

CAPITULO PERU**SOBRE EL PLAN DE NEGOCIOS EN SOCIEDADES. CASO PERU****INVESTIGADOR: ESTEBAN CARBONELL O BRIEN****PROBLEMAS A ABORDAR:****1. Significación del plan. ¿Es necesario en las sociedades?**

En la sociedad mercantil de tipo capitalista principalmente hay dos tipos de sociedades, las anónimas y las de responsabilidad social limitada, sin embargo, explicamos sus grandes diferencias. Además, se están potenciando nuevas formas de constituir sociedades, que denominamos empresas sociales, o más precisamente, empresas de economía social, más enfocadas a la involucración de la empresa con la sociedad y sus trabajadores. El resultado de la crisis, las nuevas formas de trabajar la innovación y la creatividad, están dando paso a nuevas formas de proyectos muy interesante.

Al hablar de sociedades seguramente las que nos vienen primero a la mente son la Sociedad Anónima (S.A.). Sin embargo, la Ley General de Sociedades o Ley 26.887-LGS (1997) órgano legal que regula la existencia de las sociedades en el Perú, en sus artículos 50 en adelante y otras formas tales y la Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.) en sus artículos 234 y siguientes o la Sociedad Anónima Abierta (S.A.A.) en sus artículos 249 y siguientes.

Asimismo, otro tipo de Sociedades Comerciales, como Sociedad colectiva (Art. 265 y ss) Sociedades en comandita (Art. 278 y ss) Sociedad comercial de responsabilidad limitada (Art. 283 y ss) y Sociedades civiles (Art. 295 y ss), siendo las primeras de naturaleza comercial pues contemplan dentro de su objeto social la ejecución de una o más actividades mercantiles entre ellas se encuentran: o Sociedades de Personas o Sociedades de Capital o Sociedades de Naturaleza Mixta o Sociedades de Comercialización Internacional.¹

En síntesis, en el Perú si es necesario un Plan de negocios, a fin de evitar el nacimiento de una crisis patrimonial que ocasione que el empresario tenga que utilizar mecanismo extra concursales (liquidación al amparo de la LGS o apalancamientos financieros con sus acreedores) o concursales (Reestructuración y/o Liquidación al amparo de la LGSC)

2. ¿Es necesario un plan de negocio cuando el concurso es una sociedad comercial?

En la legislación concursal de aplicación supletoria a las sociedades involucradas en una crisis patrimonial, si es imperativo y necesario un plan de negocios, llamado puntualmente como Plan de Reestructuración por mandato expreso de la Ley 27.809 (2002) o LGSC, que en su Artículo 60, señala expresamente que cuando la Junta de Acreedores (luego de instaurado el concurso mercantil) decida que la empresa ingresa a un régimen de reestructuración, ésta deberá someterse a un Plan que establezca el pago total de obligaciones.

En ese orden de ideas, los acreedores y en particular, los proveedores, no tienen por qué afectar al resto de las relaciones comerciales. La preparación y la comunicación son fundamentales para que un concurso mercantil sea práctico y eficiente. Un concurso no conlleva necesariamente la

¹ [Dutilh](https://lequid.es/blog/2015/12/la-importancia-los-porcentajes-participacion-una-sociedad-mercantil/) Maria Jose.23/12/2015. La importancia de los porcentajes de participación en una sociedad.Pag: <https://lequid.es/blog/2015/12/la-importancia-los-porcentajes-participacion-una-sociedad-mercantil/>

ejecución de los avales bancarios. Este proceso debe perseguir la mera reestructuración de la sociedad afectada.

La reestructuración queda facilitada porque los acreedores quedan bloqueados por el concurso de manera temporal (durante un plazo variable), mientras que la sociedad procede a la desinversión de los activos, al cobro de las partidas de activo, a la extinción de las relaciones laborales, si fuera el caso, y al rediseño del modelo de negocio más mesurado.

Una vez abordado el proceso se plantearía una propuesta de convenio que puede recoger quitas y esperas, a criterio de la propiedad. La propuesta se negociará con los acreedores y, es ordinarios y subordinados.

Su duración, como ya se ha dicho, es variable y, razonablemente, a criterio o necesidad de las empresas. Este informe no pretende ser detallado, sino señalar someramente los aspectos que suelen ser objeto de cuestión con más frecuencia. Para cualquier cuestión, estamos a su entera disposición.

