hecho de no presentar el informe trimestral en la forma y oportunidad prevista por la LGSC, genera un perjuicio a la autoridad concursal, puesto que esta no puede ejercer sus deberes de fiscalización, así también, se genera un perjuicio en los acreedores, ya que este informe trimestral les es de utilidad para la supervisión y fiscalización de la gestión concursal, por lo que su actuación resulta pasible de una sanción de amonestación.

Antes de pasar al detalle de las conductas que constituirían un perjuicio para la junta de acreedores, debemos avocarnos a verificar la configuración de una relación de agencia, de conformidad a los datos obtenidos de la resolución emitida por la SPC, aplicando la secuencia de verificación elaborada para tal efecto:

Relación de agencia

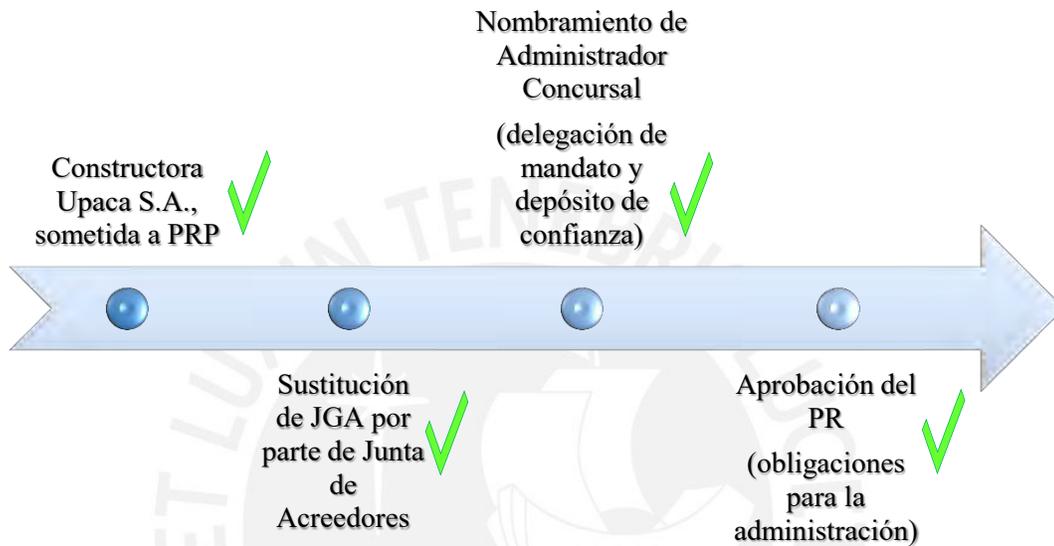


Figura 5. Verificación de relación de agencia –Constructora Upaca S.A., Resolución N° 0082-2019/SCO-INDECOPI.

Habiendo determinado, la configuración de una relación de agencia, podemos afirmar la existencia de uno de los primeros elementos constitutivos para la configuración de los problemas de agencia.

Pues bien, la conducta realizada por el administrador concursal señalada en la resolución y que sería materia de sanción por parte de la autoridad concursal, por ser un incumplimiento negligente de sus obligaciones, es la siguiente:

- Se evidenció que el administrador concursal incumplió de forma negligente su obligación contenida en el artículo 112.3 de la LGSC, que hace referencia a la presentación del informe trimestral en la oportunidad y en la forma establecida.

Pues bien, las conclusiones a las que llega la SPC, nos permiten acreditar una de las tres grandes aristas que configuran los problemas de agencia o fuentes de oportunismo dentro de una relación de agencia o Derecho Corporativo, tal y como lo postulan Armour, Hansmann & Kraakman (2016), que aplicados al derecho concursal se configuran como conflicto entre acreedores y administradores (pp. 184-185), tal como se observa a continuación:

- Por el actuar negligente realizado por el administrador concursal (incumplimiento de obligaciones esenciales e inherentes al cargo), el cual generó un perjuicio a los acreedores, en tanto la no presentación del informe trimestral de forma oportuna y en la forma prescrita por la LGSC, impide que los acreedores puedan supervisar y fiscalizar la gestión que realiza el administrador concursal dentro del PRP de la sociedad concursada.

Habiendo determinado la conducta perjudicial, corresponde en este punto validar la existencia de los elementos constitutivos de los problemas de agencia, aplicando la secuencia de verificación elaborada para tal efecto:

Problema de agencia



Figura 6. Verificación de Problemas de agencia – Pecuaría Pisco S.A.C., Resolución N° 0082-2019/SCO-INDECOPI

2.3.3. Caso Universitario de Deportes

La resolución y el informe al que se ha hecho referencia en la parte introductoria, que fueron escogidos para ser incorporados como parte del análisis del presente capítulo, han sido promovidas o expedidas (en el caso de la resolución) dentro del marco del Procedimiento o Régimen Especial de Reestructuración, contenido en la Ley N° 30064,

Ley complementaria para la reestructuración económica de la actividad futbolística, que si bien no forma parte de la LGSC, tiene las mismas disposiciones referidas a la sustitución de la JGA por parte de la Junta de Acreedores (artículo 8° de la Ley N° 30064), la aprobación de un PR (artículo 17° de la Ley N° 30064) y el nombramiento de un Administrador Concursal (artículo 5° y 10° de la Ley N° 30064) contenidas en el PRP⁴⁹, por lo que en buena cuenta son útiles para el propósito de este capítulo, además que las conclusiones a los que llega la administración concursal en el Informe materia de análisis, resultan ser fundamento clave y suficiente -a nuestra consideración- para advertir que nos encontramos ante la existencia de problemas de agencia.

Por otro lado cabe precisar que el Club Universitario de Deportes, en la actualidad es una asociación sin fines de lucro, que no forma parte del objeto de estudio del derecho sociedades, sin embargo para efectos prácticos dejaremos de lado su condición de asociación y la homologaremos al de una sociedad, puesto que consideramos este uno de los casos que podría graficar de mejor manera la existencia problemas de agencia concursales dentro de una sociedad comercial, ya que sin duda alguna sirve de referencia para el análisis que se pretende realizar, dado que, al igual que en el PRP, existe un reemplazo del máximo órgano de la asociación, que es la Asamblea General (en adelante AG), y que para efectos de la presente investigación, se le equipara a la JGA de una sociedad, puesto que dentro de la Asociación funge como el órgano supremo que se encarga del control político y administrativo, pudiendo delegar la administración de la Sociedad al Consejo Directivo y a los demás órganos de administración que considere pertinentes para el cumplimiento de su “fin no lucrativo”, conforme se encuentra establecido en los artículos 84° y 86° del Código Civil de 1984; por lo que en el análisis

⁴⁹ No obstante, también tiene disposiciones que la hacen sustancialmente diferente al PRP regulado en la LGSC, puesto que la Ley 30064, aparte de ser una ley específica -es decir aplicable únicamente a clubes deportivos de fútbol profesional- contempla disposiciones referidas a una sociedad receptora que se constituye en mérito del Régimen de Reorganización Especial, y a la cual se traslada todo el bloque patrimonial del club deportivo de fútbol profesional sometido a concurso, la compra venta de los créditos tributarios de titularidad del estado, entre otros.

del caso que desarrollará en adelante, se supondrá que nos encontramos ante una sociedad comercial.

a) Informe Complementario N.º 37-2021/INDECOPI-GSF de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del INDECOPI

Este fue el Informe Final emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del INDECOPI, con fecha 26 de enero de 2021, luego de una investigación exhaustiva realizada durante once (11) meses, que recayó básicamente, sobre 56 conductas realizadas por: 1) Los administradores concursales que tuvo el Club Universitario de Deportes; y, 2) Por parte de sus acreedores concursales dentro del Régimen Especial de Reestructuración de la Ley N° 30064, a la cual se acogió el Club Universitario de Deportes con el objeto de hacer frente a la situación de insolvencia que venía acarreado.

Luego del análisis de estas conductas, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del INDECOPI (órgano extraconcursal) recomendó, a la Comisión de Procedimientos Concursales (órgano administrativo concursal a cargo del Procedimiento de Reestructuración Especial del Club Universitario de Deportes) el inicio de veintiséis (26) procedimientos administrativos sancionadores, puesto que según las evidencias recopiladas por la Gerencia, se evidenciaron conductas que resultarían perjudiciales para los acreedores concursales y que sin lugar a dudas constituirían un incumplimiento al PR, conductas que fueron perpetradas por el administrador concursal y uno de los acreedores concursales en su calidad de presidente de la Junta de Acreedores.

Antes de pasar al detalle de las conductas que constituirían un perjuicio para la junta de acreedores, debemos avocarnos a verificar la configuración de una relación de agencia, de conformidad a los datos obtenidos del informe materia de análisis, aplicando la secuencia de verificación elaborada para tal efecto:

Relación de agencia

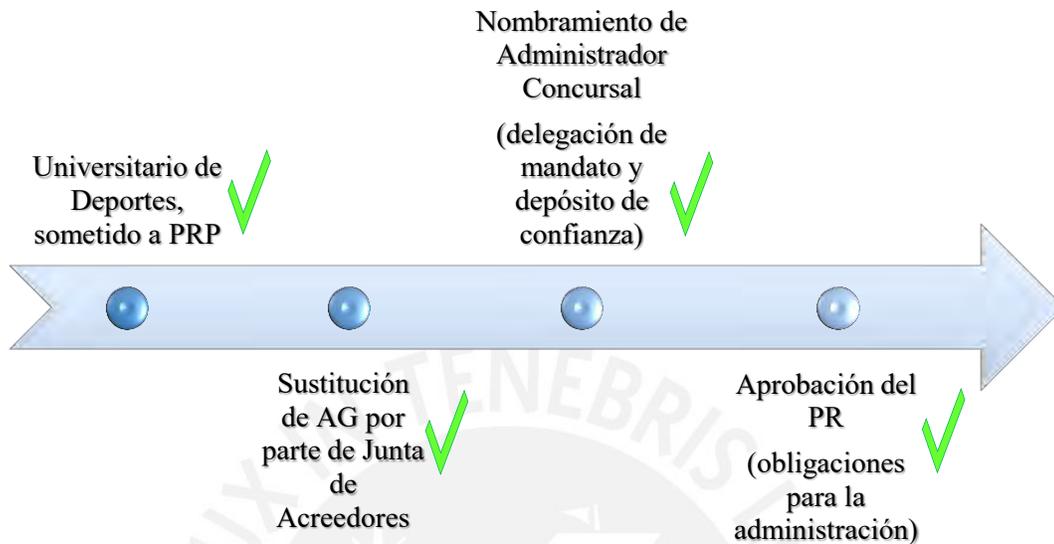


Figura 7. Verificación de relación de agencia – Club Universitario de Deportes, Informe Complementario N.º 37-2021/INDECOPI-GSF.

Habiendo determinado, la configuración de una relación de agencia, podemos afirmar la existencia de uno de los primeros elementos constitutivos para la configuración de los problemas de agencia.

Pues bien, de las conductas perpetradas tanto por el presidente de la Junta de Acreedores y los administradores que se señalan en el Informe, y que serían materia de sanción por parte de la autoridad concursal, por ser perjudiciales para los acreedores, se constituyen en las siguientes:

- Respecto al presidente de la Junta de Acreedores: Gremco S.A, presidente de la Junta de Acreedores incumplió con la realización de los acuerdos adoptados por la junta de acreedores, en relación a la presentación ante la autoridad concursal, del contrato de locación de servicios suscrito con un auditor del administrador concursal, lo que conllevó a un incumplimiento de sus obligaciones frente a la autoridad concursal.

- Respecto a los administradores concursales: Se evidenció que los administradores concursales, habrían efectuado actos de mala administración que causaron un perjuicio a la masa concursal constituida por el patrimonio del Club Universitario de Deportes, efectuándose actos de administración irregulares o negligentes, tales como: pago adelantado a favor de trabajadores y locatarios; pago en exceso de gratificaciones en diciembre de 2019; pagos irregulares a favor de locatarios; suscripción de contratos de préstamos con el propio administrador concursal y el pago de facturas sin sustento.

