

Universidad de Lima

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



DE LA APLICACIÓN DE LINEAMIENTOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EMPRESAS CONCURSADAS BAJO RÉGIMEN DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho
Empresarial

Renzo Canalle Paz

Código 19940158

Asesor: José Zaragoza

Lima – Perú

Mayo de 2017



TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO I: DE LA REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL DE EMPRESAS EN SITUACIÓN DE CONCURSO	3
1.1. De la Junta de Acreedores	3
1.2. Del destino del deudor: la reestructuración patrimonial.....	6
1.3. Del Plan de Reestructuración	8
1.4 De las ventajas estratégicas de una reestructuración patrimonial.....	12
1.5. De casos exitosos de reestructuración patrimonial.....	15
1.6. Conclusiones del Capítulo 1	22
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE NORMAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO APLICABLES A UNA REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL	24
2.1. Del enfoque empresarial de la normativa concursal.....	24
2.2. Análisis de las normas de buen gobierno corporativo en el ámbito concursal	26
2.2.1. Principios de Buen Gobierno Corporativo de la OCDE.....	28
2.2.2. Principios de Buen Gobierno Corporativo contenidos en la Resolución de Gerencia General 140-2005-EF/94.11	35
2.2.2.1. De los derechos de los accionistas.....	35
2.2.2.2. Del tratamiento equitativo de los accionistas	36
2.2.2.3. Comunicación y transparencia informativa.....	37
2.3. Conclusiones del capítulo:.....	41
CAPÍTULO III: DE LOS LINEAMIENTOS CONCURSALES DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO	43

3.1. Del mecanismo de inclusión de lineamientos de buen gobierno corporativo al procedimiento de reestructuración patrimonial	43
3.2. De los beneficios que puede conllevar la aplicación de lineamientos gobierno corporativo en empresas en crisis	45
3.3. Fundamento de los lineamientos concursales de buen gobierno corporativo .	48
3.4. Ensayo de lineamientos concursales de buen gobierno corporativo	49
3.5. Conclusiones del capítulo:.....	52
CONCLUSIONES	54
RECOMENDACIONES	55



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo desarrollar un ensayo de lineamientos de Buen Gobierno Corporativo para sociedades sometidas a concurso bajo el régimen de reestructuración patrimonial adoptado por sus Juntas de Acreedores. Como puede apreciarse, haremos un intento por conciliar la materia del derecho cuyo objeto es tratar la situación de crisis de una sociedad frente a sus acreedores y otra que se aplica a empresas que generalmente cotizan en el mercado y cuyos lineamientos proporcionan mayor valor a la sociedad.

En efecto, las empresas en reestructuración patrimonial son aquellas que, habiendo sido declaradas en concurso ante la autoridad administrativa (Indecopi), han ingresado a un procedimiento que les permitirá, en base un Plan de Reestructuración aprobado por la Junta, mantenerse en el mercado y continuar con las actividades productivas con el propósito, para con ello pagar a los acreedores.

Como se refirió líneas arriba, los lineamientos de Buen Gobierno Corporativo generalmente son adoptados por las Juntas de Accionistas de sociedades que no han pasado por una crisis financiera en el marco de un procedimiento concursal, todo lo contrario, son empresas que teniendo una situación financiera eficiente, procuran tener mayor valor en el mercado, pues al adoptar tales lineamientos procura generar en el inversionista una marco de confianza y transparencia que redundará en beneficio de los accionistas.

Sin embargo, el solo hecho que la concursada pase por un procedimiento de reestructuración patrimonial nos da una idea muy clara del propósito de la Junta de Acreedores de procurar dotarle de mayor valor, pues al aprobar un Plan de Reestructuración la Ley General de Sistema Concursal les proporciona los mecanismos necesarios para lograr una reestructuración exitosa, tales como cambiar el régimen laboral, ampliar el giro del negocio, incorporar capital de trabajo de nuevos inversionistas, vender activos prescindibles, entre otras.

De esa manera, la adopción de lineamientos de Buen Gobierno Corporativo sería, para la Junta de Acreedores, un mecanismo adicional a los establecidos en la Ley que permita dotar de mayor valor a la concursada, en beneficio de los acreedores que están expectantes a recuperar sus acreencias.

Este trabajo consistirá en tres capítulos: en primer lugar, abordaremos el tema concursal, específicamente la realidad normativa de las sociedades en reestructuración, los Planes de Reestructuración, así como las Juntas de Acreedores, explicando la labor del Indecopi en estos casos, la que, como se propondrá más adelante, puede tener una participación relevante en la promoción de lineamientos de gobierno corporativo en materia concursal. Seguidamente, abordaremos, en el segundo capítulo, lo concerniente a Buen Gobierno Corporativo y a sus objetivos con el objeto de identificar los lineamientos que pudieran ser aprobados por una Junta de Acreedores y aplicados a la realidad concursal. Finalmente, en el último capítulo nos aventuraremos a elaborar lineamientos concursales de Buen Gobierno Corporativo.

En atención a lo expuesto, las hipótesis de nuestro trabajo serán las siguientes:

- La Junta de Acreedores puede adoptar lineamientos de buen gobierno corporativo, a ser incluidos como políticas dentro del plan de reestructuración, dotando al patrimonio sometido a reestructuración patrimonial de mayor valor, en aras de conseguir más eficientemente el objetivo de la normativa concursal, que es la recuperación del crédito.
- Es posible plantear lineamientos de buen gobierno corporativo propios de la realidad concursal de sociedades en reestructuración patrimonial.
- Es posible que tales lineamientos, sin ser de obligatoria aplicación a empresas concursadas en reestructuración patrimonial, puedan ser promovidos de manera orientativa en una Directiva a ser emitida por el Indecopi.

Finalmente, a la luz de los capítulos anteriores, haremos una recomendación de índole legal a fin de poder promover la implementación de lineamientos de buen gobierno corporativo en el sistema concursal.

CAPÍTULO I: DE LA REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL DE EMPRESAS EN SITUACIÓN DE CONCURSO

El presente capítulo tiene como objeto hacer una referencia general a aspectos relevantes de la realidad concursal de una sociedad sometida a reestructuración patrimonial, tales como la Junta de Acreedores, el régimen de reestructuración, el Plan de Reestructuración, las ventajas estratégicas del concurso, así como sobre la referencia a los casos exitosos que fueron sometidos a tal régimen.

De esa manera analizaremos brevemente los aspectos neurálgicos sobre los cuales se basa el privatista sistema concursal peruano, en el marco de una reestructuración patrimonial.

1.1. De la Junta de Acreedores

El Sistema Concursal Peruano, a través de la Ley General del Sistema Concursal (en lo sucesivo, La Ley), se sustenta, a diferencia del antiguo sistema judicial de quiebra, en una corriente privatista que dota a los principales afectados por la crisis de una empresa, sometida a un procedimiento concursal tramitado ante el Indecopi, de la posibilidad de adoptar los mecanismos que les permitan recuperar sus acreencias. Así son los acreedores los que tienen la carga de impulsar el concurso.

En efecto, el Artículo VII de la Ley General del Sistema Concursal precisa que los concursos se inician siempre de parte y que el impulso de los mismos corresponde a los privados, siendo la intervención del Estado subsidiaria.

Por ello, el moderno sistema concursal peruano dista diametralmente de aquel en el cual el impulso del concurso se basa en el conocido principio de oficiosidad, el cual, según Tonón (1992), en el juicio concursal, el impulso del procedimiento está a cargo de un ente estatal, el tribunal, que actúa de oficio, sin que sea necesaria la petición de los interesados. Podemos ver de lo anterior, una clarísima contradicción de lo que concluyó dicho autor de

lo que caracteriza al procedimiento concursal bajo el actual sistema concursal peruano, lo que devela su carácter privatista. (p. 34)

Por otro lado, es relevante indicar que el objetivo de la normativa concursal es la recuperación del crédito, lo que ha sido recogido expresamente en el Artículo I de la Ley General del Sistema Concursal, por lo que, en aplicación del principio de impulso privado antes indicado, se busca que sean los propios acreedores los que decidan, en tal marco normativo concursal, cómo cobrar sus créditos.

