

Richard Turton Award 2020

**Reformas necesarias: Adaptación
de los regímenes de insolvencia en
Latinoamérica frente a la crisis**

Carla Cervantes



Reformas necesarias: Adaptación de los regímenes de insolvencia en Latinoamérica frente a la crisis

La crisis económica causada por la pandemia del COVID-19 ha traído como consecuencia que los gobiernos alrededor del mundo se encuentren en la búsqueda de las mejores fórmulas para ayudar a las empresas a hacer frente a las dificultades generadas por la caída en sus ingresos.

En este especial contexto de crisis sistémica, la regulación en materia concursal no solo tiene que encontrarse preparada para enfrentar las solicitudes masivas de deudores a procedimientos de insolvencia, sino que debe innovar y dar alternativas específicas a las urgentes necesidades de refinanciamiento de las empresas, como modernizar sus procedimientos de acuerdo con las limitaciones interpuestas por los gobiernos para frenar los contagios.¹ En atención a estas necesidades, los gobiernos han respondido con diversas medidas legales y Latinoamérica no ha sido ajena a estos cambios.

El COVID-19 impactó América Latina en un momento de vulnerabilidad macroeconómica, política y social, por lo que sus efectos han sido más fuertes en esta región.² A ello se le debe agregar la debilidad imperante en muchas de las instituciones públicas que deben conducir la aplicación y supervisión de las medidas requeridas para frenar la crisis, situación que también se ve reflejada en la regulación en materia concursal.

En este artículo se desarrollarán las principales modificaciones en materia concursal realizadas en los países latinoamericanos y como estas modificaciones han intentado también solucionar las carencias preexistentes al COVID-19.

1. Uso de plataformas digitales

Implementar plataformas virtuales para el trámite de los procedimientos ha sido el cambio más apremiante que todos los países se han encontrado obligados a realizar para garantizar el acceso a la justicia y al mismo tiempo prevenir la propagación del COVID-19.

En Latinoamérica se habían realizado algunos intentos de regular procedimientos electrónicos pero el uso de papel era de lejos la regla.

¹ La doctrina internacional ha empezado a trabajar sobre lo que se ha dado en llamar el Derecho concursal de emergencia. Ver la publicación de Rojo, D. (11 de mayo de 2020). *Reflexiones sobre el Derecho concursal de emergencia*. Blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Que plantea tres problemas: a) el alcance (hasta dónde legislar y hasta dónde no), b) el real equilibrio entre los intereses realmente afectados y los potencialmente afectados, y c) el problema de la duración de las medidas adoptadas.

² Entre los 15 países del mundo con mayor número de casos confirmados hay cuatro países latinoamericanos: Brasil, Perú, Chile y México, de acuerdo con cifras de la Universidad John Hopkins de EE.UU. actualizadas al 17 de junio. Por otro lado, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estima que este año la economía de Latinoamérica retrocederá un 9.1%, siendo los países más golpeados Argentina, Brasil, Perú y Venezuela.

Como consecuencia de la crisis, actualmente en la mayoría de los países de Latinoamérica ya es posible consultar y seguir los procesos de insolvencia mediante los portales de servicios en línea de los poderes judiciales de cada Estado, como es el caso de Brasil³, Colombia⁴, Ecuador, Chile y México. Si bien a la fecha no todos los países de la región cuentan con acceso al expediente electrónico, la creación de canales virtuales para la presentación de solicitudes y escritos ha sido general.

Se debe destacar que recientemente en Colombia se han implementado herramientas tecnológicas, inteligencia artificial y formatos electrónicos creados específicamente para el trámite de sus procedimientos concursales, con el fin de atender la gran cantidad de solicitudes que prevén. Se espera que estas herramientas sean usadas permanentemente.⁵

Respecto a las Juntas de Acreedores, aspecto fundamental para la toma de decisiones en el marco de los procedimientos concursales, inicialmente estas fueron suspendidas. Sin embargo, a la fecha, en la mayoría de los países latinoamericanos ya se permite realizar las juntas por medio de plataformas virtuales.