Bueno pues, las conclusiones a las que llego la de Gerencia de Supervisión y Fiscalización del INDECOPI, son más que claras, puesto que nos permiten acreditar dos de las tres grandes aristas que configuran los problemas de agencia o fuentes de oportunismo dentro de una relación de agencia o Derecho Corporativo, tal y como lo postulan Armour, Hansmann & Kraakman (2016), que aplicados al derecho concursal se configuran como conflictos entre acreedores, y, conflictos entre acreedores y administradores (pp. 184-185) , tal como se observa a continuación:

- Conflictos entre acreedores: Por el actuar negligente del presidente de la Junta de Acreedores, al no cumplir con su obligación la presentación del contrato de locación de servicios suscrito con el auditor del administrador concursal, ante la autoridad concursal. Obligación que se originó como parte de los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores.
- Conflictos entre acreedores y administradores: Por el actuar realizado por el administrador concursal en provecho propio (contratos de préstamo) y de terceros (pagos irregulares a trabajadores y locatarios), el cual perjudico la masa patrimonial concursal sujeta a reestructuración y que es utilizada para la reflatibilidad económica financiera del deudor concursado, mediante la realización de su actividad económica, ello con el objeto de efectuar el pago ordenado de las acreencias impagas a favor de los acreedores. Por lo que cualquier afectación a dicha masa patrimonial concursal, repercute directamente en el pago de las acreencias de los acreedores.

Habiendo determinado las conductas perjudiciales corresponde en este punto validar la existencia de los elementos constitutivos de los problemas de agencia, aplicando la secuencia de verificación elaborada para tal efecto:

Problema de agencia



Figura 8. Verificación de Problemas de agencia – Club Universitario de Deportes, Informe Complementario N.º 37-2021/INDECOPI-GSF.

b) Voto en Discordia de la Resolución de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, N° 071-2021/SCO-INDECOPI - Expediente N° 047-2020/FCO-SANCIONADOR.

Respecto a esta resolución emitida en el año 2021, únicamente nos avocaremos a analizar los fundamentos contenidos en el Voto en Discordia suscrito por los vocales Julio César Molleda Solís y José Enrique Palma Nave, miembros de Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, puesto que compartimos las conclusiones a las cuales han arribado y que sirven para determinar la existencia de problemas de los problemas de agencia dentro de los PRP, pero que en este caso se evidencian dentro del Procedimiento de Reestructuración Especial propio de los clubes deportivos de fútbol profesional.

Pues bien, los hechos señalados en la resolución materia de análisis, que permitirían advertir la configuración de la relación de agencia y problema de agencia dentro de los PRP, son los siguientes:

Al igual que en el informe analizado precedentemente, nos encontramos ante el mismo Procedimiento de Reestructuración Especial al cual se encuentra sometido el

Club Universitario de Deportes, en el que la AG ha sido sustituida por parte de la Junta de Acreedores y se ha procedido a nombrar como administrador concursal a la persona jurídica Solución y Desarrollo Empresarial, a quien se le encargó la realización de actos de administración para el cumplimiento del PR, que comporten el desarrollo normal de las actividades del Club Deportivo Universitario de Deportes (hay que prestar especial atención a ello).

Al igual que en el caso anterior, antes de pasar al detalle de las conductas que constituirían un perjuicio para la junta de acreedores, corresponde verificar la configuración de una relación de agencia, de conformidad a los datos obtenidos de la resolución materia de análisis, aplicando la secuencia de verificación elaborada para tal efecto:



Relación de agencia

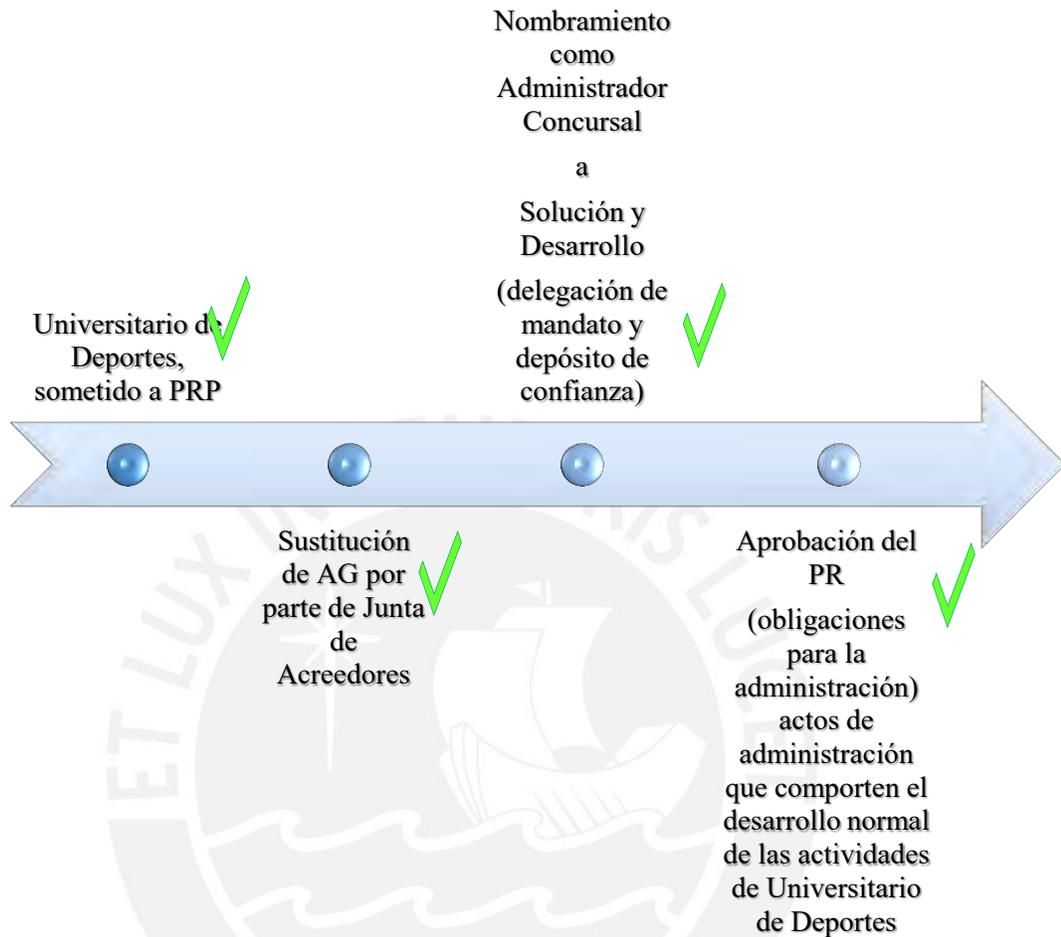


Figura 9. Verificación de relación de agencia – Club Universitario de Deportes Resolución N° 071-2021/SCO-INDECOPI - Expediente N° 047-2020/FCO-SANCIONADOR.

De igual modo que en el caso anterior, al configurarse la relación de agencia, se configura simultáneamente uno de los elementos constitutivos para la configuración de los problemas de agencia.

Ahora pues, siguiendo la metodológica formulada, corresponde la identificación de la conducta oportunista o negligente del administrador concursal. La Resolución materia de análisis nos permite advertir una conducta negligente por parte de Solución y Desarrollo, puesto que esta última realizó un acto generador de obligaciones que no se encontraba incurso dentro de un acto de administración que

se le habían delegado, referidos al desarrollo normal de las actividades del Club Universitario de Deportes.

Así tenemos que, luego de su nombramiento como administrador concursal, en el mes de junio de 2016, Solución y Desarrollo Empresarial suscribió un contrato que tenía por objeto la “cesión de derechos publicitarios” a favor de *Dealers Productions* en el Estadio Monumental, así como en cualquier otro escenario deportivo sea considerado como “local”, facultándose a *Dealers Productions*, la colocación de publicidad en los espacios que le fuesen cedidos a Universitario de Deportes.

Dentro de las cláusulas estipuladas en este contrato de cesión de derechos publicitarios, existía una que hacía referencia una penalidad, por el monto de US\$ 20,000.00 que se aplicaría ante el incumplimiento del contrato por alguna de las partes.

Cuatro meses después (octubre de 2016) de la suscripción del contrato de cesión de derechos publicitarios, Solución y Desarrollo Empresarial, suscribió una adenda al referido contrato, la cual modificó la cláusula penal a ser aplicada ante el incumplimiento del contrato por alguna de las partes, elevándola de US\$ 20,000.00 a la suma ascendente de US\$ 500,000.00, sin que este aumento comporte algún beneficio o contraprestación por el incremento de dicha penalidad a favor de Universitario de Deportes o para la Junta de Acreedores.

Dicho aumento, a criterio de los vocales que suscribieron el voto en discordia de resolución materia de análisis, no se enmarca de modo alguno dentro de una actuación que pudiese considerarse como parte del desarrollo normal de la actividad de Universitario de Deportes -criterio que compartimos-, puesto que, al no existir un beneficio a ser obtenido por parte de este último como consecuencia de la suscripción de la adenda, no correspondía la realización de la suscripción de dicha adenda.

Asimismo, de forma posterior a la suscripción de la adenda a la penalidad del contrato de cesión de derechos, representó un perjuicio tangible en contra de Universitario de Deportes, puesto que dentro del procedimiento se logró determinar que esta penalidad había sido materia de una demanda de indemnización por daños

y perjuicios por la suma ascendente a US\$ 500,000.00 ante el Poder Judicial, derivados de la cláusula penal por incumplimiento del contrato, la cual según lo señalado por el nuevo administrador concursal, fue declarada fundada y se ordenó el pago de una indemnización a favor de Dealers Producción por dicho monto.

Como lograremos advertir, resulta evidente el actuar negligente y de ser el caso oportunista (no se llegó a acreditar si es que este aumento en la penalidad, se realizó para favorecer a Dealers Productions o si el administrador concursal obtuvo un beneficio a su favor) por parte del administrador concursal, puesto que no enmarcó su actuar en relación al desarrollo normal de las actividades de Universitario de Deportes (suscribió una adenda sin que exista necesidad de hacerlo), asimismo incumplió con el deber de todo administrador concursal dentro de los Procedimientos de Reestructuración, de realizar todo tipo de actos de administración que se orienten a recomponer el patrimonio del deudor concursado, para que así los acreedores puedan obtener el pago de sus acreencias, sino que hizo todo lo contrario, pues suscribió una deuda que con el paso del tiempo, significó un detrimento del patrimonio del deudor concursado, afectando así la recuperación de los créditos a favor de los acreedores, que es el objeto de todo procedimiento concursal.

Por lo que, habiendo determinado las conductas perjudiciales realizadas por parte de Solución y Desarrollo Empresarial en contra de los intereses de los acreedores de Universitario de Deportes, corresponde en este punto validar la existencia de los elementos constitutivos de los problemas de agencia, aplicando la secuencia de verificación elaborada para tal efecto:

Problema de agencia



Figura 10. Verificación de Problemas de agencia – Club Universitario de Deportes, Resolución N° 071-2021/SCO-INDECOPI - Expediente N° 047-2020/FCO-SANCIONADOR.

2.3.2. Resultados obtenidos del Caso Universitario de Deportes

Los resultados son concluyentes en este punto de la investigación, tanto del **Informe Complementario N.º 37-2021/INDECOPI-GSF** emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del INDECOPI, como de la **Resolución N° 071-2021/SCO-INDECOPI recaída en el Expediente N° 047-2020/FCO-SANCIONADOR**, emitida por la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI; ambas nos permiten afirmar la configuración, tanto de una la relación de agencia concursal, como de problemas de agencia que operarían dentro de los PRP, por mandato de la normativa concursal contenida en la LGSC. Es así que podemos afirmar que en este procedimiento concursal *sui generis*, confluyen y se integran el derecho concursal con el derecho de sociedades, lo que conllevaría a justificar la extensión de los deberes fiduciarios a los órganos de administración desarrollados por el derecho de sociedades, para que estos sean aplicados al administrador concursal nombrado dentro de los PRP.

2.4. Análisis jurisprudencial comparado

A modo de complementar la investigación realizada, consideramos pertinente traer a colación una resolución emitida por el tribunal supremo español, de la cual se puede advertir tanto la materialización de una relación de agencia y de la ocurrencia de problemas de agencia en el plano concursal, ya que la legislación nacional, comparte ciertos matices con la Ley Concursal española, Real Decreto Legislativo 1/2020, debiendo precisar que no es objeto de estudio de la presente, realizar un análisis detallado y/o comparativo de la legislación española con la peruana, puesto que si bien, ambas

regulaciones buscan tutelar las acreencias impagas, el séquito y regulación del proceso o procedimiento que se debe transitar para tal efecto, es sustancialmente distinto, puesto que la legislación española prevé que la tutela concursal sea brindada en vía judicial, en cambio, legislación peruana establece que la tutela sea dada por la administración concursal (Comisión de Procedimientos Concursales – CPC a cargo del INDECOPI).