En una línea no idéntica, pero afín, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2006), en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia ha señalado que en el procedimiento de insolvencia debe darse a los partícipes un fuerte incentivo para obtener un máximo valor posible de los bienes, ya que eso servirá para aumentar la cantidad que podrán cobrar los acreedores en general y reducir la carga de la insolvencia. (p. 5)

Respecto al objetivo del actual procedimiento concursal peruano, Bullard (2002) ha indicado que la función central del concurso es proteger el crédito y hacer que los acreedores puedan encontrar a través de los acuerdos la forma más efectiva y barata de cobrar. (p. 2)

En conjunción con el propósito objeto de la norma concursal, ésta ha establecido una finalidad muy clara regulada en el Artículo II del Título Preliminar, por la cual tal objetivo debe obtenerse mediante acuerdos que los acreedores deberán adoptar en Junta, en reemplazo de la Junta de Accionistas cuyas funciones se suspenderán. Así, la Junta de Acreedores, es el mecanismo de negociación por excelencia en el marco concursal toda vez que, en un solo ambiente, con bajos costos de transacción y en base a la autonomía privada, los acreedores tienen la posibilidad de lograr acuerdos relevantes sobre el destino de la empresa deudora, que los pueda llevar a maximizar el cobro de sus acreencias.

En el compendio de Derecho Concursal utilizado para las clases en la materia dictada por Paolo del Águila (2013) en la Pontificia Universidad Católica del Perú, se recoge la jurisprudencia concursal, contenida en la Resolución 055-97-TDC del 26 de febrero de 1997, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, la cual señala que la Junta de Acreedores es el órgano deliberativo de la masa de acreedores, indicando que es un mecanismo por el cual los acreedores intervienen en el

concurso, manifestando su voluntad mediante la adopción de acuerdos y supervisando la marcha de los procedimientos de reestructuración. Así, la citada jurisprudencia, colige que la masa de acreedores está constituida por el pasivo de la insolvente, mientras que la Junta la integran los acreedores que se apersonan al procedimiento y demuestran ante el órgano administrativo tal condición. (p. 429)

A su vez, en el citado compendio, también se recoge la Resolución 0707-2006/TDC-INDECOPI, por la cual la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, afirma que el poder atribuido a la Junta de Acreedores resulta determinante para el desarrollo del proceso concursal, considerando que reemplaza a la Junta de Accionistas como órgano máximo de decisión en una empresa en crisis y asume el gobierno total de la misma, estando facultada no solo a decidir el destino de su patrimonio y su régimen de administración, sino también a controlar y supervisar cada etapa en la marcha del negocio. (p.438)

Teniendo en claro el poder otorgado a los acreedores en Junta, en el marco de la norma concursal, la Junta puede optar por darle al patrimonio de la empresa deudora, sometida a concurso dos destinos: Uno liquidatorio, con el fin que, por un lado, la empresa se desactive y salga del mercado, y por otro, que sus activos sean vendidos y liquidados para pagar a los acreedores. El segundo destino es la reestructuración patrimonial que, acordado por la Junta, nos ocupa en el presente trabajo y del que hemos hablado en la introducción de la presente tesis.

En efecto, podemos afirmar en primera instancia, que el destino liquidatorio no tiene cabida en el análisis de la aplicación de normas de buen gobierno corporativo, en la medida que una empresa en liquidación tiene como fin su desactivación, su salida del mercado y su desmembramiento para que vendida en partes los acreedores se hagan cobro. Es más, la propia normativa concursal proscribida que una sociedad en liquidación pueda mantenerse en el mercado, debiendo desactivarse, salvo el caso de la liquidación en marcha, cuyo propósito es que la empresa se venda como unidad, sin embargo, esta modalidad no será abordada por el autor.

En ese sentido, en el siguiente sub capítulo analizaremos lo que implica un procedimiento de reestructuración patrimonial, para los efectos de este trabajo.

1.2. Del destino del deudor: la reestructuración patrimonial

La Ley General del Sistema Concursal define reestructuración patrimonial como el destino acordado por la Junta de Acreedores, en base a una mayoría calificada, por el cual la empresa ingresa a un procedimiento que le permita continuar con sus actividades y giro del negocio, y, por lo tanto, mantenerse en el mercado.

Huáscar Ezcurra (2003) nos ilustra sobre las facultades de la Junta de optar por una reestructuración patrimonial, indicando que la ley concede a los acreedores la posibilidad de evaluar y aprobar por mayoría la propuesta de reestructuración de pasivos que proponga el deudor, con el objetivo de brindarles la oportunidad de evaluar si el plan de pagos que propone el deudor maximizará el valor del negocio y, con ello, el recupero de sus créditos. (p. 5)

Este es un destino muy relevante, pues para la recuperación de los créditos (objetivo de la Ley) y en base al impulso privado, los acreedores han debido hacer una evaluación financiera y de mercado de la empresa sometida a concurso, y haber estimado que si la misma se mantiene en giro, su valor no en términos contables necesariamente sino en términos financieros es mayor que la suma de sus activos menos sus pasivos.

Con relación a la decisión de adoptar la reestructuración de una deudora sometida a concurso, Bisbal (1986) precisa que la empresa debe ser reorganizada si existe la posibilidad de formular un plan, que permita deducir un valor para la empresa en funcionamiento superior al valor obtenido con la liquidación de la misma. Añade, el citado autor, que la reorganización significa descubrir las expectativas reales de la empresa funcionando en el mercado. (p. 70)

En este punto, resulta pertinente citar a la jurisprudencia concursal, seleccionada por del Águila (2013), en el compendio referido en el sub acápite anterior. Así, en la Resolución 0608-2005/TDC-INDECOPI se hace una referencia importante al destino de reestructuración patrimonial, al señalarse que en el marco del procedimiento concursal, los acreedores reunidos en Junta deciden, en función de sus intereses, cuál es la vía que les permitirá maximizar el valor del patrimonio objeto del concurso, a fin de obtener una recuperación más eficiente de sus créditos, ya sea mediante la reestructuración económico financiera del deudor o a través de una liquidación de su patrimonio. Añade que, en caso la

junta optara por la reestructuración del deudor, deberá también aprobar un plan de reestructuración que establezca las condiciones en que cada acreedor podrá hacer efectivo el recupero de los mismos. (p. 559)

Por tanto, una reestructuración patrimonial, implicará que los acreedores consideran que la empresa es capaz de generar flujos de caja futuros que le permitan, además de pagar los créditos concursales, cumplir con sus obligaciones con otros proveedores, y mantenerse en el mercado.

Al respecto, Espina (1999), señala que cuando una empresa entra en crisis, la solución puede ser liquidarla o reestructurarla y que estas alternativas deben ser el resultado de comparar el valor de la sociedad en funcionamiento con su valor en liquidación, debiendo ser la reestructuración la opción preferida siempre que existan perspectivas de viabilidad futura. (p. 47)

Como puede apreciarse, la reestructuración patrimonial a diferencia de la liquidación concursal, no solo por sus efectos concursales, sino por sus efectos financieros, económicos y de presencia en el mercado, debe conllevar un intrínseco y responsable estudio de los acreedores que, en base a su autonomía privada, de depositar su confianza en la sociedad concursada.

Es relevante precisar que la Junta de Acreedores al acordar la reestructuración, debe a su vez aprobar un Plan de Reestructuración Patrimonial, que es el instrumento contractual y concursal que determina cómo se recuperarán las acreencias y la empresa continuará en actividades. Se indica que es una obligación aprobar un Plan en la medida que la norma concursal castiga la negligencia de los acreedores que apostaron por una reestructuración, pero no aprobaron el Plan que la rija. En efecto, ante tal situación, de manera subsidiaria, el Indecopi interviene el proceso y declara la liquidación de la empresa. Esto último, si bien no tiene relevancia para el desarrollo de la tesis, sí es importante tenerlo en cuenta, pues revela que si bien la norma facultad a los acreedores a decidir la reestructuración, por otro lado, se busca que tal destino sea ejecutado mediante un Plan.