En el caso de Brasil no hay una norma vinculante para los tribunales en este aspecto, pero se aprobaron una serie de recomendaciones en materia concursal, entre las cuales se señala que se deben autorizar las asambleas virtuales cuando sea necesario para el mantenimiento de las actividades comerciales de las empresas en reorganización o para el inicio del pago a los acreedores⁶. Actualmente se han realizado diferentes asambleas virtuales con normalidad, sin embargo también han habido casos en que estas han sido rechazadas⁷.

Cabe resaltar el caso de Perú, en el que todas las formalidades para la realización de las reuniones virtuales de acreedores en el marco de los procedimientos concursales

³ Cabe resaltar la experiencia en Brasil, en donde la digitalización del proceso judicial se encuentra reglamentada desde 2006 con la Ley N° 11 419, siendo uno de los países pioneros en la consolidación del proceso digital, lo que ha permitido que el trámite electrónico de los procedimientos sea una realidad en todos los tribunales de este país.

⁴ En Colombia los procedimientos concursales se pueden iniciar ante un juez o ante una autoridad administrativa que ejerce funciones jurisdiccionales: la Superintendencia de Sociedades. En este país los procedimientos virtuales ya venían funcionando previamente a la pandemia del COVID-19, principalmente para los procedimientos administrativos llevados por la Superintendencia de Sociedades.

⁵ Article 3 del Decreto Legislativo Nro. 772 del 3 de junio de 2020. Asimismo, recientemente la Superintendencia de Sociedades creó la plataforma “Modulo de Insolvencia (MI)”, que incorpora las herramientas tecnológicas señaladas para los trámites de insolvencia (https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/Material-multimedia-Modulo-insolvencia/Paginas/Modulo-de-Insolvencia-MI.aspx).

⁶ Artículo 3 de la Recomendación Nro. 63 del 31 de marzo de 2020. Disponible en <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3261>. Las recomendaciones buscan orientar y estandarizar el tratamiento de las normas a nivel nacional ante los Tribunales brasileños.

⁷ En el caso de Cultura (Proceso Nro. 1110406-38.2018.8.26.0100) la asamblea virtual fue rechazada por la corte bajo motivo de que causaría dificultades para que los acreedores laborales asistieran o estuvieran representados en la reunión.

fueron reguladas mediante una directiva promulgada por la autoridad competente⁸. A partir de la vigencia de dicha norma se han venido realizando todas las Juntas de Acreedores bajo plataformas virtuales.

2. Celeridad en el acceso a los procedimientos de insolvencia

Uno de los problemas específicos en muchos países de la región en materia concursal es la demora en el acceso al concurso, en sus efectos de protección sobre el patrimonio del deudor y en la aprobación de los acuerdos de reorganización, problema que se agudiza en este contexto. En ese sentido, se han realizado los siguientes cambios:

2.1. Cambios en los procedimientos ordinarios

En Colombia, una de las modificaciones que se hicieron al régimen general de insolvencia es en los requerimientos de acceso a los procesos de reorganización.⁹ Como consecuencia de este cambio, el juez del concurso ya no debe verificar el contenido o exactitud de la documentación presentada por el deudor sobre su información financiera o del cumplimiento de políticas contables. Esta responsabilidad le corresponde exclusivamente al deudor y a su contador o revisor fiscal, según corresponda. El Juez podrá ordenar en el auto de admisión la ampliación, ajuste, o actualización de esa información. Esta medida es transitoria y permite que se puedan agilizar las etapas del proceso de solicitud que antes tardaba varios meses.

2.2. Creación de nuevos procedimientos concursales céleres

Por otro lado, también se ha optado por la creación de procedimientos concursales especiales como solución excepcional y de emergencia para las empresas, estos procedimientos se caracterizan principalmente por los cortos plazos de trámite, su naturaleza transitoria y que solo pueden acceder quienes hayan sido afectados por la emergencia ocasionada por el COVID-19.