3. ¿Es exigido por las leyes de sociedades o concursos de su país?

En el Perú, la Ley 27.809 (2002) o LGSC se aplica obligatoriamente a los procedimientos concursales de los deudores que se encuentren domiciliados en el país, sin admitir pacto en contrario. No son oponibles para efectos concursales los acuerdos privados relativos a la sustracción de ley y jurisdicción peruana.

No se encuentran comprendidas en la Ley, como deudores, las administradoras privadas de fondos de pensiones, las personas que forman parte del sistema financiero o del sistema de seguros, y aquéllas a las cuales la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV otorga autorización de funcionamiento. Asimismo, tampoco se encuentran comprendidas en la Ley los patrimonios autónomos, salvo las sociedades conyugales y sucesiones indivisas.

En la tramitación y resolución de los procedimientos concursales, las disposiciones previstas en la Ley se aplicarán preferentemente a cualquier otra norma que contenga disposiciones distintas.

La Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI y las Comisiones creadas en virtud de los convenios que se celebren con las instituciones, son competentes para conocer los procedimientos concursales regulados en la Ley.

El Tribunal es competente para conocer en última instancia administrativa. Corresponde a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI regular y fiscalizar la actuación de las Comisiones creadas en virtud de Convenio, Entidades Administradoras y Liquidadoras, acreedores y deudores sujetos a los procedimientos concursales en el ámbito nacional, para lo cual podrá expedir directivas de cumplimiento obligatorio.²

4. ¿Será extrajudicial o está impuesto legalmente como una parte del procedimiento judicial de concurso? ¿Es requisito de la presentación en concurso, de la presentación de la propuesta de acuerdo o reorganización o de algún otro paso del trámite?

² Ley General Del Sistema Concursal.Pag.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51767/203503/04+ley27809.pdf/4f23b875-a030-4ad1-959c-e5a69125fcec>

La entidad competente ante la cual se tramitan los procedimientos concursales es la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI.

Los concursos de acreedores los cuales abordan un procedimiento previsto legalmente en la llamada Ley Concursal o Ley 27.809 o LGSC, la misma que sirve de marco para afrontar una situación de insolvencia actual o inminente, con el objetivo de reconducir a la empresa a una situación de solvencia, atendiendo las deudas contraídas con los acreedores, o dadas las circunstancias, proceder ordenadamente a su liquidación.

El patrimonio comprende la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del deudor concursado, con excepción de sus bienes inembargables y aquellos expresamente excluidos por leyes especiales.

Artículo 11º.- Reserva e información del procedimiento 11.1 Los procedimientos concursales a pedido de acreedores se tramitarán en reserva hasta la publicación a que se refiere el artículo 32º. Cautelarán la reserva los funcionarios públicos que tengan conocimiento del procedimiento y las partes. 11.2 La reserva no impedirá la publicación de edictos cuando se desconozca el domicilio del emplazado, pero manteniéndose la reserva respecto de la información y documentación presentada.

Y en la conservación y la reorganización, incluso alejándola de quién la creara, veíamos concretados aspectos que hacían a la noción misma de empresa, como organización autosustentable, impelida por un plan de negocios viable.

Apreciamos allí la necesidad de trabajar con un método de empresa u organización, alejándolo del tradicional método de las relaciones de cambio, donde prima la autonomía de la voluntad de los contratantes, en cuanto no afecten derecho de terceros. Dentro de ello, es conocida nuestra actitud metódica de interpretar aspectos substanciales que integran un sistema jurídico, antes que sobre aspectos procesales –sin dejarlos de lado-, evitando que faciliten el pasar por alto aquellos.

En diálogo constructivo, no siempre coincidente, donde la disidencia nos hizo crecer, aprendiendo a meritar los argumentos contradictorios, fijando ejes, valores, respetándonos en la polémica, que es la forma de crecer personalmente con el respeto por las ideas, y hacer crecer al derecho forjamos nuestra amistad y un mutuo respeto personal e intelectual.³

El derecho concursal parece hoy ineficiente para afrontar positivamente las crisis, se fuerzan procedimientos, advirtiéndose particularmente una transferencia inequitativa –e ilegal- de recursos “quitados” a los acreedores, en beneficio directo de los socios, como sucede por ejemplo en la Argentina, al amparo de la Ley 24.522 LCQ y sus reformas es lacónica en torno a ciertos aspectos de la propuesta de acuerdo, limitándose a disposiciones que refieren a deudores concursados, sin detenerse en general a sobre si ellos son personas físicas o jurídicas-, salvo en el presupuesto del art. 48 LCQ.