Así tenemos la Sentencia emitida por la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de fecha cinco de febrero de dos mil quince, recaída en la Casación e Infracción Procesal núm.: 2469/2015, en la cual podemos identificar en la calidad de sociedad concursada a Factorías Juliana Sociedad Anónima Unipersonal⁵⁰ (Factorías Juliana) y a Factorías Vulcano Sociedad Anónima (Factorías Vulcano)⁵¹ en calidad de administrador concursal de Factorías Juliana, en tanto esta se sometió a un procedimiento concursal bajo los términos de la Ley Concursal española.

Bajo el marco de la Ley Concursal, se le imputó a Factorías Vulcano en su calidad de administrador concursal, haber estado incurso en una conducta perjudicial en contra de la sociedad concursada, en tanto el artículo 164.1 de la Ley Concursal, establece como culpable a aquel administrador cuya actuación contribuya en la generación o agravación del estado de insolvencia, siempre y cuando en su actuar haya mediado dolo o culpa grave.

Pues bien, la conducta atribuida a Factorías Vulcano que habría agravado la situación de insolvencia de la sociedad concursada Factorías Juliana, es la no liquidación de un contrato de construcción de buques y la falta de exigencia del pago de un importe adeudado a Factorías Juliana (numerales 8 y 9, fundamento Séptimo), puesto que, estas obligaciones que se le adeudaban a Factorías Juliana, estaban a cargo de Factorías

⁵⁰ Sobre el particular, debemos señalar que la legislación societaria española contempla la posibilidad de conformar sociedades mercantiles con un solo accionista, es decir ha prescindido de la pluralidad como elemento constitutivo de las sociedades. Esta forma societaria actualmente no se encuentra regulada en nuestro país.

⁵¹ En el caso materia de análisis Factorías Vulcano es la sociedad matriz de un grupo de empresas o *holding* empresarial, donde Factorías Juliana es una sociedad filial de Factorías Vulcano.

Vulcano. Siendo que, como ambas formaban un grupo empresarial, donde Factorías Vulcano era la sociedad matriz, esta última decidió sacrificar a la sociedad filial para asegurar su permanencia, es decir, la sociedad filial Factorías Juliana, tenía suscrito un contrato de construcción de buques con Factorías Vulcano, la cual se ejecutó parcialmente, sin embargo, no se hicieron los pagos correspondientes (según la sentencia, este monto ascendía a cincuenta y ocho millones de euros – fundamento Primero), lo que ocurrió fue que Factorías Vulcano, habiendo asumido la calidad de administrador concursal, decidió deliberadamente no requerir el pago de la obligación ejecutada parcialmente, asimismo dispuso el traslado de los buques manufacturados por Factorías Juliana a los Astilleros de Factorías Vulcano, siendo este actuar, lo que agravó finalmente la situación de insolvencia de Factorías Juliana y no solo generó un detrimento en la expectativa de la recuperación de los créditos que mantenían impagos los acreedores de Factorías Juliana, sino que impidió su satisfacción.

Es a raíz de dicho actual que el tribunal español, falla ratificando como culpable al administrador concursal en los términos previstos en el artículo 164.1 de la Ley Concursal (agravar el estado de insolvencia habiendo actuado con dolo o culpa grave) y le imputa el incumplimiento de sus deberes de administración diligente y leal, en perjuicio de Factorías Juliana.

Como podemos apreciar en este caso en particular, la relación de agencia se encuentra constituida por los acreedores de Factorías Juliana (mandante) y el administrador concursal Factorías Vulcano (mandatario), por otro lado, la conducta que representaría el problema de agencia, lo componen dos actos: 1) No requerir deliberadamente el pago de la obligación ejecutada parcialmente, y, 2) El traslado de los buques manufacturados por Factorías Juliana a los Astilleros de Factorías Vulcano; lo que generó un perjuicio a los acreedores.

Por último, podemos acreditar una de las tres grandes aristas que configuran los problemas de agencia o fuentes de oportunismo dentro de una relación de agencia o Derecho Corporativo, tal y como lo señalan Armour, Hansmann & Kraakman (2016), que aplicados al derecho concursal se configuran acreedores y administradores (pp. 184-185),

puesto que las decisiones adoptadas por Factorías Vulcano, buscaron beneficiarla sin importarle el perjuicio que se originaría en los acreedores.



CAPITULO III: EXTENSIÓN DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES AL ADMINISTRADOR CONCURSAL NOMBRADO POR LA JUNTA DE ACREEDORES, CON EL OBJETO DE HACER FRENTE A LOS PROBLEMAS DE AGENCIA QUE SE REPLICAN DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL

3.1. Introducción

A raíz de lo analizado en los capítulos precedentes, a través del presente Capítulo, teniendo como base la verificación de la existencia tanto de una relación y problemas de agencia, que se configuran dentro de los PRP por mandato expreso del artículo 63º la LGSC, producto de abstracción -dentro del plano societario- de la JGA como máximo órgano de control político y de administración de la sociedad, para ser sustituida dentro del PRP “de pleno derecho” por la Junta de Acreedores, conformada -verbigracia- por los acreedores de la sociedad concursada, y donde, como ya se ha logrado comprobar, constituye el punto de integración y donde confluyen el derecho concursal y el societario, al comprobarse la relación de agencia concursal que se instaura entre la Junta de Acreedores (principal) y el Administrador Concursal (agente), así como los problemas de agencia que se replican entre estos dos actores del proceso concursal.

En primer lugar desarrollaremos y justificaremos los fundamentos por las cuales es eficiente y es posible (**Fundamento de Eficiencia y Posibilidad**), hacer extensivos los deberes fiduciarios que le son propios a los órganos de administración de las sociedades anónimas hacia el Administrador Concursal nombrado por la Junta de Acreedores dentro del PRP, deberes que han sido desarrollados ampliamente por la doctrina nacional y comparada, así como también, han sido recogidos -de forma dispersa y tácita- en la LGS, han sido regulados de forma expresa en el Anteproyecto de la LGS y en la legislación comparada. Toda vez que, esta necesidad se funda en no solo dotar a las Juntas de Acreedores de las sociedades concursadas, de mayores herramientas que les permitan regular, supervisar y/o exigir una adecuada actuación del Administrador Concursal como órgano de administración dentro del PRP, sino también, en hacer frente a los problemas de

agencia que suscitan dentro del séquito del PRP, ello en aras de cumplir con el PR y cumplir con el objeto por el cual se instaura el PRP, alineando así los intereses del Administrador Concursal con los de la Junta de Acreedores y reduciendo la posibilidad de que el Administrador Concursal tome decisiones que lo beneficien a expensas de los intereses de la Junta de Acreedores.

En segundo lugar, **formularemos los posibles deberes fiduciarios del Administrador Concursal** que se configuran dentro del PRP y que servirían para hacer frente a los problemas de agencia que se suscitan en el plano concursal, partiendo de los deberes fiduciarios señalados para los órganos de administración de las sociedades anónimas, desarrollados en el Capítulo I.

En tercer lugar, nos preguntaremos **si sobre el administrador concursal recae un deber de lealtad o algún deber fiduciario residual en favor de los accionistas de la sociedad concursada**, puesto surge la interrogante relacionada a si se debería cautelar o tutelar sus intereses, ya que, existiría un deber de retornar la administración de la sociedad a los accionistas luego de culminado el PRP.

En cuarto lugar, analizaremos como el quebrantamiento de estos deberes fiduciarios coadyuvarían a determinar la responsabilidad del Administrador Concursal, sirviendo a su vez, de base para que la Junta de Acreedores tome las acciones legales correspondientes como consecuencia de su quebrantamiento imputable al Administrador Concursal (**Responsabilidad del Administrador Concursal**).

3.2. Justificación para la extensión de los deberes fiduciarios de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas hacia el Administrador Concursal ¿Es Eficiente? ¿Es Posible?

Los problemas de agencia han sido y serán una preocupación central en la gobernanza corporativa y se refieren a situaciones en las que los intereses de los propietarios (accionistas o mandantes) y los intereses de los órganos de administración (gerentes o directores o mandatarios) de una sociedad o empresa pueden entrar en conflicto debido a la separación de la propiedad y del control, que se presenta dentro de las relaciones de agencia. Tal como hemos visto a nivel societario, los órganos de administración son agentes

que actúan en nombre de los accionistas (principales), y estos problemas de agencia pueden surgir cuando dichos órganos toman decisiones que pueden no ser en el mejor interés de los accionistas o que en perjuicio de estos últimos, sean tomadas o ejecutadas con el único afán de buscar, obtener o satisfacer un beneficio propio o de un tercero. Para abordar estos problemas y garantizar que los órganos de administración actúen de manera responsable y en beneficio de los accionistas, se establecen los deberes fiduciarios como parte de la estructura legal y ética de la gestión corporativa, los cuales son un conjunto de obligaciones legales y éticas que los órganos de administración deben cumplir para garantizar que actúen en beneficio de los accionistas y en el mejor interés de la sociedad o empresa en su conjunto.

Estos deberes fiduciarios son esenciales para abordar los problemas de agencia y garantizar que los administradores actúen en el mejor interés de los accionistas y de la empresa en su conjunto. Cuando se cumplen estos deberes fiduciarios, se crea un ambiente de confianza y transparencia en la empresa, lo que contribuye a alinear los intereses de los accionistas y los administradores. Además, estos deberes ayudan a establecer una base sólida para la gobernanza corporativa, lo que puede llevar a un mejor desempeño empresarial y a una mayor confianza por parte de los inversores y otras partes interesadas (*stakeholders*).

La supervisión y el cumplimiento de estos deberes fiduciarios son responsabilidades clave de la junta directiva y de los comités de auditoría y gobierno corporativo en una empresa. Estos órganos tienen la tarea de garantizar que los administradores actúen de manera responsable y cumplan con sus deberes fiduciarios, lo que es esencial para mantener la integridad y la eficacia de la gestión corporativa. En última instancia, los deberes fiduciarios desempeñan un papel crucial en la protección de los intereses de los accionistas y en la promoción de una gestión empresarial ética y responsable (**Fundamento de Eficiencia**).

Por otro lado, la eficiencia de los deberes fiduciarios, puede ser medida en términos jurídicos y económicos, puesto que se relaciona con cómo estos contribuyen al funcionamiento eficiente de las relaciones de agencia, la promoción de la buena gobernanza corporativa, la protección de los intereses de los accionistas y los *stakeholders*, lo cual

repercute a su vez en la maximización del valor económico de la sociedad. Aquí hay algunas maneras en las que los deberes fiduciarios pueden ser eficientes desde una perspectiva jurídica:

- Protección de los intereses de los accionistas: Su aplicación asegura que las decisiones de los administradores se alineen con los intereses de los accionistas, promoviendo la maximización del valor de la sociedad.
- Fomento de la confianza y transparencia en la gestión: Tiene un impacto positivo en los *stakeholders* u otras partes interesadas (por ejemplo: inversionistas), puesto que la sociedad es vista como un agente cuya gestión se realiza de forma eficiente, lo cual puede traducirse en un mejor acceso al capital y a una mejor valoración en los mercados.
- Mejora en la gobernanza corporativa: Sin duda alguna, por medio de su aplicación se promueven y se derivan prácticas de buena gobernanza corporativa, lo que conducirá a una gestión más eficiente y responsable, y a un mejor desempeño a largo plazo de la sociedad.
- Determinación de la responsabilidad del administrador: Por medio de su aplicación de la mano de la discrecionalidad empresarial, nos podremos asegurar que los administradores societarios sean responsables por sus acciones y/o decisiones, promoviendo un espacio de mayor rendimiento de cuentas y ética empresarial.