A nivel latinoamericano Colombia y Perú son los únicos países que cuentan con procedimientos concursales especiales vigentes a la fecha. En el caso peruano tenemos lo siguiente:

- El **“Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (“PARC”)**¹⁰ tiene como finalidad que las empresas accedan a un acuerdo de refinanciación con sus acreedores a reducidos costos de acceso. Solo puede ser iniciado a solicitud del deudor y la aprobación del plan de refinanciación por la Junta de Acreedores genera

⁸ Directiva Nro. 001-2020-DIR-COD-INDECOPI del 24 de mayo de 2020. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-la-directiva-n-001-2020-dir-cod-indecopi-denomina-resolucion-n-000055-2020-preindecopi-1866601-1/>

⁹ Artículo 2 del Decreto Nro. 560 del 15 de abril de 2020 y Decreto Nro. 772 del 3 de junio de 2020.

¹⁰ Decreto Legislativo Nro. 1511 del 11 de mayo de 2020 y su reglamento, Decreto Supremo Nro. 102-2020-PCM del 7 de junio de 2020. Las empresas deudoras solo podrán solicitar el acogimiento al PARC hasta el 31 de diciembre de 2020.

su aplicación automática a todos los acreedores de la empresa y en ningún caso implica que los socios o accionistas del deudor pierdan el control o administración de su empresa. Asimismo, su desaprobación solo genera la culminación del trámite del procedimiento.

A diferencia de los procedimientos concursales ordinarios en donde en la aprobación del plan de refinanciación de deudas puede tomar entre 1 a 2 años en el mejor de los casos, en el PARC una vez admitida la solicitud por la autoridad la Junta se realiza en los 55 días hábiles. Cabe anotar que se le ha quitado la carga a la autoridad concursal de reconocer las deudas de origen laboral y de consumo, ello con el fin de alivianar la gran carga que representaba la revisión de estas solicitudes y cumplir con los plazos.¹¹

En Colombia se crearon dos procedimientos especiales expeditos:

- **"Negociación de emergencia de acuerdos de reorganización"**¹², con este procedimiento las partes pueden llegar a un acuerdo en tres meses, en lugar de seis. Se inicia con un aviso de la intención del deudor de negociar con sus acreedores y, a partir de ello, la autoridad hace una revisión únicamente formal de la documentación presentada, admite la solicitud y da inicio a un proceso de negociación que tendrá una duración máxima de tres meses. El acuerdo resultante y las reclamaciones de los disidentes son revisados y en una sola audiencia se confirma o no el acuerdo presentado. El fracaso en la negociación del acuerdo no produce la liquidación del deudor, sino la oportunidad de tramitar una reorganización bajo el régimen ordinario.
- **"Procedimiento de recuperación empresarial"**¹³, es un trámite de conciliación ante las cámaras de comercio, donde el mediador asume las funciones del Juez sin intervención del juez del concurso y cuenta con facultades para verificar la calificación y la graduación de créditos y determinación de derechos de voto. El trámite tiene una duración de tres meses que concluyen con la celebración del acuerdo de pago presentado por el deudor. Posteriormente, el acuerdo podrá ser presentado ante el Juez del Concurso con el fin de extender los efectos del acuerdo y decidir acerca de las objeciones y observaciones de los acreedores que votaron negativamente o se abstuvieron de participar en la mediación.

Por otro lado, este contexto hace especialmente vulnerables a las micro, pequeñas y medianas empresas y el uso de alternativas concursales pueden ser costosas para estas.¹⁴ En este caso en Colombia también se incorporaron otros procedimientos

¹¹ Artículo 8 del Decreto Legislativo Nro. 1511 del 11 de mayo de 2020. Asimismo, los créditos laborales y los créditos vinculados al deudor no tendrán voto en la Junta de Acreedores. En compensación, el decreto señala que por los menos 40% de los ingresos asignados anualmente al pago de los créditos deben destinarse al pago de los créditos laborales, y en un 10% a los créditos de consumo.