Las normas que se concatenan respecto a la propuesta y su homologación son las contenidas en los arts. 43, el 45 - 4º párrafo, 49 y 52. LCQ. Adviértase que en ningún momento se prevé resolución particular del Tribunal sobre: 1. legalidad de la propuesta, en su contenido y por la imputabilidad de la misma a la sociedad concursada; 2. presentación y legalidad del “régimen de administración...”, 3. configuración del Comité de Acreedores con aceptación preventiva mayoritaria de acreedores o 4. legitimación de las personas –físicas o jurídicas- que pueden adherir a la propuesta de acuerdo.

³ Richard Hugo Efrain. Integración De Propuesta En Concurso.Pag: file:///C:/Users/Recepcion/Downloads/integraciondepropuestaenconcursosocietario.pdf

En cambio, el art. 42 LCQ impone que el juez debe dictar resolución respecto a la propuesta de categorización de acreedores. Cabe suponer que el Juez tiene libertad para hacer apreciaciones sobre ello en cada caso, de no deberá hacerlo en el momento de decidir sobre la homologación de la propuesta, para la oponibilidad a todos los intervinientes en este proceso de reorganización del patrimonio del concursado, de intervención múltiple y obligatoria de los acreedores convocados.

Esa libertad el Juez debería usarla tempestivamente para evitar equívocos, pues permitiría que la propuesta fuera formalizada por quién correspondiera y se integrara con los requisitos que exige la ley, integración que no podría acaecer cuando se le somete a homologación, pero que le impone revisar si la propuesta es legal.

Justamente se ha dicho que “El control judicial de la propuesta de acuerdo preventivo trasciende la mera legalidad formal, debiendo atenderse a cuestiones que pudieran afectar el interés público y el ordenamiento jurídico en general, ya que de otro modo el sentenciante estaría renunciando a cumplir con los deberes de la función judicial”⁶. Claro que ello no puede alejar al juez del control formal inicial de la legitimidad e integración de la propuesta, para luego referirse a su contenido y abusividad.

Por tanto, como podrá observarse a diferencia de Argentina, en el Perú, la propuesta y decisión respecto al destino de la empresa recae en manos –únicamente- de los acreedores, incluso un cambio posterior, tal como sucede a menudo: Reestructuración y luego Liquidación del patrimonio.

5. ¿Quién debe asegurar su existencia (al margen de quién lo haga)?

Son los acreedores, los que buscan es recuperar los bienes perdidos que se encuentran en manos de un socio empresarial. También puede presentarse cuando el afectado, intenta ejecutar una sentencia judicial para ser indemnizado por daños y perjuicios.

Que, en el Perú la LGSC, en su artículo 14 se establece que: “el patrimonio comprendido en el concurso es la totalidad de bienes del deudor, con excepción de sus bienes inembargables y aquellos que expresamente estén excluidos por leyes especiales”. Asimismo, el artículo 19 señala que: “el juez puede declarar la ineficacia y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso”.

Cabe precisar que, en la obligación de medios, el deudor está obligado (como en toda obligación) a asumir un comportamiento, una conducta tendiente a obtener un resultado (también como en toda obligación), el cual es esperado por el acreedor para la satisfacción de su interés. Pero si el deudor no alcanza dicho resultado, como no asegura alcanzarlo, se entenderá que no ha incumplido, y, por lo tanto, no incurrirá en responsabilidad, si actuó con toda la diligencia de un buen padre de familia para tratar de obtenerlo.

Cuando la obligación es de resultado, el deudor asegura la obtención del resultado, se obliga a alcanzarlo y, si efectivamente lo alcanza, ello significa que ha cumplido y, en consecuencia, que el acreedor ha obtenido la satisfacción de su interés. Y si el resultado no se logra el deudor incurre en incumplimiento, sin que se pueda exonerar de responsabilidad probando que actuó con la diligencia del buen padre de familia. Puede decirse que en toda obligación subyace la posibilidad de incumplimiento. Aunque toda obligación, por lo menos en la esfera contractual, nace para ser cumplida y presumiblemente con la intención de ser cumplida, siempre existe la duda o la inseguridad respecto a si se cumplirá o no.