Así también tenemos algunas maneras en la que los deberes fiduciarios pueden ser eficientes desde una perspectiva económica:

- Reducción de Conflictos de Interés: Los deberes fiduciarios exigen que los agentes actúen en el mejor interés de la parte principal, lo que ayuda a reducir los conflictos de interés. Esto es fundamental para la eficiencia económica, ya que los conflictos pueden dar lugar a decisiones subóptimas que perjudican el valor de la empresa.
- Mejora de la Transparencia: La transparencia derivada de los deberes fiduciarios facilita la toma de decisiones informada. Los inversionistas y otras partes interesadas pueden confiar en que los agentes están actuando de manera ética y

responsable, lo que puede reducir la incertidumbre y mejorar la eficiencia en los mercados financieros.

- Incentivos para la Innovación y la Eficiencia Operativa: Cuando los agentes saben que están legal y éticamente obligados a buscar el interés de la parte principal, pueden ser más propensos a buscar la innovación y mejorar la eficiencia operativa para beneficiar a la empresa a largo plazo. Esto puede contribuir al crecimiento sostenible y a la eficiencia económica.
- Mitigación del Riesgo Moral: Los deberes fiduciarios ayudan a mitigar el riesgo moral al establecer estándares éticos y legales que los agentes deben seguir. Esto puede reducir la posibilidad de comportamientos o decisiones arriesgadas que podrían ser perjudiciales para la empresa y sus *stakeholders*.
- Construcción de Confianza: La confianza es esencial para el buen funcionamiento de las transacciones económicas. Los deberes fiduciarios contribuyen a construir y mantener la confianza entre las partes involucradas, lo que puede facilitar las relaciones comerciales y mejorar la eficiencia en las interacciones económicas.
- Mejora de la Asignación de Recursos: Al garantizar que los agentes actúen en el mejor interés de la parte principal, los deberes fiduciarios pueden ayudar a garantizar una asignación más eficiente de recursos dentro de la empresa, ya que las decisiones se toman considerando los objetivos a largo plazo y la maximización del valor.

En ese orden de ideas, no podemos negar la valía que representan dichos deberes dentro de cualquier organización societaria o empresarial, por los beneficios que traen consigo, los cuales han sido reconocidos ampliamente por la doctrina y jurisprudencia comparada (abordada en el Capítulo I) -y que a modo de síntesis se ha desarrollado en párrafos anteriores- por lo que esta debería ser -en principio- la primera premisa sobre la cual se sentarían las bases para justificar la extensión de los deberes fiduciarios hacia el Administrador Concursal nombrado por la Junta de Acreedores dentro del PRP. Sin embargo, esto no es así, puesto que la utilidad o beneficios de los deberes fiduciarios, pasan a un segundo plano, dado que, a pesar de ser un mecanismo para confrontar, combatir o

mitigar los problemas de agencia que se originan dentro de las empresas, la razón fundamental y principal por la cual se justifica la extensión de los deberes fiduciarios que les son imputables a los órganos de administración de las sociedades anónimas, hacia el Administrador Concursal nombrado por la Junta de Acreedores dentro del PRP, **es por la configuración -por mandato legal del artículo 63° de la LGSC- de la relación de agencia que se ve materializa dentro del plano concursal**, al momento en que se produce la sustitución de la JGA como máximo órgano político y de administración, por parte de la Junta de Acreedores, y esta última nombra y delega en el Administrador Concursal, su confianza y la labor de administración de la sociedad concursada bajo el marco de un PR de imperioso cumplimiento.

Puesto que una vez configurada la relación de agencia dentro del plano concursal del PRP, existe la posibilidad de la ocurrencia de los problemas de agencia entre la Junta de Acreedores y el Administrador Concursal, tal y como ha sido comprobado en el Capítulo II con el análisis casuístico y jurisprudencial (nacional y comparada). Por lo que, partiendo de esta premisa, es que se justifica la extensión y exigencia de los deberes fiduciarios al Administrador Concursal, con el objeto de afrontar los problemas de agencia que se replican dentro del PRP (**Fundamento de Posibilidad**).

Ahora bien, como última justificante para la extensión de los deberes fiduciarios de los órganos de administración de las sociedades anónimas hacia el Administrador Concursal, radica en que, independientemente de que la sociedad sea sometida a un PRP y se produzca la abstracción del plano societario de la JGA, ello en aras de buscar la reflotabilidad de la misma y cumplir con el objeto del PRP, que es la recuperación de los créditos a favor de los acreedores; no debemos olvidar que la dinámica concursal se realiza o se vale de la sociedad como ente o vehículo para ello⁵², es decir que, **independientemente de la**

⁵² En este punto de la investigación, reiteramos que no es objeto de la presente investigación sumarnos al debate sobre la naturaleza jurídica de las sociedades señalada por Elías y que se ha desarrollado en el Capítulo I. Pero para sostener este argumento debemos tomar partido por alguna de las tesis antes esbozadas, por lo que nos alejamos de la doctrina que sostiene la teoría contractualista desarrollada por Ascarelli y Halperin, que establece que la naturaleza jurídica de la

dinámica empresarial o comercial de la sociedad se rija bajo las reglas concursales y se busque satisfacer el interés de los acreedores para la recuperación de las acreencias por medio de la actividad comercial de la sociedad concursada, nos encontramos ante una sociedad que aún se mantiene vigente y bajo sujeción a las disposiciones y normativas y/o doctrinarias y/o jurisprudenciales desarrolladas a nivel societario y aplicables a toda sociedad, sin importar la situación en la que se encuentre.

Por último, ello de alguna manera fue previsto y reconocido por el legislador a nivel normativo -ya sea de forma intencional o no- en la Primera Disposición Complementaria Final de la LGSC, que prescribe que en todo lo no previsto en la Ley, será de aplicación supletoria las normas contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Código Procesal Civil y la Ley General de Sociedades, por lo que la sociedad concursada a pesar de estar sometida a la normativa concursal, se rige “de forma supletoria” por la normativa societaria vigente⁵³, pudiendo entonces, hacer extensivos al PRP y a sus actores,

sociedad es un contrato, y conciliamos con la posición doctrinaria institucionalista o de acto complejo formuladas por Georges Ripert y Mantilla Molina, y, de acto complejo de Kuntze (citado en Elías, 2008, pp. 22-24), puesto que entendemos a la sociedad como una institución o ente dentro del mercado, que merece una suerte de reconocimiento y tutela independiente de la de sus miembros que la conforman o la integran.

⁵³ Sobre el particular debemos de precisar que el sentido de esta regulación supletoria, es que resulta poco práctico y tedioso (hasta materialmente imposible), que tanto la LGSC como el PR aprobado por la Junta de Acreedores, contemple la totalidad de disposiciones de administración, representación, delegación, organización, entre muchos otros, de las sociedades. Asimismo, existen disposiciones que escapan a la regulación normativa y que se materializan dentro de la dinámica empresarial de cada sociedad, tales como el régimen de administración, el plan o estrategia tributaria a seguir, la planificación y/o gestión de recursos humanos, formas de financiación, políticas financieras o apalancamiento financiero a tomar, entre otros, los mismos que no pueden ser estáticos dentro del contexto empresarial.

las disposiciones o matices desarrollados por la LGS, por la doctrina y jurisprudencia societaria (**Fundamento de Posibilidad**).

3.3. Deberes fiduciarios del Administrador Concursal que se configuran dentro del PRP

Como hemos advertido, los procedimientos concursales (también llamados procedimientos de quiebra o insolvencia tal y como lo hizo la normativa concursal peruana ya derogada), son mecanismos legales que se accionan y a los que se somete una empresa o sociedad, cuando esta no puede cumplir con sus obligaciones financieras frente a terceros por encontrarse en una situación de insolvencia. Durante estos procedimientos, postulamos que los órganos de administración de la empresa o sociedad concursada, tienen una serie de deberes fiduciarios que deben cumplir rigurosamente. Estos deberes fiduciarios son fundamentales para garantizar la equidad, la transparencia y la protección de los intereses de todas las partes involucradas, acreedores y accionistas, pero priorizando o prefiriendo la de los primeros, puesto que tal y como lo hemos venido señalando, la recuperación de los créditos a favor de estos, constituye el objeto por el cual se instauran este tipo de procedimientos concursales.

Ahora bien, siguiendo la línea argumentativa desarrollada en el punto anterior, y teniendo como sustento la eficiencia y posibilidad de la extensión de los deberes fiduciarios de los órganos de administración de las sociedades al Administrador Concursal nombrado por la Junta de Acreedores dentro del PRP, por la configuración de una relación de agencia que se materializa entre estos últimos dentro del plano concursal en mérito de lo dispuesto en el artículo 63° de la LGSC, con el objeto de hacer frente a los problemas de agencia que podrían suscitarse. Resulta pertinente señalar, que deberes fiduciarios son aplicables dentro de esta relación de agencia concursal. Es decir, que tipo de deberes fiduciarios son aplicables (aquellos desarrollados por la normativa, jurisprudencia y/o doctrina nacional y comparada tratados en el Capítulo I), o, si existen nuevos tipos de deberes fiduciarios que podrían ser formulados o aplicados dentro de esta relación de agencia *sui generis* extra societaria.

Pues bien, teniendo como referencia los deberes fiduciarios antes tratados, postularemos los deberes fiduciarios que -a consideración nuestra- son de aplicación al Administrador

Concursal dentro del PRP, teniendo en cuenta por, sobre todo, la propia naturaleza del procedimiento concursal, es así que a continuación detallaremos los deberes fiduciarios que resultan clave dentro del contexto del PRP:

- a) **Deber de lealtad y neutralidad:** El Administrador Concursal tiene la obligación de actuar con lealtad hacia la Junta de Acreedores. Esto significa que deben evitar cualquier favoritismo o conflicto de interés que pueda perjudicar a ciertos acreedores o grupos de intereses o *stakeholders*. El deber de lealtad garantiza que los activos de la sociedad concursada se administren de manera justa y equitativa entre los acreedores y se evite cualquier trato preferencial injustificado⁵⁴.
- b) **Deber de cuidado y diligencia o *duty of care*:** El Administrador Concursal debe ejercer un alto grado de cuidado y diligencia en la gestión de la sociedad concursada durante el procedimiento concursal. Esto implica tomar decisiones informadas y prudentes que maximicen el valor de los activos priorizando el beneficio de los acreedores representados a través de la Junta de Acreedores, a través del cumplimiento estricto del PR. La falta de cuidado y diligencia puede dar lugar a la responsabilidad personal del Administrador Concursal.
- c) **Deber de informar y cooperar:** El Administrador Concursal debe proporcionar información precisa y completa a la Autoridad administrativa concursal (actualmente la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI), así como a los acreedores representados a través de la Junta de Acreedores y otras partes interesadas. La transparencia y la cooperación son esenciales para el éxito del procedimiento concursal y para asegurar que se tomen decisiones basadas en información precisa.

⁵⁴ Sobre este punto en particular, si bien no forma parte de la presente investigación, es posible que surja la siguiente interrogante ¿Sobre el administrador concursal recae un deber de lealtad frente a los accionistas de la sociedad concursada? En el sentido de que, el administrador concursal deba velar por cautelar por los activos patrimoniales societarios no solo para satisfacer las acreencias impagas de los acreedores, y, para que la sociedad mantenga su actividad empresarial en el mercado, debiendo cumplir con los términos y condiciones del PR, para que esta no sea liquidada. Es por ello que, en el acápite siguiente, trataremos de darle respuesta.

También se plantea que el Administrador Concursal deba cooperar con cualquier otra entidad nombrada por la autoridad administrativa concursal o designada en el PR.

- d) Deber de evitar transacciones fraudulentas o preferenciales⁵⁵:** El Administrador Concursal tiene la responsabilidad de evitar cualquier tipo de transacción fraudulenta o preferencial que pueda perjudicar los intereses de ciertos acreedores en detrimento de otros. Esto incluye la prohibición de transferir activos o realizar pagos a ciertos acreedores de manera injusta o injustificada dentro del PRP o en contravención del PR.
- e) Deber de maximizar el valor de los activos:** El Administrador Concursal debe tomar medidas para maximizar el valor de los activos de la sociedad concursada durante el PRP. Esto puede traducirse en la venta de activos no esenciales, la reestructuración de deudas o la búsqueda de inversores que puedan ayudar a recapitalizar la empresa, siempre y cuando así este contemplado dentro del PR o sea puesto a consideración de la Junta de Acreedores para su aprobación. El objetivo es preservar la viabilidad de la actividad comercial de la sociedad concursada para lograr el pago de las acreencias a favor de los acreedores o, en su defecto, maximizar el valor de los activos para el beneficio de los acreedores.
- f) Deber de cumplir con las leyes y regulaciones aplicables:** El Administrador Concursal, se encuentra en la obligación de cumplir con todas las leyes y las regulaciones relacionadas con el PRP en su jurisdicción, teniendo especial consideración con el PR, por ser el instrumento de gestión concursal que rige la administración de la sociedad concursada sometida al PRP. Esto incluye el cumplimiento de los plazos establecidos, la presentación de informes requeridos y la observancia de las normativas específicas del procedimiento y demás establecidos en el PRP.