¹² Artículo 8 del Decreto 560 del 15 de abril de 2020.

¹³ Artículo 9 del Decreto 560 del 15 de abril de 2020

¹⁴ Para mayor detalle acerca del impacto del COVID-19 sobre las micro, pequeñas y medianas empresas ver: <http://pubdocs.worldbank.org/en/879461586478617078/COVID-19-Outbreak-Support-to-Firms.pdf>.

especiales expeditos aplicables únicamente a lo que las normas han denominado “pequeñas insolvencias”, que son las compañías cuyos activos sean iguales o inferiores a 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes:

- **“Proceso de reorganización abreviado”¹⁵**, en el que desde el inicio del proceso se fija fecha para una audiencia que se celebra en los siguientes tres meses para conciliar objeciones a los derechos de voto y la graduación de créditos, y para presentar el acuerdo al juez. Posteriormente habrá otra audiencia para resolver las objeciones no conciliadas y confirmar el acuerdo.
- **“Liquidación simplificada”¹⁶**, el plazo para que los acreedores se apersonen se reduce de 20 a 10 días, luego de lo cual el liquidador cuenta con dos meses para vender los activos a terceros o a los mismos acreedores que formulen ofertas. Si no se venden todos los activos, se presenta un proyecto de adjudicación al juez para que se los adjudique a los acreedores.

3. Mecanismos de ayuda a deudores sometidos a procedimientos concursales

Especialmente en Colombia dentro del paquete legislativo en materia concursal¹⁷ se incluyeron interesantes medidas de ayuda y protección a los deudores en los procedimientos concursales, algunas de estas son:

- **Rescate de compañías de su liquidación inminente**, en caso se haya declarado el término del proceso de reorganización y ordenado el inicio del proceso de liquidación, cualquier acreedor podrá evitar la liquidación aportando nuevo capital que cubra los créditos a pagar, siempre y cuando el patrimonio de la concursada sea negativo y el acreedor asuma el costo total de la operación.
- **Flexibilidad en el pago de pequeñas acreencias**, antes de esta modificación el deudor se encontraba impedido de realizar cualquier acto de disposición de su patrimonio a partir de la admisión de la solicitud de reorganización. Con esta modificación el deudor podrá pagar pequeñas acreencias que no superen el 5% del total del pasivo externo, sin la necesidad de autorización de la Superintendencia. Este pago solo podrá realizarse con el producto de la venta de activos no operacionales.
- **Descarga de pasivos**, se permite que cuando el pasivo sea superior al valor de la empresa, el acuerdo de reorganización pueda disponer la eliminación del pasivo que supere dicho valor. Para que la descarga de deuda proceda, las acreencias de los accionistas deberán cancelarse sin pago.

¹⁵ Artículo 11 del Decreto Nro. 772 del 3 de junio de 2020.

¹⁶ Artículo 11 del Decreto Nro. 772 del 3 de junio de 2020.

¹⁷ Decreto Nro. 560 del 15 de abril de 2020, Decreto Nro. 772 del 3 de junio de 2020 y Decreto Nro. 842 del 13 de junio de 2020.