En las obligaciones de resultado el acreedor queda, la mayor parte de las veces, prácticamente en manos de su deudor, y por ello se le exige no sólo utilizar los medios apropiados (como en la obligación de medios) sino obtener el resultado. Es decir, que como el acreedor queda librado y confiado a lo que el deudor pueda hacer por él, la ley más severa a los efectos de configurar la responsabilidad del deudor. Aunque el deudor actúe con la mayor diligencia, si el resultado no se obtiene deberá responder, admitiéndose únicamente la exoneración de responsabilidad fundada en la existencia de causa extraña que no le es imputable.

En cambio, en la relación de garantía el deudor es responsable cuando no se obtiene el resultado, sea cual fuere su comportamiento. Naturalmente que en este caso también se exige un comportamiento, pero él está determinado en función del resultado. Si el resultado no se alcanza hay incumplimiento, aunque el deudor no haya actuado con culpa. Tratándose de relaciones voluntarias se justifica que, en muchos casos, la satisfacción del interés del acreedor imponga que el deudor responda toda vez que el resultado no se logra. Este entendimiento se ve confirmado y permite que el deudor responda del caso fortuito y ello no es otra cosa que un pacto de garantía. Hay una agravación de la situación del deudor basada en el principio de la autonomía de la voluntad.⁴

En el Perú, los acreedores deben vigilar el cumplimiento del Plan y de ser necesario, promoverán acciones tendientes a fiscalizar el concurso, a través de mecanismos de control y de comunicación con el órgano rector: INDECOPI.

La existencia de esa relación de garantía sería el fundamento y la justificación de la clasificación de las obligaciones que se analiza, al suministrar el fundamento a la obligación de resultado en razones de seguridad y tranquilidad.

6. ¿Quién debe presentarlo a los acreedores?

Como hemos señalado, la finalidad del procedimiento concursal es procurar que el deudor pueda cumplir con todas sus obligaciones o, de no ser ello posible, que se haga una liquidación ordenada de su patrimonio para cubrir sus deudas en la mejor medida. Por ende, el Artículo II del Título Preliminar de la LGSC señala que: “los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción”.

Por lo tanto, un punto primordial del procedimiento concursal es determinar cuáles son los créditos que quedan sometidos al concurso, pues de lo contrario, podría ocurrir que algunos acreedores queden sin posibilidad de cobrar o que acreedores que deben estar comprendidos en el concurso se liberen de él.

Los derechos de crédito que pueden ser exigidos en el procedimiento concursal son todos aquellos generados hasta antes de la publicación del aviso de sometimiento del deudor al procedimiento. Los créditos generados con posterioridad a la publicación del aviso, no entran al procedimiento concursal y deben ser pagados según sus propias condiciones. La excepción a la regla aplicable a los créditos posconcursoales, es decir, originados luego de la fecha de publicación del sometimiento al concurso, es cuando se decide la disolución y liquidación del deudor. En tal caso,

⁴ Fernández Lopez Carlos. Obligaciones De Medios Y De Resultado.Pag: lile:///C:/Users/Recepcion/Downloads/271-Texto%20del%20art%C3%ADculo-919-1-10-20141124.pdf

todos los créditos, incluyendo los posconcursoales, son incorporados al procedimiento concursual y deben ser considerados dentro de la liquidación.

En consecuencia, son los acreedores quienes deben tomar la decisión acerca del destino del deudor, pudiendo optar por su reestructuración o por su disolución y liquidación.

• **Reestructuración patrimonial** Si la Junta de acreedores decide que el deudor puede continuar con su actividad empresarial, entonces se inicia una etapa de reestructuración por el plazo que se establezca en el Plan de Reestructuración correspondiente. Como parte de la reestructuración la Junta debe decidir cuál será el régimen de administración temporal del deudor durante esta etapa. Siendo así, la Junta puede optar por:

a) La continuación del mismo régimen de administración;

b) La administración del deudor por un Administrador inscrito ante el INDECOPI.

c) Un sistema de administración mixta que mantenga en todo o en parte la administración del deudor e involucre obligatoriamente la participación de personas naturales y/o jurídicas designadas por la Junta.⁵

Durante la reestructuración queda en suspenso la competencia de la Junta de Accionistas o de Asociados o el titular, cuyas funciones serán asumidas por la Junta de Acreedores, la cual podrá adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante la reestructuración, incluyendo la facultad de aprobar balances, acordar la transformación, fusión o escisión de la sociedad, cambio de razón, objeto o domicilio social, aumentos de capital y modificaciones estatutarias.