Al respecto, en esta misma línea, en la Resolución 0608-2005/TDC-INDECOPI, citada párrafos arriba, se concluye que en caso la junta optara por la reestructuración del

deudor, deberá también aprobar un plan de reestructuración que establezca las condiciones en que cada acreedor podrá hacer efectivo el recupero de los mismos.

En ese sentido, la naturaleza y características de dicho instrumento las abordaremos en el siguiente sub capítulo.

1.3. Del Plan de Reestructuración

El artículo 66 de la Ley General del Sistema Concursal, define al Plan de Reestructuración de la siguiente manera:

Artículo 66.- Contenido del Plan de Reestructuración

66.1 El Plan de Reestructuración es el negocio jurídico por el cual la Junta define los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del mismo, en función a las particularidades y características propias del deudor en reestructuración.

Como puede apreciarse dicho instrumento es considerado como un negocio jurídico celebrado entre los acreedores, por lo que podemos deducir que tiene una evidente naturaleza contractual.

En efecto, no existe intervención alguna del Estado, representado por el Indecopi, en la aprobación del Plan de Reestructuración, por lo que no es un acto administrativo sino uno jurídico de índole contractual multilateral por que obliga al deudor y a todos los acreedores. Indecopi, se limitará a verificar que se cumplan los requisitos de validez que la norma concursal exige, mas no la viabilidad ni pertinencia de los mecanismos que los acreedores acuerden implementar.

Ezcurra (2003), discrepa con la idea antes referida, al señalar que la intervención del Estado en el proceso de toma de decisiones cuando se trata de un negocio sometido a concurso, deja de ser ex post y pasa a ser ex ante, toda vez que obligatoriamente en cada Junta de Acreedores en la cual debe adoptarse decisiones trascendentales tales como el destino o la forma de pago de los créditos, deberá asistir un funcionario del Indecopi para verificar los quórums y las mayorías de ley.

Al respecto, lo indicado por Ezcurra (2003), no desvirtúa el argumento por el cual afirmamos que no existe intervención alguna del Indecopi, en la aprobación del Plan de Reestructuración, toda vez que si bien un funcionario de la entidad asiste a las Juntas, su participación se restringe a verificar el cumplimiento de los requisitos de quórum y mayorías legales, sin embargo, ello no implica que participa en la formación de la voluntad de los acreedores al aprobar un instrumento concursal, razón por la cual éste último es un negocio jurídico y no uno administrativo. (p. 8)

Por otro lado, la norma circunscribe el propósito del Plan el de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial, sin embargo, consideramos que este instrumento no se limita a dicha finalidad.

Así, la propia norma en su artículo 66.2 indica que en el Plan se podrá detallar (i) la información financiera de la empresa, (ii) las acciones que la administración pretende adoptar (iii) las propuestas de financiamiento de la inversión requerida para la continuación del giro de la empresa, (iv) la política laboral, (v) el régimen de intereses, (vi) el flujo efectivo proyectado en el tiempo, entre otros.

En ese sentido, conforme a la norma concursal, el Plan puede contener información contable como el Balance General, las acciones que se propone ejecutar la administración, las propuestas para el financiamiento de la inversión requerida para la continuación de la actividad del deudor, la política laboral a adoptarse, el régimen de intereses, así como un estado de flujos de caja proyectado al tiempo previsto para el pago de la totalidad de las obligaciones comprendidas en el procedimiento.

Lo antes referido nos lleva a afirmar que, si bien el Plan tiene un propósito definido en la norma, es decir la extinción de las obligaciones en concordancia con el objetivo del sistema concursal desarrollado en el sub capítulo anterior, en dicho contrato la Junta puede adoptar cualquier otra medida o acción que permita coadyuvar la obtención del citado objeto. Por tanto, el Plan no solo será un cronograma de pagos.

En efecto, los acreedores tienen la posibilidad de establecer mecanismos para cumplir con el objetivo del Plan de Reestructuración es decir reestructurar financieramente al deudor para que, manteniéndose en el mercado con su giro, se puedan pagar los créditos reconocidos.

Como puede apreciarse de este listado de posibles mecanismos que pueden ser contemplados en el Plan de Reestructuración, a través de este instrumento los acreedores no sólo están definiendo que su deudor se mantenga en el mercado y que se paguen las acreencias sino también que podrán regular asuntos más estructurales del deudor tales como la política laboral, las propuestas de financiamiento para inversión en capital de trabajo, la contabilidad, entre otros.

En ese sentido, podemos aproximarnos a una preliminar idea de que la Junta tiene plena facultad para adoptar en el Plan cualquier medida o acción, evidentemente que no linde con lo ilegal ni trasgreda la normativa concursal, que coadyuve a la consecución del objeto del contrato. Ante ello, podemos afirmar, con cargo a desarrollarlo más adelante, que no existiría limitación alguna para que lineamientos de buen gobierno corporativo puedan ser aprobados por la Junta, salvo que contravengan la normativa concursal.

Por otro lado, cabe anotar que el Plan de Reestructuración si bien es elaborado por la administración designada por la Junta, es sometido a votación a los acreedores quienes pueden incluir en dicho instrumento modificaciones o mejoras, debiendo ser aprobado por mayorías calificadas, es decir el 66% de los créditos de la Junta.

Este acto jurídico si bien es producto de un acuerdo aprobatorio de la Junta de Acreedores, tiene naturaleza contractual de índole plurilateral pues es oponible tanto a la administración de la empresa concursada, quien lo propuso, como a todos los acreedores de ésta.

Con relación a la oponibilidad y obligatoriedad del Plan de Reestructuración, el artículo 67 de la Ley General del Sistema Concursal, indica que dicho instrumento una vez aprobado por la Junta, obliga al deudor y a todos sus acreedores comprendidos en el procedimiento, aun cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta o no hayan solicitado el reconocimiento de sus créditos.

Al respecto, del Águila (2003) manifiesta que la oponibilidad concursal resulta un rasgo distintivo e imprescindible del Plan de Reestructuración, sin el cual éste carecería de toda eficacia. Añade que, si no existiera dicho rasgo, los acuerdos de la Junta carecerían de seguridad jurídica pues cualquier acreedor que, habiéndose alcanzado las mayorías calificadas, considere que el Plan vulnera sus intereses podría desconocerlo y adoptar

acciones unilaterales contra el patrimonio concursado. Concluye, dicho autor indicando que, bajo tales circunstancias, no habría incentivo alguno de reducir los costos de coordinación entre los acreedores y el deudor con el ánimo de arribar a soluciones colectivas. (p.308)

Por otro lado, es importante referir que la norma concursal exige el cumplimiento de requisitos de validez del Plan de Reestructuración, cuyo propósito es que dicho instrumento cuente con los elementos necesarios para que los acreedores estén suficientemente informados sobre el modo en que cobrarán sus acreencias.

Así, el artículo 66.3 y 66.4 de la norma indica que el Plan de Reestructuración, bajo sanción de nulidad, deberá incluir dos requisitos de validez, estos son: (i) un cronograma de pagos que comprenda la totalidad de las obligaciones en el que se incluya información sobre el modo, monto, lugar y fecha de pago de los créditos de cada acreedor y (ii) la información de que el 30% de los fondos o recursos que se destinen al año, sea destinado para el pago de los créditos de origen laboral.

De esa manera, sin perjuicio de los requisitos de validez antes señalados, dada la vertiente privatista a la que está orientada la norma concursal y que el Plan de Reestructuración es aprobado por los acreedores y no por el Indecopi, los acreedores podrán adoptar cualquier otro tipo de mecanismo aún sin no está expresamente indicado en la Ley.

Por ejemplo, los acreedores podrían cambiar el giro del deudor, vender la marca comercial y cambiarla por otra, reorganizar estructuralmente la empresa, aprobar reformas societarias, acordar una fusión societaria o adquirir por esa vía otra empresa, entre otras posibilidades que el ordenamiento jurídico contemple y que les sirva para lograr el objetivo de maximizar el cobro de sus créditos.