⁵⁵ Podría subsumirse dentro del Duty of Loyalty, si seguimos la definición de Paz-Ares acotada en el Capítulo I.

- g) Deber de rendición de cuentas:** El Administrador Concursal debe estar dispuesto a rendir cuentas por sus acciones mientras se mantenga vigente el PRP⁵⁶. Esto implica mantener registros precisos de todas las transacciones y decisiones tomadas y estar dispuesto a explicar y justificar sus acciones ante la Junta de Acreedores y Autoridad administrativa concursal, toda vez que se debe tener certeza de que la actividad comercial de la sociedad concursada sigue el PR y va cumplir con los plazos establecidos para la recuperación de las acreencias; caso contrario, corresponderá someter a la sociedad concursada al proceso de disolución y liquidación.
- h) Deber de considerar el interés de los empleados:** Además de sus responsabilidades hacia la Junta de Acreedores y la Autoridad administrativa concursal, consideramos que el Administrador Concursal, debe tener en cuenta en especial, el interés de los empleados de la sociedad concursada afectados por el PRP, puesto que, como bien se ha señalado en el Capítulo I, la sociedad no solo es considerado como un agente del mercado, sino también una fuente de empleo y sustento para la familia de sus trabajadores. Esto puede incluir la búsqueda de soluciones para minimizar el impacto negativo en los empleados o medidas provisionales como la reducción de remuneraciones consensuadas.
- i) Deber de buscar soluciones viables:** El Administrador Concursal tiene la responsabilidad de buscar soluciones viables para lograr la reestructuración patrimonial de la sociedad concursada y el pago de las acreencias a favor de los acreedores. Esto puede implicar la exploración de otras opciones de reestructuración a las señaladas en el PR y la respectiva puesta en conocimiento a la Junta de Acreedores, la negociación de acuerdos con acreedores o la búsqueda de financiamiento adicional. El objetivo es encontrar una solución que permita la continuidad de la actividad

⁵⁶ Tal como hemos visto en el Capítulo II, del análisis de los casos Pecuaría Pisco S.A.C. y Constructora Upaca S.A., el rendir cuentas ante la autoridad concursal y los acreedores, es una de sus obligaciones inherentes al cargo de administrador concursal y que subyace en la aplicación del artículo 61.8 en concordancia con el artículo 122.3 de la LGSC.

empresarial de la sociedad concursada, o, en su defecto, maximice el valor de los activos.

- j) Deber de ética y honestidad:** El Administrador Concursal, debe actuar con integridad y honestidad en todo momento mientras se encuentre vigente el PRP. Deben evitar cualquier forma de conducta engañosa o deshonesta que pueda perjudicar a las partes interesadas.

Pues bien, estos deberes fiduciarios que han sido formulados a cargo del Administrador Concursal dentro del PRP, consideramos que son fundamentales para asegurar que se administre de manera justa y equitativa la sociedad concursada, así como para proteger los intereses de todas las partes involucradas (con especial consideración de los acreedores). La violación de estos deberes puede traer consigo graves consecuencias legales y/o financieras para el Administrador Concursal (en atención a los supuestos de responsabilidad que le son atribuibles y que han sido detallados en el Capítulo I). Por lo tanto, resulta esencial que el Administrador Concursal actúe con el más alto nivel de profesionalismo, transparencia y diligencia durante todo el proceso concursal para garantizar un resultado justo y equitativo para todas las partes interesadas, logrando así la reflotabilidad financiera de la sociedad concursada, la recuperación de las acreencias a favor de los acreedores y, por último, la recuperación del control político y administrativo por parte de la JGA de la sociedad concursada.

Por último, si bien estos deberes fiduciarios han sido formulados para ser aplicados únicamente al PRP, se deja abierta la posibilidad de que los mismos puedan ser aplicados a los demás procedimientos regulados en la normativa concursal, siempre y cuando se logre verificar la concurrencia de la relación de agencia y problemas de agencia.

3.4. ¿Deber de lealtad del administrador concursal hacia los accionistas de la sociedad concursada?

Como hemos venido desarrollando a lo largo de la presente investigación, el administrador concursal se encuentra en la obligación de dirigir de manera independiente y diligente, la actividad comercial de la sociedad concursada, para que a través de la misma y cumpliendo el PR, se haga el pago de las acreencias impagas a favor de la junta de

acreedores, esto implica que, optimice y/o mejore y/o administre de la manera más diligente la actividad comercial de la sociedad concursada para que ello ocurra; caso contrario, es decir, se incumpla el PR, sería posible condenar a los acreedores a la no recuperación de sus acreencias impagas (en tanto es posible que luego de la liquidación y disolución de la sociedad, no se llegue a cubrir con los remanentes obtenidos, el pago del total de las acreencias) y por otro lado, se condenaría a la sociedad concursada a su disolución y liquidación.

Ahora bien, de los dos anteriores supuestos señalados: 1) Cumplimiento del PR; y, 2) Incumplimiento del PR, advertimos que derivan efectos sobre los accionistas de la sociedad concursada, puesto que, como consecuencia del cumplimiento del PR, se retornará el control de la sociedad concursada a la JGA; por otro lado, como consecuencia del incumplimiento del PR, ya no sería posible retornar la administración de la sociedad concursada a los accionistas, sino que, se la sometería a un procedimiento de disolución y liquidación, condenando a la sociedad concursada a su extinción lo que consecuentemente, afecta a los intereses patrimoniales de los accionistas, puesto que se verán privados para siempre de su propiedad.

Es en base a ello que no cabe duda alguna, que luego de haber analizado y postulado los deberes fiduciarios que recaerían sobre el administrador concursal, resulta necesaria absolver la interrogante del presente acápite.

Pues bien, como hemos visto precedentemente, el administrador concursal es una figura legal designada dentro del marco de un PRP, para gestionar y administrar los activos de una sociedad en situación de concurso, con el objetivo de satisfacer, en la medida de lo posible, las deudas contraídas con los acreedores. Por lo que, la lealtad del administrador concursal se dirige principalmente hacia la masa de acreedores y no hacia los accionistas.

El deber de lealtad del administrador concursal está vinculado a la obligación de actuar en el mejor interés de todos los acreedores de la sociedad en concurso. Este deber se deriva de su función/deber de administrar los bienes de la sociedad concursada de manera imparcial y equitativa para maximizar el valor disponible para el pago de las acreencias. En este contexto, el administrador concursal debe tomar decisiones basadas en el PR,

criterios objetivos y en la normativa legal aplicable. No tiene una obligación específica hacia los accionistas en cuanto a proteger sus intereses individuales⁵⁷. Su responsabilidad principal es cumplir con las disposiciones legales y trabajar en beneficio de la masa de acreedores en su conjunto, actúa como un agente cuyo propósito es el de maximizar la recuperación para los acreedores en general.

En resumen, el deber de lealtad del administrador concursal recae primordialmente hacia la masa de acreedores y no hacia los accionistas. Su responsabilidad es gestionar los activos de la sociedad concursada de manera diligente y eficiente, de manera tal que pueda cumplir con los objetivos establecidos en el PR.

3.5. El rol de los deberes fiduciarios concursales para determinar la responsabilidad del Administrador Concursal frente a la Junta de acreedores

A modo de darle conclusión a la presente investigación, debemos hacer referencia a la responsabilidad que acarrearía el administrador concursal frente a la junta de acreedores, ante el quebrantamiento de sus deberes fiduciarios concursales -ya sea los esbozados en el Capítulo I o los que hemos planteado en el apartado anterior-, pero para ello debemos remitirnos nuevamente a la responsabilidad del administrador concursal tratada en el Capítulo I.

Pues bien, como ya hemos señalado, la responsabilidad del administrador concursal frente a la junta de acreedores, no se encuentra expresamente regulada expresamente en la LGSC, por lo que recurriendo a su PRIMERA Disposición Complementaria Final que hace referencia a la supletoriedad de la normativa societaria, es que se hace extensiva -al igual que a los liquidadores concursales- la responsabilidad por los daños y perjuicios que causen los acuerdos o actos contrarios a la ley, el PR o los realizados con dolo, abuso de facultades

⁵⁷ En ese mismo sentido, ha sido regulado el deber del administrador concursal en la normativa española, pues el artículo 80º del Real Decreto Legislativo 1/2020, Texto refundido de la Ley Concursal, ha establecido que los administradores concursales, actúan con imparcialidad e independencia respecto del deudor, en el caso de las personas jurídicas, con independencia de sus socios.

o negligencia grave, tal y como lo prescribe el artículo 177° la LGS, pudiendo ser posible además, la extensión de los demás supuestos de responsabilidad contemplados en la LGS.

Como hemos visto, esta responsabilidad necesariamente debe ser accionada vía judicial, en los cuales deberán dilucidarse los elementos de la responsabilidad civil contemplados en el artículo 1321° de nuestro Código Civil, y, que parte de la premisa clásica y elemental que señala que “quien causa daño a otro está obligado a repararlo”. Esta responsabilidad para que pueda configurarse debe cumplir con los elementos de la responsabilidad definidos por la doctrina como: 1) La antijuricidad, entendida como aquella acción u omisión que genere un daño en otro; 2) Daño (emergente y lucro cesante); 3) Nexo Causal, entendido como la causa próxima o inejecución de obligaciones que traerían como consecuencia directa e inmediata la generación del daño; 4) Criterios de imputación o Factor de atribución: culpa leve (artículo 1320°), culpa inexcusable (artículo 1319°) o dolo (artículo 1318°) (Fernández, 2019, pp. 115-157).

En este sentido, resulta importante para las juntas de acreedores o acreedores de forma individual, poder determinar la configuración cada uno de estos elementos para la configuración de la responsabilidad civil; por lo que es en este plano donde muestran su valía los deberes fiduciarios que se le imputarían al administrador concursal, dado que permiten -en concreto- determinar dos elementos de la responsabilidad civil contractual, que son la Antijuricidad y Nexo causal.

En efecto, como hemos visto estos deberes fiduciarios a nivel concursal imponen obligaciones y deberes de imperioso cumplimiento para el administrador concursal puesto que estos se basan en principio fundamental de que estos deben actuar en el mejor interés y beneficio de la junta de acreedores y los acreedores que la conforman, priorizando la creación de valor a largo plazo y evitando cualquier conducta desleal o perjudicial. Estos deberes tienen como objetivo principal, proteger los intereses de los acreedores y salvaguardar los activos de la sociedad concursada, para que pueda cumplirse con el objeto del PRP. Asimismo, la determinación de la responsabilidad del administrador concursal, le sería aplicable la regla de la discrecionalidad empresarial o *business judgement rule* (extrapolándola del plano societario al concursal), en tanto, si se acredita el cumplimiento de sus deberes fiduciarios sin que medie conflicto de interés alguno y con el único objetivo

de buscar el mejor interés de los acreedores, independientemente del resultado que se obtenga, este no respondería por sus decisiones u acciones (nos encontraríamos ante un supuesto de ruptura del nexo causal dentro del plano civil señalado en párrafos anteriores).