7. ¿Debe ser sometido a un control previo o posterior a su presentación y que alcance tiene o debería tener ese control?

Si el sistema de control interno tiene por objeto asegurar el acatamiento de las normas legales, salvaguardar los recursos y bienes que integran el patrimonio público, asegurar la obtención de información administrativa, financiera y operativa útil, confiable y oportuna para la toma de decisiones, promover la eficiencia de las operaciones y lograr el cumplimiento de los planes, programas y presupuestos, en concordancia con las políticas prescritas y con los objetivos y metas propuestas, así como garantizar razonablemente la rendición de cuentas.

El sistema de control interno comprende el plan de organización, las políticas y normas, así como los métodos y procedimientos adoptados para la autorización, procesamiento, clasificación, registros, verificación, evaluación, seguridad y protección de los recursos y bienes que integran el patrimonio público, incorporados en los procesos administrativos y operativos para alcanzar los objetivos generales del organismo o entidad.

Que el alcance del sistema de control interno abarcará los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, así como la evaluación de programas y proyectos, y estará fundado en criterios de eficacia, eficiencia y economía.

⁵ DSandoval Northcote Cristhian.
http://aempresarial.com/web/revitem/43_10556_46817.pdf

Que, las normas técnicas serán de obligatoria consideración y razonada aplicación las normas técnicas de control interno dictadas por la Contraloría General de la República y por la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.⁶

8. ¿Que efectos surte y frente a quién?

Que, la legislación peruana al amparo de la Ley 27.809 (2002) o LGSC señala que los efectos del concurso mercantil surten efectos frente a terceros (erga omnes) en razón que el concurso es homologado por el INDECOPI, con el sólo hecho de ser aprobado por los acreedores del deudor (empresa) guardando las garantías procesales (quorum y mayorías exigidas).

El artículo 32.1 de la referida norma señala que: “Consentida o firme la resolución que dispone la difusión del procedimiento, la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI dispondrá la publicación semanal en el Diario El Peruano de un listado de los deudores que, en la semana precedente, hayan quedado sometidos a los procedimientos concursales”.

9. ¿Cuál es la consecuencia del fracaso del plan o de su incumplimiento?

Que, frente al fracaso del plan, la ley concursal peruana franquea que los acreedores (y sólo éstos) pueden convocar a una asamblea y consignar como un tema de agenda, el cambio de destino: Liquidación.

El artículo 67 de la Ley 27.809 señala en su literal 4 lo siguiente: “El incumplimiento de los términos o condiciones establecidos en el Plan determina la declaración de disolución y liquidación del deudor por parte de la Comisión siempre que tal declaración haya sido solicitada por un acreedor a la autoridad concursal.”

Que, frente a su incumplimiento, el destino también debe ser variado, incluso recae en el INDECOPI, motivar su decisión sea de oficio o a solicitud de algún acreedor afectado con el incumplimiento, que, por lo general, estriba en el pago de sus créditos.

Que, asimismo, incluso el artículo 96 de la LGSC señala que: “Si luego de la convocatoria a instalación de Junta, ésta no se instalase o instalándose, ésta no tomase acuerdo sobre el destino del deudor, no se aprobará el Plan de Reestructuración, no se suscribiera el Convenio de Liquidación o no se designara un reemplazo del liquidador renunciante en los plazos previstos en la ley, la Comisión mediante resolución, deberá disponer la disolución y liquidación del deudor”, razón por la cual también cabe el inicio de un procedimiento de liquidación por inacción de los acreedores al interior del concurso.

Que, ambos supuestos están refrendados en múltiple jurisprudencia vinculante reconocida con el título de Precedente de Observancia Obligatoria, los mismos que pueden observarse en su totalidad en: <http://viacrisis.carbonell-law.org/>

⁶ Carcaño Ramon. Auditoría Interna En El Sector Público.Pag: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ven_cur_aud_sec_publ.pdf