En consecuencia, a fin de establecer una base en el análisis que efectuaremos en el capítulo II de este trabajo, como se infirió párrafos precedentes, dentro de las opciones que pueden ser acordadas por la Junta en el Plan estaría aquella que permita a la empresa someterse a lineamientos de Buen Gobierno Corporativo, con el objeto de que además de las obligaciones establecidas en la norma concursal a favor de los acreedores, se implementen mecanismos adicionales para garantizar la transparencia y la eficiencia en la empresa en aras de dotarla de mayor valor en el mercado, y atraer las inversiones.

De esa manera, abordando la primera hipótesis planteada en la introducción del presente trabajo contamos con los elementos para concluir que no existe impedimento legal, al menos desde el punto de vista concursal, para que la Junta de Acreedores pueda adoptar lineamientos de buen gobierno corporativo, a ser incluidos como políticas dentro del plan de reestructuración, dotando al patrimonio sometido a reestructuración patrimonial de mayor valor, en aras de conseguir más eficientemente el objetivo de la normativa concursal, que es la recuperación del crédito.

En el supuesto que la empresa termine de pagar los créditos concursales, culminará el procedimiento concursal, por lo que la Junta de Accionistas volverá a tomar decisiones y evaluará si la implementación de lineamientos de Buen Gobierno Corporativo coadyuvó a la empresa a ser más atractiva a los inversionistas.

1.4 De las ventajas estratégicas de una reestructuración patrimonial

En este sub capítulo, estimamos pertinente hacer referencia a los factores positivos que proporciona el sistema concursal. Así, empecemos refiriéndonos a dos de los pilares sobre los cuales se sustenta el procedimiento concursal y que, a criterio del autor, proporciona a una empresa en proceso de reestructuración de ventajas estratégicas en el mercado. Antes de continuar, debe dejarse en claro, cuando mencionamos mercado, que la empresa en reestructuración se mantiene en funcionamiento, con trabajadores laborando, generando flujos, y manteniendo su unidad productiva.

Los factores positivos de los que estamos hablando se producen cuando la situación de concurso de una empresa se difunde en diario oficial El Peruano, los cuales son la inexigibilidad de las obligaciones y la protección del patrimonio.

En efecto, los artículos 17 y 18 de la Ley, que desarrollan dichos pilares, tienen como objeto, por un lado, que el patrimonio sometido a concurso, sea preservado a favor de los principales afectados por la cesión de pagos que conllevó a la deudora a ser declarada en concurso, con lo cual ningún acreedor ni autoridad judicial o administrativa podrá afectar los activos, y por otro lado, impedir que cualquier acreedor exija fuera del marco de un Plan de Reestructuración el pago de sus acreencias.

Así, las empresas con posibilidades de ser reestructuradas, que son sometidas a concurso cuentan con una ventaja estratégica, que es la de contar con los efectos legales del manto de protección de sus activos y de la inexigibilidad de los créditos.

Esto quiere decir que cuando se difunde la situación de concurso, ningún acreedor puede afectar los bienes de la concursada, con lo cual cualquier proceso judicial o administrativo que tenga como objeto la ejecución de los activos de la empresa, debe suspenderse pues la norma concursal consagra que el patrimonio del deudor es la principal garantía con la que cuentan los acreedores.

Asimismo, en conjunción con tal beneficio, ningún acreedor podrá exigir a la empresa el pago de los créditos, toda vez que este asunto deberá ser definido y determinado en el Plan de Reestructuración, que, propuesto por la deudora y aprobado por la Junta de Acreedores es el instrumento contractual que permitirá a los acreedores saber las condiciones del cobro de sus créditos.

Barclay (2005), en su trabajo de análisis de capítulo 11 del Código de Quiebras norteamericana a la luz de la normativa concursal, hace referencia a la cesación automática (*automatic stay*), figura similar al efecto de inexigibilidad de obligaciones regulada en la norma peruana, señalando que tal figura es una de las principales medidas de protección que tal Código otorga a un deudor, pues con ella se paralizan todas las acciones iniciadas por sus acreedores que tengan por objeto la recuperación de los créditos concursales. Asimismo, la citada autora, indica que en la norma norteamericana, la cesación automática puede ser levantada por la Corte a pedido de un acreedor que acredite que el bien a ejecutar está afectado a su favor y no tiene relevancia para una reorganización del deudor. Ciertamente, tal levantamiento no opera con la normativa peruana, no solo porque ésta no le otorga tal prerrogativa al Indecopi, sino porque la propia norma concursal establece que la inexigibilidad cesará cuando los acreedores determinen la forma de pago de los créditos. (p. 311)

Dichas ventajas estratégicas, otorgan viabilidad al negocio concursado para que los acreedores en la Junta puedan adoptar los acuerdos sin el riesgo que la empresa sea desembrada, pues de lo contrario se mermaría de toda posibilidad de reestructuración patrimonial y financiera de la empresa.

A las citadas ventajas estratégicas podemos añadir la reducción de costos de transacción y negociación con los acreedores a fin de implementar mecanismos para el pago de los créditos. En efecto, la empresa deudora, una vez convocada la Junta de Acreedores, podrá formular su propuesta de pago, en el Plan de Reestructuración, cara a cara con los acreedores reunidos en un solo lugar, en una hora y día determinados.

Incluso, una vez que los acreedores, tomando en cuentas las mayorías requeridas en la Ley, aprueben su propuesta de reflotamiento, esta será oponible no solo a quienes la aprobaron, sino que también será obligatoria a quienes se opusieron o no asistieron a la reunión.

Respecto al punto anterior, imaginemos que, en una situación extra concursal, es decir de una empresa que fuera de concurso quiera reestructurarse. Así, requerirá conversar con los acreedores a fin de hacerles una propuesta para superar su complicada situación financiera. Entonces, deberá tocar la puerta de cada acreedor y convencerlo de que acepte su plan de reflotamiento.

Las desventajas de esta situación saltan a la luz: en primer lugar, será muy costoso, por no decir complicado, que uno a uno logre convencer a los acreedores, y en segundo término, si es que llega a arribar a un acuerdo con algunos acreedores, este solo será obligatorio entre quienes lo suscribieron, mas no respecto al resto. Ello, sumado a que no cuenta con los beneficios de la protección de su patrimonio y a la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, con lo cual aquel acreedor que no aceptó la propuesta de reflotamiento, podrá sin impedimento alguno, no solo exigir el pago de sus acreencias, sino también acudir a las instancias pertinentes y ejecutar los activos de la empresa.

En ese sentido, la normativa concursal cuenta con una serie de aspectos que si son utilizados estratégicamente por una empresa con capacidad para desarrollar una reestructuración patrimonial, pueden conllevar a ésta no solo a mantenerse en el mercado sino a desarrollar su rubro en beneficio de los acreedores con lo cual, una vez culminado el concurso, redundará en beneficio de sus accionistas.

1.5. De casos exitosos de reestructuración patrimonial

En el presente acápite nos permitimos hacer una breve exposición de casos de empresas sometidas a procedimientos concursales ante el Indecopi que, habiendo ingresado en situación de cesación de pagos y crisis financiera, terminaron no solo siendo reestructuradas en virtud al acuerdo de sus Juntas de Acreedores, sino que también volvieron al mercado, manteniéndose en el mismo.

La idea de analizar casos exitosos, es también, a fin de hacer una aproximación al capítulo 2, identificar los aspectos y lineamientos de buen gobierno corporativo que pudieran haber pactado los acreedores en el Plan de Reestructuración, pues a través de ellos, la Junta de Acreedores estimó que se dotaría de mejores condiciones para que la reestructuración patrimonial conlleve una eficiente recuperación de las acreencias.