Siguiendo dicha línea argumentativa, podemos afirmar que ante su incumplimiento se configuran los elementos antes citados, para tal efecto traemos a colación los hechos contenidos en: 1) El Voto en Discordia de la Resolución de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, N° 071-2021/SCO-INDECOPI - Expediente N° 047-2020/FCO-SANCIONADOR, desarrollados en el Capítulo II, donde podemos advertir que el administrador concursal, habría actuado en contra del deber fiduciario concursal de Lealtad y Neutralidad (que hemos propuesto), en tanto favoreció a un tercero en perjuicio de la Universitario de Deportes, por lo que este actuar conlleva a determinar la Antijuricidad, en tanto actúa de forma contraria a una obligación que debe cumplir en su calidad de administrador concursal, y, por otro lado, determinaría el Nexo causal, puesto que este acto de favorecimiento a un tercero, traería como consecuencia directa e inmediata un daño pecuniario en contra de Universitario de Deportes por la suma de \$ 500,000.00; y 2) La Sentencia emitida por la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de fecha cinco de febrero de dos mil quince, recaída en la Casación e Infracción Procesal núm.: 2469/2015, donde podemos advertir que el Tribunal, advirtió que Factorías Vulcano incumplió sus deberes de diligencia y lealtad (que hemos propuestos, extrapolando los deberes de diligencia societarios) en su calidad de administrador concursal de Factorías Juliana, puesto que ejecutó decisiones que buscaron su beneficio propio y que perjudicaron la satisfacción del cobro de las acreencias de los deudores, por un monto ascendente a cincuenta y ocho millones de euros

Por último, tal y como hemos podido observar, queda claro entonces que los deberes fiduciarios concursales jugarían un rol clave para la determinación de la responsabilidad del administrador concursal, producto de su gestión a cargo de la sociedad concursada, demostrando así su valía y reforzando la hipótesis que permite realizar la extensión de los deberes fiduciarios al plano concursal.

CONCLUSIONES

Capítulo I:

1. El PRP se erige como un mecanismo *sui generis*, para la reflatibilidad económica financiera del deudor concursado, por medio de la continuación su actividad empresarial, la cual servirá para satisfacer las acreencias impagas a favor de sus acreedores quienes se agrupan dentro del PRP, asumiendo el rol de Junta de Acreedores y quienes son -en buena cuenta- los que determinarán a través del PR, la marcha del deudor concursado para la recuperación de sus acreencias, nombrando para tal efecto a un administrador concursal, quien será el encargado de dirigir y administrar la actividad económica del deudor concursado bajo los términos y condiciones plasmados en el PR.

2. Producto de la sustitución de la JGA por parte de la Junta de Acreedores, que opera dentro de los PRP, por mandato expreso del artículo 63° de la LGSC, y, el posterior nombramiento de un administrador concursal, a quien deposita su confianza y le delega la administración de la sociedad concursada, es que se configura una relación de agencia concursal, en tanto se extrapola esta figura del plano societario al plano concursal, asumiendo la Junta de Acreedores el rol de principal, mientras que el administrador concursal asume el rol de agente.

3. Los deberes fiduciarios comportan una serie de obligaciones y deberes que deben cumplir los órganos de administración (ya sea societario o concursal) puesto que estos se basan en principio fundamental, de una actuación diligente que busque satisfacer de mejor forma los intereses de los sujetos que han delegado su mandato; así mismo ayuden a sortear las complejidades e incertidumbres, respecto a los costos de transacción que se deriven de la realización de los actos de administración, a los que se han denominado problemas de agencia.

4. La LGSC, no contempla de forma expresa cual sería la responsabilidad que asume el administrador concursal frente a la Junta de Acreedores, por su actuación a cargo de la administración de la sociedad concursada, cuando estos actos afecten los intereses la Junta de Acreedores o que no permitan la recuperación de las acreencias impagas, debiendo recurrir -en mérito de la PRIMERA Disposición Final Complementaria de la LGSC- a la

LGS, para determinar los supuestos de responsabilidad sobre los cuales respondería el administrador concursal.

Capítulo II:

1. De la revisión de la casuística y jurisprudencia peruana, queda claro que, dentro de los PRP, se configura la relación de agencia concursal entre la Junta de Acreedores y el Administrador Concursal, por mandato expreso de la LGSC.

Lo anterior permite ratificar que dentro de este procedimiento concursal *sui generis*, confluyen e integran dos ramas del derecho que no resultan ajenas entre sí, si no complementarias unas con las otras, por la superposición que opera del derecho concursal por sobre el derecho societario.

2. Esta integración de dos ramas del derecho, justifica, asimismo, la extensión de los deberes fiduciarios previstos inicialmente para los órganos de administración de las sociedades, hacia los órganos de administración (administrador concursal), nombrado por la Junta de Acreedores dentro del PRP, ello con el objeto de afrontar los problemas de agencia que se configuran en dicho procedimiento, tal y como ha sido corroborado de la mano de la casuística y jurisprudencia analizada.

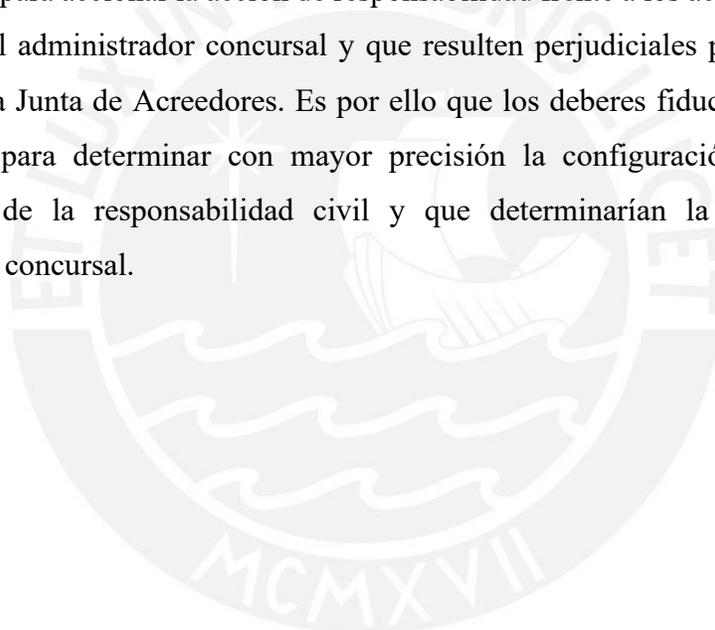
Capítulo III:

1. Los motivos por los cuales se justifica la extensión de los deberes fiduciarios al administrador concursal, tienen como fundamento la eficiencia y posibilidad. Eficiencia en términos que permiten una actuación responsable del administrador concursal en beneficio del mejor interés de la Junta de Acreedores; deberes que forman parte de la estructura legal y ética de la gestión y gobernanza corporativa de toda sociedad. Y posibilidad, que parte en primer lugar de relación de agencia y de los problemas de agencia que se configura a nivel concursal en los PRP; en segundo lugar, se sustenta en que a pesar de que la sociedad concursada se encuentra bajo la dinámica y las reglas y normativa concursal, no debemos dejar de lado que está aún subsiste en el plano material y jurídico, y que consecuentemente aún se encuentra vinculada a las disposiciones normativas y aportes doctrinarios y jurisprudenciales que han sido desarrollados a nivel societario, para afrontar y mitigar los distintos riesgos,

conflictos y costos de transacción que afrontan, tales como los problemas de agencia, por lo que se justifica la extensión de los deberes fiduciarios sobre del órgano de administración concursal que dirige la marcha de la sociedad; y en último lugar, por la supletoriedad de la normativa societaria al PRP, que recoge de forma dispersa los deberes fiduciarios.

2. Los deberes fiduciarios a nivel concursal, no distan del todo de los deberes fiduciarios desarrollados para las sociedades, como podemos advertir, algunos de los deberes fiduciarios postulados, replican algunos conceptos, pero con ciertos matices propios del PRP (tal como el cumplimiento del PR).

3. Al igual que con las sociedades, en el caso de los PRP, resulta necesario recurrir a la vía judicial para accionar la acción de responsabilidad frente a los actos de administración que ejercitó el administrador concursal y que resulten perjudiciales para los intereses y/o derechos de la Junta de Acreedores. Es por ello que los deberes fiduciarios se alzan como herramientas para determinar con mayor precisión la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil y que determinarían la responsabilidad del administrador concursal.



BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Carbonell, E. (2008). *Interpretación de la Ley General del Sistema Concursal Peruano: Leyes 287.809 y 28.709* (2ª ed.). Editorial San Marcos.
- Chanduví, V. (2019). *Derecho Societario. Las sociedades mercantiles. Legislación nacional y modelos*. Fondo editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego.
- Concha, C. (1971). *El proceso de quiebras*. Editores López Bancos Distribuidores.
- Davies, S., Worthington, S. & Hare, C. (2021). *Gower: Principles of Modern Company Law* (11ª ed.). Sweet & Maxwell.
- Elías, E. (2008). *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Gaceta Jurídica.
- Ezcurra, A., Bariola, N., Naters, L., & Romero, L. (2007). *Iniciarse en la redacción universitaria: exámenes, trabajos y reseñas*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Farsi, S. Gebhardt, M. (1987). *Concursos*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Fernández, G. (2019). *INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL: Lecciones universitarias*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Instituto Peruano de Derecho Mercantil (2004). *Tratado de Derecho Mercantil, Tomo-I Ley General de Sociedades*. Gaceta Jurídica.
- Hundskopf, O. (2013). *La sociedad anónima*. Gaceta Jurídica.
- Kraakman, R. et al. (2004) *The anatomy of corporate law*. Oxford University Press.
- Mayson, S., French, D. & Ryan, C. (2016). *Company Law* (33ª ed.). Oxford University Press.
- Morse, G. (1995). *Company Law*. Sweet & Maxwell.
- Sanz, P. (2019). El concepto de interés social en el Derecho Societario Español: teorías contractualistas e institucionalistas a debate. En Lázaro, I. & Serrano, A. (Eds.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Don José María Castán Vázquez* (pp. 491-511). Editorial Reus.
- Vercher, M. (2021). La Posición jurídica del liquidador de la sociedad capital. Marcial Pons.

REVISTAS

- Agurto I. (2017). La crisis ¿una buena oportunidad de inversión? La adquisición de activos o empresas en situaciones pre-concursales o sometidas a un procedimiento concursal. *Ius et Veritas*. 54, 110-122.
- Armour, A., Hansmann, H., & Kraakman (2016). Los elementos esenciales del derecho corporativo ¿Qué es el Derecho Corporativo? *Ius et Veritas*. 182, 182-212.
- Baeza, J. (2011). Naturaleza Jurídica del Proceso Concursal. *Revista Chilena de Derecho*.38(1), 33-56.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000100003>.
- Candelario, I. (1999). El Plan ¿Nueva Técnica Jurídica para un nuevo Derecho Concursal?. *Gaceta Jurídica*. 69 (B), 31-50.
- Del Águila, P. (2005). Plan de reestructuración: Aprobación, ejecución e incumplimiento. *Derecho & Sociedad*. 25, 307-320.
- Eastbrook, F. & Fischel, D. (1993, abril). Contract and fiduciary duty. *The Journal of Law and Economics* 43(1). 425-446.
<https://doi.org/10.1086/467282>
- Espinoza, J. (2005). El ejercicio abusivo del derecho en las decisiones de las juntas de acreedores dentro de un procedimiento concursal. *THEMIS-Revista de Derecho*. 51, 171-178.
- Franco, J. & Manrique, J. (2015). La constitución y el problema de la agencia en las sociedades de capital concentrado desde el análisis económico del derecho. *THEMIS-Revista de Derecho*. 46, 15-45.
- Gurrea, A. (2017, 5 de septiembre). Los deberes y la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia. Una perspectiva económica y comparada. [Blog] Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas.
<https://www.derechoyfinanzas.org/los-deberes-y-la-responsabilidad-de-los-administradores-en-situaciones-de-insolvencia-una-perspectiva-economica-y-comparada/>.
<https://doi.org/10.1086/467282>
- Hansmann, H. & Kraakman, R. (2003). El rol esencial del derecho en las organizaciones. *IUS ET VERITAS*. 11(22), 127-136.
- Hundskopf, E. (2001). Las personas jurídicas con fin económico. *IUS ET VERITAS*. 11(22), 127-136.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15993>.
- Hundskopf, E. (2002). Aproximación al estudio de los supuestos de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas. *Ius Et Praxis*. 33(33), 129-145.
<https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2002.n033.3651>.