- **Incentivos a la financiación post concursal**, entre el inicio del proceso de reorganización y la confirmación del acuerdo de reorganización se ha dispuesto que las obligaciones derivadas de nuevo financiamiento tendrán preferencia en su pago sobre las obligaciones objeto del acuerdo de reorganización y no se requerirá autorización del juez del concurso.¹⁸
- **Beneficios Tributarios**, las empresas que se encuentren en procesos de reorganización podrán acceder a beneficios de exoneración sobre distintos impuestos. Asimismo, se incluyó la posibilidad de que la autoridad tributaria pueda hacer rebajas de sanciones, intereses y capital.¹⁹
- **Extensión de plazos de pago de los acuerdos de reorganización**, las cuotas de los acuerdos de reorganización en ejecución correspondientes a los meses de abril, mayo y junio del año 2020, no se consideran vencidas sino a partir del mes de julio del 2020.
- **Incumplimiento del acuerdo de reorganización**, el acuerdo de reorganización no terminará ante un evento de incumplimiento de las obligaciones del acuerdo, a menos que dicho incumplimiento se extienda por más de tres (3) meses y no sea subsanado en la audiencia.

Respecto a las obligaciones del plan de reorganización, en Brasil también se han realizado las siguientes recomendaciones²⁰:

- **Imposibilidad de ejecución del patrimonio del deudor**, el juez evaluará excepcionalmente la concesión de medidas de desalojo por falta de pago y los actos de ejecución de naturaleza patrimonial en las reclamaciones que exijan el cumplimiento de obligaciones incumplidas durante el estado de emergencia.
- **Modificaciones al plan de reorganización**, el juez deberá autorizar la presentación de modificaciones al Plan de Reorganización, cuando se demuestre la disminución de la capacidad para cumplir las obligaciones a consecuencia de la pandemia de COVID-19 y siempre que el plan estuviese siendo cumplido antes del 20 de marzo de 2020.

¹⁸ En caso no se logre obtener nueva financiación el deudor podrá solicitar una autorización para obtenerla con las siguientes condiciones: (i) debe respaldar el crédito con garantías sobre sus propios activos que no se encuentren gravados a favor de otros acreedores o sobre nuevos activos adquiridos, (ii) otorgar un gravamen de segundo grado sobre los activos previamente gravados con garantía, (iii) otorgar una garantía de primer grado sobre bienes previamente gravados, con el consentimiento previo del acreedor garantizado que será subordinado.

¹⁹ En la opinión de diferentes autoridades, este mecanismo podría no ser efectivo ya que la regulación no obliga a la autoridad tributaria colombiana a aplicar estas reducciones. En ese sentido se espera que los servidores públicos no usen sus poderes discrecionales. Pereira, A. (May 1, 2020). *Flattening the Filing Curve for SMEs: Lessons from Colombia's Insolvency Reform*. Blog of the Oxford Business Law. Disponible en: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/commercial-law-centre/blog/2020/05/flattening-filing-curve-smes-lessons>

²⁰ Recomendación Nro. 63 del 31 de marzo de 2020.

4. Reflexiones finales

El Derecho Concursal se encarga del estudio de las situaciones de insolvencia y sus mecanismos de superación, de ahí que las soluciones que se brindan desde esta área del derecho se vuelven alternativas importantes en medio de esta coyuntura.

Para ser una opción eficaz sus procesos deben ser céleres, flexibles y a reducidos costos, que permitan la refinanciación de sus pasivos o la salida ordenada del mercado. Sin embargo, en muchos países la regulación en materia concursal se había estancado, como es el caso de distintos países de Latinoamérica.

Con la llegada de la crisis generada por el COVID-19, los regímenes concursales se tuvieron que enfrentar a nuevos problemas como el aumento de solicitudes de concurso, las necesidades urgentes de refinanciamiento de las empresas y los límites propios de las disposiciones emitidas para frenar la expansión del virus.

Es así como las legislaciones han tenido que adecuarse a estos nuevos tiempos y algunos gobiernos han aprovechado para implementar medidas extraordinarias de salvataje empresarial y flexibilización de sus procedimientos. Brasil, Chile, México ya vienen trabajando proyectos de reforma.

Algunas de estas medidas han llegado para quedarse y, en cualquier caso, la implementación de nuevas fórmulas permitirá contar con el conocimiento necesario para saber si estas permiten solucionar problemas temporales o sistémicos preexistentes en las legislaciones.