En ese sentido, habiendo hecho en el sub capítulo precedente, un breve análisis de las ventajas con las que cuenta una empresa sometida a una reestructuración patrimonial, a continuación, haremos referencia a casos puntuales de procesos concursales importantes en los que las Juntas de Acreedores adoptaron reestructuraciones patrimoniales y que en ejecución de los respectivos planes de reestructuración los procedimientos concluyeron con el pago de todos los créditos reconocidos. De esa manera, cuando los créditos reconocidos son pagados, el concurso concluye y la empresa pasa de haber sido gobernada por la Junta de Acreedores a ser dirigida por la Junta de Accionistas.

Como se refirió líneas arriba, la utilidad del análisis de los planes de reestructuración en estos casos exitosos, es que nos podrá servir de aproximación a lo que desarrollaremos en el segundo capítulo, relativo al análisis de normas de Buen Gobierno Corporativo en empresas concursadas bajo reestructuración patrimonial.

- **Andina de Radiodifusión S.A.C. (ATV)**

Compañía dedicada al rubro de telecomunicaciones, es declarada en situación de concurso con fecha 4 de setiembre de 1998, cuyo procedimiento se tramitó ante la Comisión de Procedimientos Concuriales del Indecopi en la Universidad de Piura. En sus inicios, la empresa mantuvo pasivos ascendentes aproximadamente a 25 millones de dólares, entre

deuda laboral, créditos garantizados, deuda previsional, tributaria y deudas con sus proveedores.

Uno de los factores que llevó a dicha empresa a una situación de cesación de pagos con sus principales proveedores (de material fílmico), fueron las riñas internas en la familia Vera Gutiérrez, quien fue la fundadora del canal y principal accionista de la empresa.

El 30 de marzo de 1999, la Junta de Acreedores aprueba como destino de la empresa la reestructuración patrimonial y el 22 de junio de dicho año, los acreedores aprobaron el Plan de Reestructuración, en el cual se adoptaron medidas para el reflotamiento de la empresa, así como para el pago de los créditos reconocidos.

Respecto a posibles lineamientos de buen gobierno corporativo aplicables al concurso, lo que desarrollaremos con más profundidad en el segundo capítulo de este trabajo, mencionaremos lo que hemos encontrado en el Plan de Reestructuración aprobado por la Junta.

De esa manera, podemos apreciar en la página 27 del Plan de Reestructuración, dos aspectos relevantes, relacionados a la política laboral y a los lineamientos de la administración de la empresa.

Respecto al primer asunto, en el Plan se indica que la política laboral será impartida por la Gerencia General, lo que devela la existencia del lineamiento de gobierno corporativo pues dota en los inversionistas de información de qué órgano de la empresa es el encargado de determinar dicha materia. Asimismo, se precisa que la Gerencia debe ceñirse al parámetro por el cual la contratación de los trabajadores o empresas de servicios se efectuará de acuerdo a las necesidades de la empresa y que el tipo de contrato laboral será indefinido o sujeto a modalidad conforme a dichas necesidades.

Con relación a los lineamientos de la administración de la empresa, se especifica que la administración de la empresa será ratificada, pues con la misma se lograron mejoras significativas en la provisión de material fílmico, así como en los aspectos financieros y de ventas. Se añade que, durante el concurso, no se efectuarán adelantos a cuenta de utilidades a los accionistas.

Como podemos apreciar del Plan de Reestructuración de ATV, los aspectos relativos a buen gobierno corporativo si bien son muy escuetos, el plan de inversiones y la reprogramación de obligaciones conllevaron a la empresa a poder pagar sus pasivos concursales y lograr salir del sistema concursal, para reinsertarse en el mercado, con un pasivo saneado.

Finalmente, este concurso terminó exitosamente, toda vez que mediante Resolución 7617-2012/CCO-INDECOPI del 19 de noviembre de 2012, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, declaró la conclusión del procedimiento al verificar que ATV, había cumplido con el pago del íntegro de los créditos reconocidos.

- **Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (Canal 4)**

Al igual que ATV, dicha empresa, líder actual en el rubro de telecomunicaciones, fue declarada en situación de concurso con fecha 29 de noviembre de 2001, cuyo procedimiento (EXP. N° 1150-2001/CRP-ODI-CAM) se tramitó ante la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi en la Cámara de Comercio de Lima.

El 26 de abril de 2002, la Junta de Acreedores aprobó la reestructuración patrimonial de Canal 4 como destino de la empresa y posteriormente, el 4 de junio de dicho año, los acreedores aprobaron el Plan de Reestructuración, en el cual se adoptaron medidas para el reflotamiento de la empresa, así como para el pago de los créditos reconocidos.

En el tiempo se vino ejecutando el citado Plan, sin embargo, los acreedores estimaron por conveniente incluir en el mismo modificaciones, por lo que con fechas 10 de diciembre de 2007 y 11 de octubre de 2010, la Junta aprobó adendas a dicho instrumento concursal.

De la revisión del Plan, a diferencia de aquel relativo al de ATV, podemos apreciar aspectos de buen gobierno corporativo más desarrollados que conllevaron a generar mayor predictibilidad en las características del accionariado que nació producto de la capitalización de créditos concursales, la composición de los órganos de dirección y administración, la política laboral, la solución de controversias, así como las normas relativas a la remoción del directorio y la modificación del Estatuto.

En efecto, en el capítulo IV del Plan, podemos apreciar la estipulación relativa a las acciones que nacen producto de la capitalización de acreencias concursales. Así, se señala que de acuerdo con el artículo 68.4 de la Ley General del Sistema Concursal, la capitalización de créditos establecida en el Plan, no dará lugar a la creación de acciones que establezcan derechos políticos y económicos distintos entre los acreedores que capitalizan.

Con relación al régimen de administración, en el capítulo VII del instrumento concursal, se deja en claro que es la Junta de Acreedores el órgano máximo de la sociedad, conforme a la normativa concursal, hasta que el procedimiento concluya, en cuyo caso la Junta de Accionistas reasumirá sus funciones. Asimismo, se indica que, durante la ejecución del Plan, la concursada tendrá un régimen de administración mixta, el mismo que mantendrá en parte la administración de la empresa previa al concurso, pudiendo involucrar la participación de personas que la Junta de Accionistas decida designar. Podemos apreciar, a su vez, lineamientos aplicables al Directorio y a la Gerencia, tales como la vacancia de los órganos de administración y el régimen de representación legal de la sociedad. Finalmente, se especifica que el Estatuto de la empresa resulta aplicable en todo lo que no se oponga a los acuerdos de la Junta de Acreedores.

En el capítulo VIII se estipula que la administración designada por la Junta de Acreedores, deberá respetar determinados lineamientos, entre los cuales podemos destacar el mantener un adecuado sistema de control de costos y libros contables, el mantener el giro de la empresa conforme a las sanas prácticas comerciales y el cumplir con la elaboración y presentación de toda información a que legalmente se encuentre obligado conforme a Ley.

Por otro lado, en el capítulo IX del Plan podemos apreciar la política laboral, que siendo muy similar a la de ATV, se orienta al desarrollo de los mecanismos necesarios para flexibilizar las relaciones contractuales con los trabajadores y cumplir con los Convenios Colectivos de trabajo y promover el desarrollo integral del personal del canal, a fin de incrementar la productividad.

Finalmente, con relación al régimen de solución de controversias, en el capítulo X, se indica que, con la aprobación del Plan, los acreedores y el canal convienen que, todo litigio, controversia o reclamación que surja con relación a la interpretación, ejecución, incumplimiento del cronograma de pagos, será resuelto mediante arbitraje de derecho, bajo

el Reglamento de Arbitraje Concursal del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se establecen en dicho capítulo los mecanismos de composición del Tribunal Arbitral, así como lo concerniente a los honorarios y gastos del proceso arbitral.

Este procedimiento concluyó favorablemente para el interés de los acreedores, pues mediante Resolución 8740-2011/CCO-INDECOPI del 24 de noviembre de 2011, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, al verificar que la empresa canceló el íntegro de los créditos reconocidos declaró la conclusión del procedimiento y el archivo del expediente. De esa manera, la empresa continuó en el mercado, pasando a ser gobernada por la Junta de Accionistas.