- Martínez, J. (2003). Apuntes sobre el rol del derecho frente al problema de la agencia en las organizaciones. *THEMIS-Revista de Derecho*.46, 279-286.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9973>.
- Paz-Ares, C. (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *IUS ET VERITAS*, 13(27), 202-246.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16269>.
- Ribstein, L. (2003). The Structure of The Fiduciary Relationship. *Illinois Law and Economics Working Paper Series, Working Paper No LE03-003*.
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.397641>.
- Salinas, S. (1994). Las acciones sin voto y el desarrollo del mercado de capitales en el Perú. *IUS ET VERITAS*. 5(8), 109-115.
- Sánchez Calero, F. & Olivencia, M. (1994). Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades corporativas, *Anales de Moral Social y Económica*. *IUS ET VERITAS*. 5, 1-42.
- Sánchez Calero, F. & Fuentes, M. (2021). Deberes de los administradores sociales en tiempos de pandemia. En especial, el deber de diligencia y la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial. *DERECHO DE SOCIEDADES Y CRISIS DE LA EMPRESA EN TIEMPOS DE PANDEMIA*. 3-32.
<https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/755c8b64-f20c-41af-9652-7acdf848c738/content>.
- Velasco, J. (2009). How Many Fiduciary Duties Are There in Corporate Law?. *Southern California Law Review*. 83(6), 1213-1318.
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1457804>.
- Véliz, S. (2018). Los deberes inherentes al cargo de director de una sociedad anónima. *Forseti Revista de Derecho*. 9, 44-51.

TESIS

- Castellanos, G. (2014) “ADQUISICIÓN DE EMPRESAS EN PROCESO CONCURSAL” [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio PUCP:
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5737/CASTELLANOS_FERNANDEZ_GINNO_ADQUISICION_EMPRESAS.pdf?sequence=8&isAllowed=y
- Espinoza, R. (2021) EL PROCESO CONCURSAL ORDINARIO COMO HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA SALIDA DE LA CRISIS FINANCIERA Y ECONÓMICA DE LAS EMPRESAS [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio PUCP:
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/22759/ESPINOZA_ROBLES_RENZO_EFRAIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Vizcaíno, P. (2014) LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES EN CRISIS: ACREEDORES FRENTE A SOCIOS [Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid]. Repositorio UC3M: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/22759/ESPINOZA_ROBLES_RENZO_EFRAIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y

DIARIOS

Diario El Comercio, Universitario: ¿Cuál es la relevancia de los US\$2,5 millones que Gremco no reconoció según Indecopi y cómo impacta?, disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/negocios/universitario-de-deportes-cual-es-la-relevancia-de-los-us25-millones-que-gremco-no-reconocio-segun-indecopi-y-como-impacta-proceso-concursal-ncze-noticia/> (visitado el 06.10.2022).

PÁGINAS WEB

LEGISLACIÓN SOBRE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES – GUIA INFORMATIVA, disponible en: https://www.indecopi.gob.pe/documents/51783/3257351/Legislacion_procedimientos_concursales.pdf/ea1e8b4a-451d-f97a-abad-53cf1bd4717c.

JURISPRUDENCIA

Aronson v. Lewis. Supreme Court of Delaware, No. 203. March 1, 1983, disponible en: <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1984/473-a-2d-805-4.html>

Casey v. Woodruff. Supreme Court, Special Term, New York County. May 15, 1944

Informe Complementario N.º 37-2021/INDECOPI-GSF, disponible en: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/8001/NP%20210126%20Caso%20Universitario%20Investigaci%C3%B3n%20Concursal%202021.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Resolución de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, N° 0025-2019/SCO-INDECOPI - Expediente N° 04-2018/FCO-SANCIONADOR.

Resolución de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, N° 0082-2019/SCO-INDECOPI - Expediente N° 043-2018/FCO-SANCIONADO.

Resolución de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, N° 071-2021/SCO-INDECOPI - Expediente N° 047-2020/FCO-SANCIONADOR.

Sentencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo N° 45/2015.

BASE LEGAL

Legislación Nacional

Código de Comercio de 1902.

Congreso de la República del Perú, Ley N° 7566, Ley de Quiebras, 1932.

Congreso de la República del Perú, Ley de Sociedades Mercantiles de 1966.

Poder Ejecutivo del Perú, Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial.

Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, 1992.

Congreso de la República del Perú, Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Empresarial, 1996.

Congreso de la República del Perú, Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997.

Congreso de la República del Perú, Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, 1997.

Congreso de la República del Perú, Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, 2002.

Congreso de la República del Perú, Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal contenido en el Decreto Legislativo N° 1511.

Congreso de la República, Decreto Legislativo N° 295, Código Civil, 1984.

Poder Ejecutivo del Perú, Decreto de Urgencia N° 010-2012.

Congreso de la República del Perú, Ley N° 30064.

Congreso de la República del Perú, Ley N° 29862.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Directiva N° 001-2004/DIR-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Directiva N° 180-2015-INDECOPI/COD.

Legislación Comparada

Congreso de Colombia, Ley N° 222, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, 1995.

Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, 2010.

Texto refundido de la Ley Concursal, Real Decreto Legislativo 1/2020, 2020.

La Ley 24.522, Ley de Concursos y Quiebras de Argentina.

La Ley N° 20.270, Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas y perfecciona el rol de la Superintendencia del Ramo de Chile.

Congreso de los Estados Unidos de América. Bankruptcy Act. 2005.



ANEXOS

PLAN DE TRABAJO

El tema de investigación es: **¿Es posible la extensión de los deberes fiduciarios de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas contemplados en la Ley General de Sociedades, al administrador concursal nombrado por las juntas de acreedores en los procedimientos de reestructuración patrimonial? Y de ser posible ¿Es eficiente realizarla con el objeto de afrontar los problemas de agencia que se podrían replicar en dichos procedimientos?**



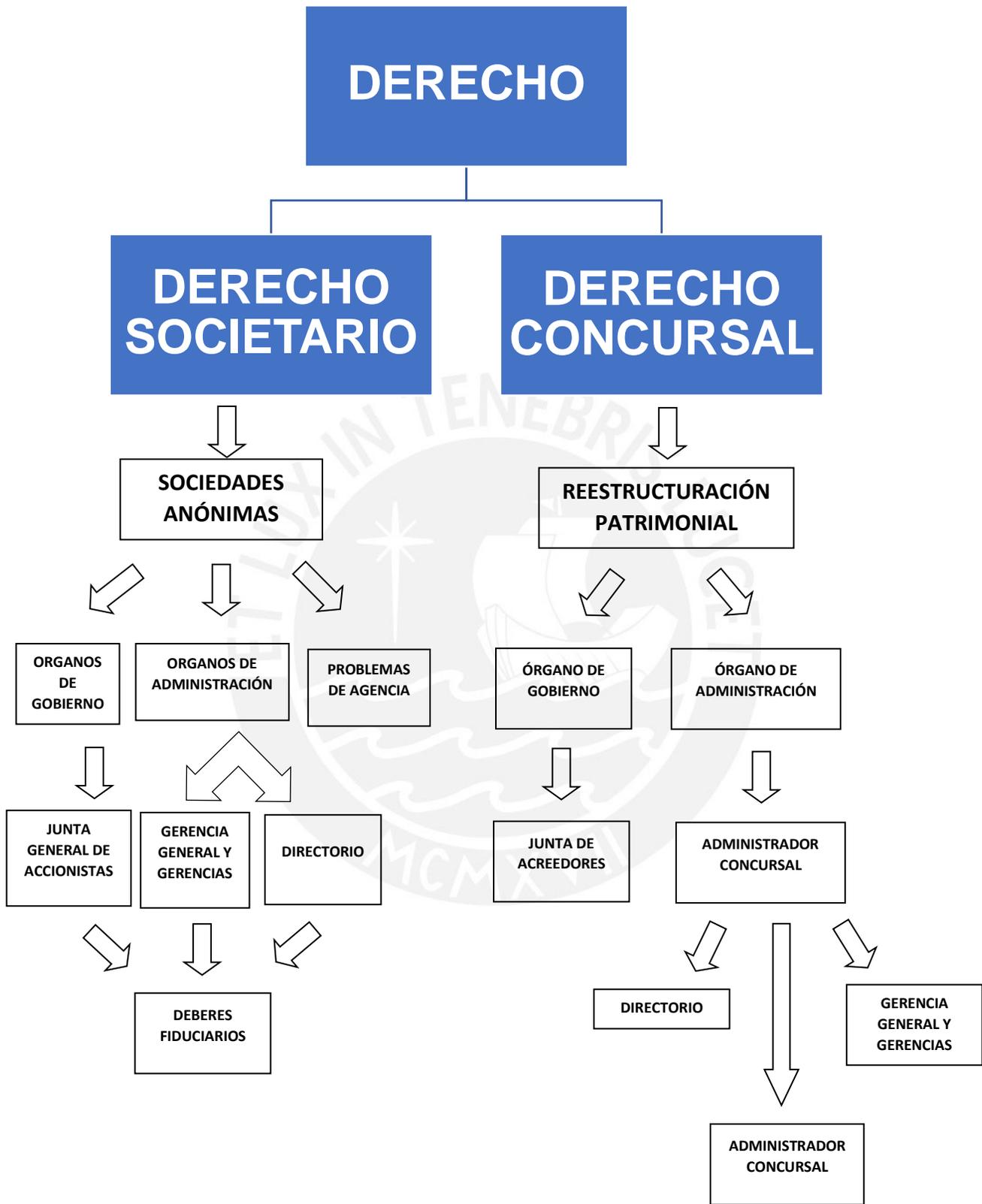


Figura 1. Ámbito de la Investigación

Universo: Derecho

Áreas generales: Derecho Societario/ Derecho Concursal

Unidades temáticas:

Derecho Societario – Sociedades Anónimas - Órganos de gobierno – Órganos de Administración – Problemas de Agencia - Deberes Fiduciarios.

Derecho Concursal – Reestructuración patrimonial – Órgano de Gobierno – Junta de Acreedores – Órganos de administración – Administrador Concursal – Directorio – Gerencia General y Gerencias – Administración General

Resultado:

Derecho-Derecho Societario/Derecho Concursal – Reestructuración patrimonial – Junta de Acreedores – Órganos de Administración - Problemas de Agencia – Deberes Fiduciarios – Extensión deberes fiduciarios.

El marco normativo nacional, por medio de la Ley N° 27809 “Ley General del Sistema Concursal” (LGSC), ha previsto mecanismos mediante los cuales, deudores en situación de insolvencia, a solicitud de estos o de sus acreedores, se someten a un procedimiento concursal por el cual, se busca brindar a los acreedores seguridad de pago por medio de su reestructuración o liquidación de la misma, siguiendo una actuación ordenada prevista en la precitada norma.

Es así que, dentro de estos procedimientos, se encuentra el Procedimiento de Reestructuración Patrimonial (en adelante PRP)⁵⁸ contenido en el artículo 60° de la LGSC,

⁵⁸ Este tipo de procedimiento concursal se caracteriza por permitir la permanencia en el mercado del deudor concursado, puesto que la parte acreedora decide -por voluntad propia o por negociación con el deudor- que la mejor opción para la recuperación de sus acreencias, es mediante una reestructuración financiera/económica dirigida y vigilada por el acreedor, la cual -principalmente- está orientada a la recuperación de los créditos, a través de la realización de la actividad comercial del deudor.

el mismo que se ejecuta en mérito de un Plan de Reestructuración⁵⁹ (en adelante PR), aprobado mediante acuerdo de la Junta de Acreedores, y por el cual, el deudor ingresa a un régimen de reestructuración patrimonial por el plazo previsto en el PR, el mismo que se encuentra sujeto a las fechas previstas en el cronograma de pagos incorporado al PR, para la cancelación de todas las obligaciones impagas por parte de la empresa.

Como parte del sometimiento a un PRP, la Junta de Acreedores, por disposición expresa del artículo 63° de la LGSC, asume y sustituye en todas sus funciones, derechos y atribuciones al órgano de gobierno de mayor jerarquía de la empresa (Junta General de Accionistas en caso de Sociedades, Junta de Asociados o Asamblea en caso de Asociaciones o del titular en caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada). Esta sustitución, permite que la Junta de Acreedores, adopte toda clase de acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento de la empresa deudora durante el término del PRP, tales como: aprobación de balances, transformación, fusión, escisión, cambio de razón, objeto o domicilio social, modificaciones estatutarias, aumentos de capital, **nombramiento de administradores concursales (gerentes, directores u otros)**, etc., todos ellos contenidos en el PR.