- **Pesquera Hayduk S.A. (Hayduk)**

Dicha empresa pesquera fue declarada en situación de concurso con fecha 19 de mayo de 1999, cuyo procedimiento (EXP. 111-1999/CSM-ODI-ULI) se tramitó ante la Comisión de Salida del Mercado del Indecopi en la Universidad de Lima. Inicialmente, los créditos reconocidos a cargo de la empresa ascendieron aproximadamente a 80 millones de dólares, entre deuda laboral, créditos garantizados, deuda previsional, tributaria y créditos contingentes.

La Junta de Acreedores, se instaló el 11 de agosto de 1999 y aprobó la reestructuración patrimonial de la pesquera como su destino, para posteriormente, el 8 de febrero de 2000, los acreedores aprobaron el Plan de Reestructuración.

Similar al caso de Canal 4, dicho instrumento sufrió prórrogas aprobadas por la Junta, en sesiones de fechas 19 de setiembre de 2000 y, 11 de setiembre de 2000, así como modificaciones en fechas 21 de abril de 2004 y 20 a abril de 2005.

De la revisión del Plan podemos encontrar desarrollados lineamientos y estipulaciones relativas a la gestión, administración y supervisión de la empresa, política laboral.

Por ejemplo, en el Plan se establecen condiciones generales para su funcionamiento, tales como la aplicación de lineamientos de prudencia en la gestión, la supervisión por parte

de los acreedores de los resultados de la empresa, y el financiamiento para capital de trabajo y exportaciones que hicieron dos importantes entidades bancarias.

Por otro lado, en cuanto a la política laboral se determina que la misma se regirá porque la necesidad de contratar personal debe sustentarse en necesidades empresariales y la aplicación de mecanismos necesarios para flexibilizar las relaciones con los trabajadores. Creemos, sin embargo, que esta política laboral es muy escueta y que ameritó mayor desarrollo o remisión a algún documento de índole interno que pudiera reglamentarla mejor.

Asimismo, se establecen lineamientos de la administración designada por la Junta de Acreedores, de los cuales resalta la designación de un supervisor designado por los acreedores que verificará el cumplimiento del Plan y controlará que los flujos de dinero que genera la empresa, se destinen estrictamente al presupuesto destinado al pago de los créditos reconocidos. También se precisa que dicho supervisor podrá controlar a la Gerencia para que proporcione información actualizada de los flujos reales y proyectados de la empresa, estableciéndose, además, que el Directorio tiene la obligación de disponer que dicha Gerencia colabore con el citado supervisor.

Otro aspecto relevante que se encuentra del Plan son los compromisos que la empresa deudora asumió frente a sus acreedores durante la vigencia del plan. Entre ellos podemos destacar: 1) No contratar con personas vinculadas a la empresa que supongan conceder mejores condiciones comerciales, 2) No incursionar en actividades distintas a la pesca, 3) No proporcionar préstamos a los accionistas, ni avalarlos en operaciones crediticias y 4) Permitir a los acreedores visitar las instalaciones de la empresa y de permitirles el acceso a cualquier libro contable, previa autorización de la Junta de Acreedores.

Con relación a la política laboral, en el Plan de Pesquera Hayduk, podemos encontrar similitud con lo dispuesto sobre esa materia con los instrumentos concursales de Canal 4 y de ATV, sin embargo, a diferencia de estos últimos, podemos advertir las estipulaciones por las cuales la empresa se obliga a no variar el organigrama laboral ni la estructura organizativa sin el consentimiento de la Junta de Acreedores. Asimismo, se establece que la administración debe contar con la venia de la Junta de Acreedores para diseñar e implementar la política de remuneraciones de la empresa según sus necesidades.

Finalmente, en el capítulo V del Plan podemos encontrar lineamientos que la administración de la empresa debe seguir frente a los accionistas entre los cuales podemos encontrar la obligación de no efectuar cambios en el control societario de Hayduk y de no distribuir dividendos durante la ejecución del Plan de Reestructuración. Si bien en el capítulo 2, abordaremos normas de gobierno corporativo que pueden ser aplicados al concurso, podemos evidenciar que la obligación de no efectuar cambios en el control societario y de no distribuir dividendos durante la reestructuración, son lineamientos propios de dicha materia y que han sido ejecutados en el marco concursal.

Como en los casos previos, este concurso concluyó favorablemente, toda vez que mediante Resolución 12282-2008/CCE-CCPL del 10 de noviembre de 2008, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi en el Colegio de Contadores Públicos de Lima, verificó el pago de la totalidad de los créditos reconocidos declarando la conclusión del procedimiento. Así, la empresa continuó en el mercado, pasando a ser gobernada por la Junta de Accionistas.

- **Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S.A. - SAGA**

Dicha empresa, actualmente Saga Falabella, fue declarada en situación de concurso con fecha 19 de abril de 1993, cuyo procedimiento (EXP. 027-93) se tramitó ante la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del Indecopi. Conforme se aprecia del Plan de Reestructuración el pasivo de dicha empresa ascendió aproximadamente a 22 millones de dólares, entre deuda bancaria, tributaria, y laboral.

El 21 de mayo de 1993, se instaló la Junta de Acreedores, la cual acordó la reestructuración patrimonial de SAGA y aprobó el Plan de Reestructuración.

De la revisión de dicho instrumento concursal, se advierte una serie de disposiciones de índole financiero, patrimonial y mecanismos orientados a la reducción de la deuda, sin embargo, podemos concluir que las disposiciones relacionadas a lineamientos de gobierno corporativo son muy limitadas comparando con los planes de reestructuración de las sociedades citadas precedentemente. A pesar de ello, podemos destacar las siguientes:

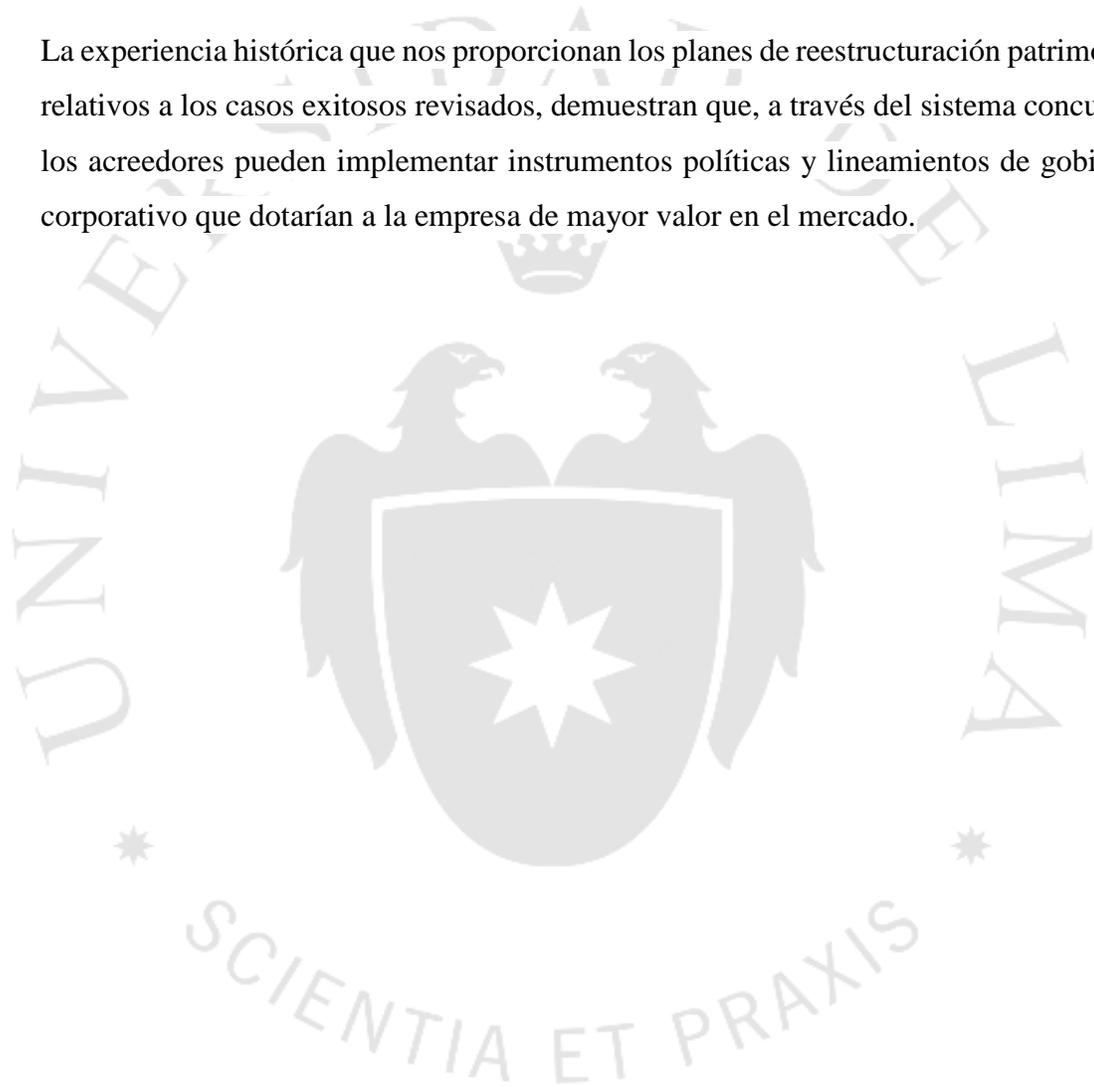
- a) Se dispone que, ante el Comité de la Junta de Acreedores, la administración de la empresa, que fue ratificada, deberá someter cualquier asunto necesario para llevar a cabo la implementación del Plan.
- b) Se fija un plazo máximo (1 año) que debe durar el procedimiento de reestructuración patrimonial.
- c) La política laboral se basará en un ordenado proceso de reducción de personal y de austeridad, lo que implica una restricción de aumento de remuneraciones.

SAGA culminó su proceso de reestructuración, pagando los créditos reconocidos, por lo que el procedimiento concluyó favorablemente a favor de los acreedores. De esa manera, SAGA continuó en el mercado, pasando a ser gobernada por su Junta de Accionistas, siendo actualmente SAGA Falabella.

1.6. Conclusiones del Capítulo 1

- El sistema concursal peruano es de índole privatista, pues el impulso para lograr el cobro de los créditos (objetivo de la Ley) lo realizan los acreedores mediante la Junta (finalidad de la Ley) adoptando los acuerdos necesarios, siendo la participación del Estado subsidiaria.
- La reestructuración patrimonial es uno de los mecanismos adoptados por la Junta de Acreedores, bajo la premisa que los acreedores consideran que la empresa es capaz de generar flujos de caja futuros que le permitan, además de pagar los créditos concursales, mantenerse en el mercado.
- El Plan de Reestructuración Patrimonial, es el negocio jurídico, que aprobado por la Junta de Acreedores, es oponible a todas las partes del procedimiento, en el cual además de establecerse un cronograma de pagos de los créditos impagos, también los acreedores pueden implementar políticas y lineamientos que otorguen mayor valor a la empresa.
- No existe impedimento legal, al menos desde el punto de vista concursal, para que la Junta de Acreedores pueda adoptar lineamientos de buen gobierno corporativo, a ser incluidos como políticas dentro del Plan de Reestructuración.

- La normativa concursal cuenta con una serie de aspectos, tales como la suspensión de obligaciones, la protección del patrimonio y la oponibilidad del Plan de Reestructuración Patrimonial, que si son utilizados estratégicamente por una empresa con capacidad para desarrollar una reestructuración patrimonial, pueden conllevar a ésta no solo a mantenerse en el mercado sino a desarrollar su rubro en beneficio de los acreedores con lo cual, una vez culminado el concurso, redundará en beneficio de sus accionistas.
- La experiencia histórica que nos proporcionan los planes de reestructuración patrimonial relativos a los casos exitosos revisados, demuestran que, a través del sistema concursal, los acreedores pueden implementar instrumentos políticos y lineamientos de gobierno corporativo que dotarían a la empresa de mayor valor en el mercado.



CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE NORMAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO APLICABLES A UNA REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL

Habiendo hecho, en el capítulo 1, un análisis del sistema concursal desde el punto de vista de la reestructuración patrimonial, identificado sus ventajas estratégicas para empresas en reflotamiento empresarial y estudiado casos en los cuales nos hemos aproximado a normas de gobierno corporativo establecidas en los planes de reestructuración patrimonial, a continuación analizaremos normativa que recoge lineamientos de buen gobierno corporativo así como doctrina sobre la materia, con el objeto que en el transcurso del presente capítulo podamos ir identificando los lineamientos que pudieran ser adoptados a la realidad concursal por las Juntas de Acreedores.

Asimismo, el propósito de tal trabajo es arribar a conclusiones que nos permitan, en el tercer capítulo, elaborar lineamientos concursales de buen gobierno corporativo, en el marco de la Ley General del Sistema Concursal, con la finalidad de darle mayor valor a la empresa y conseguir el objetivo de la norma concursal, que es la recuperación del crédito.

2.1. Del enfoque empresarial de la normativa concursal

Tomando en cuenta que la normativa de buen gobierno corporativo tiene como objetivo desarrollar mecanismos por los cuales, en aras de dotar de transparencia y control a la actividad empresarial, las sociedades son dirigidas, de manera preliminar, a continuación, haremos referencia a aspectos concretos de la normativa concursal que denotan su enfoque empresarial.

El artículo 1, literal f) de la Ley General del Sistema Concursal, sin definir propiamente “empresa”, define actividad empresarial como la actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios. Así, la norma concursal busca el

tratamiento de realidades empresariales, bajo la premisa que la empresa, en tanto unidad económica en la que el capital, los recursos, y el trabajo se coordinan para lograr en adelante una actividad lucrativa.

Si bien la actividad empresarial desde el punto de vista concursal, puede ser desarrollada por personas jurídicas y por personas naturales, la normativa de buen gobierno corporativo tiene como fin el establecimiento de un sistema coordinado para dirigir y controlar una persona jurídica (sociedad, que es el ámbito jurídico dentro del cual los socios se obligan de común acuerdo a hacer aportes para desarrollar una determinada actividad y conseguir ganancias). En ese sentido, el enfoque del presente capítulo, y en general de la tesis, estará dirigido a determinar qué lineamientos y principios de buen gobierno corporativo pueden ser aplicables a sociedades o personas jurídicas que han sido sometidas a un procedimiento concursal y que, por decisión de las Juntas de Acreedores, han ingresado a un proceso de reestructuración patrimonial.

Habiendo hecho esta precisión, podemos afirmar, como indicamos al inicio de este sub capítulo, que la norma concursal si bien se orienta al tratamiento de realidades empresariales, contiene disposiciones orientadas a tratar realidades empresariales de sociedades.

En efecto, de una revisión del artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal podemos advertir disposiciones relacionadas y aplicables únicamente a sociedades o personas jurídicas. Por ejemplo, dicha norma, en su numeral 24.1, literal b), precisa que el deudor podrá solicitar el inicio de su procedimiento concursal siempre que acredite tener pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

A su vez, del artículo 24.2 de la norma concursal, se advierte que el deudor que pidió su propio concurso, deberá expresar qué destino, liquidación o reestructuración, desea que la empresa siga bajo el procedimiento concursal, ante lo cual deberá probar mediante un informe suscrito por su representante legal y contador público colegiado, la situación de sus pérdidas acumuladas, deducidas sus reservas, frente al capital social.

Asimismo, encontramos otra disposición aplicable a sociedades propiamente, tal como está estipulada en el artículo 25 de la Ley concursal. Dicho dispositivo legal establece

cuáles son los requisitos que la empresa, persona jurídica, debe acreditar ante el Indecopi, tales como el acta de la Junta de Accionistas, los poderes del representante legal, fojas de sus libros contables, tales como el estado de situación financiera (balance general, aún lo llama la norma) y el estado de resultados (aún llamado estado de ganancias y pérdidas) entre otros documentos relacionados a su realidad patrimonial, laboral, obligacional y tributaria.