Pues bien, una vez instalada la Junta de Acreedores y haber optado por el PRP, esta acuerda la adopción de un régimen de administración temporal del deudor (artículo 61° LGSC), para ello la LGSC, establece la posibilidad de: a) Continuar con el mismo régimen de administración; b) Nombrar un Administrador Concursal inscrito ante la Comisión de

⁵⁹ Sobre el particular del Águila de Ruiz de Somocurcio (2005), citando a nos habla sobre la característica especial de este instrumento normativo u obligacional dentro del PRP, en tanto, tiene un carácter no solo patrimonial, puesto regula situaciones o condiciones que exceden de la esfera jurídico patrimonial entre el deudor y acreedores que motivaron su sometimiento al PRP, puesto que, en el PR se contemplan disposiciones más allá de los patrimoniales, incorporándose disposiciones referidas a la administración del negocios, comportamiento de los órganos de administración (directivos y gerentes), rendición de cuentas, aprobación de balances financieros, facultad del comité de acreedores, estrategias comerciales para el pago de las acreencias, entre otros (p. 309).

Procedimientos Concursales (en adelante CPC) de INDECOPI, u; c) Optar por un régimen de administración mixta, manteniendo todo o en parte la administración e involucrando personas naturales y/o jurídicas que designe la Junta de Acreedores.

Sea cual sea el régimen de administración optado por la Junta de Acreedores, los órganos de administración que se nombren en mérito de la misma, tienen como función principal -según lo previsto en la LGSC-, el cumplimiento del pago de las acreencias a favor de los acreedores y ceñir su actuación con observancia de los parámetros y lineamientos económicos, laborales, administrativos, financieros, entre otros, establecidos en el PRP.

Ahora bien, el problema materia de investigación radica -en parte-, respecto a la responsabilidad que asumirían dichos órganos frente a la Junta de Acreedores, por el incumplimiento de sus obligaciones dentro del marco del PRP, ya sea que impliquen un mero incumplimiento de alguna obligación administrativa, económica, financiera, laboral u otras, previstas en el PR, o, nos encontremos ante un incumplimiento (negligente o consciente) que en ambos casos, impida la recuperación oportuna de las acreencias conforme al PR, o peor aún, el incumplimiento total del PR, conllevando así con su frustración y por aplicación del artículo 67° de la LGSC, la disolución y liquidación del deudor concursado.

Del mismo modo, -como segunda parte del problema de investigación-, se debe identificar la naturaleza de las obligaciones establecidas en el PR para los órganos de administración, dado que al ser disposiciones que tienen un carácter y relevancia especial que exceden a la regulación jurídica patrimonial entre el deudor concursado y la Junta de Acreedores, podríamos encontrarnos ante obligaciones o deberes que ya se encuentran regulados dentro de la normativa vigente y que pueden servir como herramienta, ya sea, para mejorar la gestión de dichos órganos a favor de la Junta de Acreedores, o, identificar responsabilidades frente a perjuicios que puedan generarse en contra de Junta de Acreedores y que posteriormente puedan ser indemnizados.

HIPÓTESIS

1. Hipótesis general:

La extrapolación o extensión de los deberes fiduciarios previstos para los órganos de administración de las Sociedades Anónimas (en adelante sociedades), a los órganos de

administración designados por las Juntas de Acreedores -en mérito de lo previsto en el artículo 63° de la LGSC-, tiene como fundamento, no solo cautelar los intereses de los acreedores reconocidos dentro del PRP, sino también en afrontar los” posibles” problemas de agencia que se replicarían a nivel de junta de acreedores. Por lo que, en base a ello, cabe preguntarnos ¿Si es posible o no la extensión de los deberes fiduciarios previstos para los órganos de administración de las sociedades, hacia los administradores concursales u órganos de administración nombrados por las Juntas de Acreedores dentro de los Procedimientos de Reestructuración Patrimonial?

Dentro de los PRP, la Junta de Acreedores sustituye a la Junta General de Accionistas (en adelante JGA) en sus atribuciones, derechos, funciones, obligaciones, restricciones y prohibiciones previstas en la LGS y con las facultades y restricciones adicionales previstas en el capítulo V de la LGSC.

Cabe precisar que, en el caso de las sociedades, ocurre un caso en particular, puesto que dentro de las atribuciones con las que cuenta la JGA, está la de nombrar los órganos de administración, en este caso los directores y uno o más gerentes, tal como lo señalan los artículos 153° y 185° de la LGS.

Pues bien, estos órganos de administración se encuentran obligados a circunscribir sus actuaciones dentro del marco de los denominados “deberes fiduciarios”, los cuales, si bien es cierto, no se encuentran regulados expresamente como tales en la LGS, no obstante, podemos encontrarlos a lo largo de su articulado, tal y como se puede advertir de los artículos 171°, 173°, 179° y 180°, en los cuales, tal y como lo señala Veliz (2018), se contemplan: el deber diligencia o *duty of care*, el deber de lealtad o *duty of loyalty* y el deber reserva, los que, en líneas generales, restringen el actuar de los órganos de administración en desmedro de los intereses de los accionistas y sobre todo, el de la sociedad (pp. 44-51).

Es así, que resulta conveniente afirmar que, estos deberes fiduciarios previstos para los órganos de administración de las SA, pueden ser extrapolados a los órganos de administración que designe la Junta de Acreedores dentro de un PRP, en aras de cautelar los intereses de todos los acreedores que la conforman, por ser deberes que se derivan y subyacen al momento de nombrar órganos de administración por parte de la JGA dentro de

las SA, ahora sustituidas por mandato expreso de la LGSC por la Junta de acreedores. Así también, permitirían determinar la responsabilidad que asumen los administradores concursales frente a la Junta de Acreedores.

2. Hipótesis específica:

En primer lugar, entiéndase por agencia aquel contrato propio de las sociedades comerciales cuya subsistencia requiere dos partes: socios o accionistas (mandantes) y uno o más administradores (mandatario/s). Por este contrato, mediante mutuo acuerdo, los mandantes aceptan que el/los mandatario/s dirija/n, administre/n, opere, controle/n y desarrolle/n el objeto social de la sociedad de la cual son parte los mandante/s. Este mandato, se entiende que debe dirigirse de la forma más diligente y eficiente posible, aprovechando los recursos sociales, los cuales se gestionan de forma tal, que se realice una actividad económica propia por parte de la sociedad; asimismo, se entiende que este mandato se realiza bajo sujeción de los intereses de los mandantes o intereses sociales y no, persiguiendo los intereses propios (privados) de los mandatarios (Franco & Manrique, 2015, p. 146).

En segundo lugar, habiendo detallado a grandes rasgos que es lo que presupone la existencia de la agencia, podríamos deducir a primera vista que, problema de agencia será todo aquel acto que realicen los mandatarios en desmedro o en contra de los intereses de sus mandatarios o el interés social; no obstante esta es solo una de las tres grandes aristas que componen los problemas de agencia, o como las han llamado Armour, Hansmann & Kraakman (2016), tres grandes fuentes de oportunismo que surgen en el Derecho Corporativo y que son: 1) Conflictos entre administradores y accionistas (mandatarios y mandantes), 2) Conflictos entre accionistas (mayoritarios y minoritarios), y 3) Conflictos entre accionistas y otros grupos ligados a la sociedad, tales como acreedores y trabajadores (pp. 184-185).

Pues bien, ahora cabe preguntarse, si es que estos problemas de agencia propios de una sociedad mercantil, se replican dentro de un PRP. La respuesta tentativa, es afirmativa, ya que en mérito del artículo 63º de la LGSC, la Junta de Acreedores sustituye a la JGA, es decir, nos encontramos ante una ficción legal, en la cual, los acreedores de la sociedad insolvente reemplazan a los accionistas en sus atribuciones, deberes, funciones y otros,

asimismo, cabe señalar que el artículo 61° de la LGSC, faculta a la junta de acreedores a nombrar órganos de administración (nombramiento de mandatarios), por lo que resulta evidente que es posible afirmar que podría replicarse estos problemas de agencia dentro de un PRP **al configurarse en la práctica y por mandato legal “una agencia”**. Ahora bien, la necesidad de hacer extensivos estos deberes fiduciarios, responde a la determinación de responsabilidad de los órganos administrativos respecto a las actuaciones que realicen en perjuicio de la junta de acreedores, ya sea por incumplimiento culposo, negligente o doloso de sus obligaciones establecidas en el PR.

A mayor abundamiento, sobre la existencia de problemas de agencia dentro de los PRP, se puede advertir que estos se han materializado en el procedimiento concursal de reestructuración patrimonial que siguió el Club Universitario de Deportes en el cual, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del INDECOPI por medio del Informe Complementario N.º 37-2021/INDECOPI-GSF, determinó la existencia de irregularidades por parte de los administradores concursales y los acreedores, que van desde negligencia en sus labores administrativas en representación de la junta de acreedores/sociedad hasta el incumplimiento de acuerdos de la Junta de Acreedores por parte de los acreedores mayoritarios⁶⁰, lo que evidencia, la existencia de problemas de agencia (conflictos entre accionistas/acreedores y administradores y conflictos entre accionistas/acreedores) dentro de procedimientos concursales.

OBJETIVO PRINCIPAL Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Objetivo General

⁶⁰ Espinoza (2005), comentando el caso del GRUPO PANTEL (el cual no hace referencia a un procedimiento de reestructuración patrimonial, pero que sirve como ejemplo para determinar la existencia de esta clase de problemas), hace mención al ejercicio abusivo del derecho existente por parte de los acreedores mayoritarios en beneficio de sus propios intereses dentro del marco de un procedimiento concursal, lo que nos permite sustentar que se replican los problemas de agencia, en este caso, conflictos entre acreedores (pp. 171-178).

Establecer si es posible hacer extensivo los deberes fiduciarios previstos para los órganos de administración de las sociedades, a los órganos de administración nombrados por la junta de acreedores dentro de un procedimiento de reestructuración patrimonial.

2. Objetivos específicos

- Determinar si es posible señalar la existencia de una relación de agencia dentro de los PRP, previstos en la LGSC.
- Determinar si es posible señalar la existencia de problemas de agencia dentro de los PRP, previstos en la LGSC
- Identificar si la LGSC establece deberes similares a los deberes fiduciarios previstos para los órganos de administración de las sociedades, con el objeto de hacer frente a los problemas de agencia que se replican a nivel de reestructuración empresarial.
- Proponer que se incluya dentro del marco concursal, la extensión de los deberes fiduciarios de los órganos de administración de las sociedades, a los órganos de administración nombrados por las juntas de acreedores en los PRP, ello con el objeto de hacer frente a los problemas de agencia que se replican a nivel de reestructuración empresarial.
- Verificar si dentro del marco de la LGSC, se establece cuáles son las responsabilidades que asumen los órganos de administración nombrados por las juntas de acreedores en los PRP, frente a estos últimos, por actos de administración que resulten perjudiciales o constituyan un incumplimiento de sus obligaciones.

ENFOQUE METODOLÓGICO

Los enfoques metodológicos elegidos son:

1. De argumentación jurídica - constitucional

Se analizarán aspectos conceptuales de la doctrina y la Ley respecto al PRP, así como los deberes y obligaciones de los órganos de administración establecidos en la Ley General del Sistema Concursal; deberes y obligaciones de los órganos de administración de las

sociedades anónimas, problemas de agencia y deberes fiduciarios establecidos en la Ley General de Sociedades; y, la posibilidad de la configuración de una relación de agencia y los problemas de agencia dentro del PRP, para luego dar pase al análisis de la eficiencia que comporta la realización de la extensión de los deberes fiduciarios de los órganos de administración de las sociedades anónimas, hacia los órganos de administración nombrados por las Juntas de Acreedores, con el objeto de afrontar los problemas de agencia que se replicarían en los PRP.

2. Jurisprudencial

Se analizarán las Resoluciones e Informes emitidos por la Comisión de Procedimientos Concursales u otros órganos concursales de INDECOPI, dentro del marco de PRP, a efectos de determinar la existencia de relaciones de agencia y de problemas de agencia, dentro de los PRP. Lo que servirá de base para justificar argumentativamente la extensión de los deberes fiduciarios de los órganos de administración de las sociedades anónimas, hacia los órganos de administración nombrados por las Juntas de Acreedores, con el objeto de afrontar los problemas de agencia que se replicarían en los PRP.

Asimismo, se revisará jurisprudencia comparada, para verificar que la ocurrencia de problemas de agencia en los procedimientos llevados a cabo en sistemas concursales distintos al peruano.

3. Estudio de caso

Se analizarán casos de deudores concursados sometidos al PRP, a efectos de determinar la existencia de una relación de agencia, así como de los problemas de agencia, dentro de los PRP.