Finalmente, en el Capítulo V de la Ley concursal, que desarrolla la reestructuración patrimonial, podemos apreciar disposiciones aplicables estrictamente a sociedades, tales como los artículos 61 (Régimen de administración, elección y remoción de directores y gerente general), 63 (Suspensión de la Junta de Accionistas y vigencia del Estatuto Social) y 64 (Derecho de separación de los accionistas o socios).

2.2. Análisis de las normas de buen gobierno corporativo en el ámbito concursal

Habiendo enfocado este trabajo a la realidad concursal de sociedades en reestructuración patrimonial y afirmado que la norma concursal cuenta con disposiciones aplicables solo a aplicables a éstas, en este sub acápite analizaremos doctrina y normativa de buen gobierno corporativo que pudiera ser aplicable a una sociedad en reestructuración patrimonial.

Podemos empezar esbozando referencias a la definición de Gobierno Corporativo. Al respecto, Benavides (2010) indica que el concepto de GC está íntimamente ligado al concepto de la firma y que ésta última es la unidad conceptual sobre la cual el GC actúa, debiendo propender por la eficiencia de la firma, en lo que respecta a las relaciones entre sus administradores, propietarios y, más recientemente, a la sociedad en general. (p. 1)

De lo anterior, podemos colegir que el concepto de Gobierno Corporativo engloba el conjunto de estrategias que permiten lograr un mejor ámbito jurídico, económico y social de la empresa pues procura abarcar las relaciones entre los partícipes de la realidad de la misma, tales como los accionistas, los directores, gerentes, proveedores, acreedores, trabajadores y la sociedad.

Dicha idea nos llevaría a afirmar que la aplicación de estrategias por parte de la Junta de Acreedores a la realidad concursal, puede conllevar a dotar de un mejor ámbito jurídico, económico y social de la empresa en reestructuración patrimonial, pues el propósito es

generar lineamientos que, a la par con las disposiciones de la Ley General del Sistema Concursal, generen mayores y eficientes relaciones con sus acreedores, el Indecopi, la administración o entidad administradora elegida (que incluye directores y gerentes), los clientes y trabajadores de la concursada y, por cierto, sus potenciales inversionistas.

Por otro lado, Benavides (2010) analizando los alcances del Gobierno Corporativo, precisa que el gobierno de la corporación define el concepto de agregar valor y moldea los diferentes mecanismos internos diseñados para ejercer el control y monitoreo sobre los encargados de manejar la firma. (p. 1).

En ese sentido, el Gobierno Corporativo busca establecer los medios no solo que permitan a la empresa lograr sus metas sino también para implementar mecanismos para el respectivo seguimiento, supervisión y medición a las mismas. Bajo esa premisa, el buen gobierno corporativo procura implementar incentivos dentro de la estructura societaria de la empresa a fin de lograr eficiencia, precisamente en los ámbitos antes mencionados, así como en la consecución de los objetivos sociales en beneficio de los inversionistas.

El concepto de agregar valor mediante la eficiencia que dota el Gobierno Corporativo es el fundamento de la idea que venimos pregonando en este trabajo, pues sus lineamientos servirían para darle mayor valor a la concursada, con lo cual nos acercaremos más al objetivo de la norma concursal que es la recuperación del crédito.

Barona Zuluaga (2010), analiza la importancia de las buenas prácticas de Gobierno Corporativo, al afirmar que el buen gobierno se asocia, en gran medida, a la protección que tienen los proveedores de fondos a las empresas, y se considera como uno de los elementos importantes del desarrollo financiero. Añade dicho autor, que los mercados financieros más desarrollados permiten a las empresas tener un acceso más amplio a los recursos financieros a un costo menor, lo cual redundará en mayores tasas de crecimiento y generación del empleo. (p. 1).

La idea de Barona, nos lleva a entender el real valor del gobierno corporativo, pues se constituye como un factor fundamental para brindar a la empresa de mayor competitividad en el mercado, lo que se traducirá en generar confianza en los inversionistas. De esa manera, si la confianza de los inversionistas es positiva, esto ayudará a mejorar la economía de

mercado en el país, de lo cual se deduce que el uso eficiente de recursos generará la reducción de los costos de acceso de capital.

Aplicada esta idea al ámbito concursal, podemos encontrar un motivo más para comprender el real aporte financiero que las buenas prácticas de Gobierno Corporativo pueden traer a una empresa en reestructuración patrimonial. En efecto, si nos enfocamos en los inversionistas interesados en una empresa que se está reestructurando bajo el sistema concursal, podemos afirmar que si verifican la adopción y ejecución seria de lineamientos de buen Gobierno Corporativo por parte de la Junta de Acreedores, ineludiblemente tendrán mayores incentivos para invertir en la concursada. Esto será muy valioso para los acreedores, pues la inversión traerá mayor valor a la sociedad, y, por tanto, la recuperación de sus créditos, alineándonos con el objetivo de la norma concursal.

Habiendo hecho una aproximación más concreta a la definición, alcances y relevancia del buen Gobierno Corporativo, y colegido que su aplicación a la realidad de una sociedad concursada en reestructuración patrimonial es perfectamente viable y útil para los acreedores y sana para posibles inversionistas, a continuación analizaremos los principales lineamientos y/o principios de buen gobierno corporativo, con el fin de identificar aquellos, que pudieran ser aplicados a la realidad concursal de una sociedad concursada en reestructuración patrimonial:

2.2.1. Principios de Buen Gobierno Corporativo de la OCDE

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE (2004) en el documento Principios de Gobierno Corporativos de la OCDE, ha desarrollado lineamientos con la finalidad de ayudar a los Gobiernos de los países miembros o no de la OCDE en la tarea de evaluar y perfeccionar los marcos legales, institucionales y reglamentarios aplicables al gobierno corporativo en sus respectivos países, y la de ofrecer orientación y sugerencias a las Bolsas de valores, los inversores, las sociedades y demás partes que intervienen en el proceso de desarrollo de un modelo de buen gobierno corporativo.

Asimismo, en dicho documento, la OCDE hace una declaración muy relacionada a la finalidad de la norma concursal establecida en el Artículo II del Título Preliminar de la Ley

General del Sistema Concursal, que busca que en base a la negociación de los acreedores y el deudor, los acuerdos de reestructuración se adopten bajo reducidos costos de transacción. En efecto, la OCDE indica que la existencia de un sistema eficaz de gobierno corporativo dentro de una sociedad determinada y dentro del conjunto de la economía, contribuye a generar el grado de confianza necesario procurando que el coste de capital se reduzca y se incite a las empresas a utilizar sus recursos de forma más eficiente, potenciando así su crecimiento.

Asimismo, la OCDE hace mención a que el sistema de gobierno corporativo aborda las relaciones que se presentan en la realidad de la empresa, tales como los directores y gerentes, los accionistas, los acreedores y los empleados. Con relación a los acreedores, se hace una referencia que en el marco de un proceso concursal revertirá muchísima preponderancia. En efecto, la OCDE indica que Los acreedores juegan un papel destacado en diversos sistemas de gobierno, y pueden servir como agentes supervisores de los resultados de la sociedad. Ello, en el concurso se presenta y configura plenamente, con la evidente distinción de que una empresa no concursada, respecto a la cual los acreedores no tienen el poder de determinar el destino de la sociedad ni la composición de sus órganos de administración y de dirección.

Hemos identificado los siguientes principios de gobierno corporativo de la OCDE, que analizaremos a la luz de la normativa concursal:

- a) Garantizar la Base de un Marco Eficaz para el Gobierno Corporativo.
- b) Los Derechos de los Accionistas y Funciones Clave en el Ámbito de la Propiedad.
- c) Tratamiento Equitativo de los Accionistas.
- d) El Papel de las Partes Interesadas en el Gobierno Corporativo.

El primer principio indica lo siguiente:

El marco para el gobierno corporativo deberá promover la transparencia y eficacia de los mercados, ser coherente con el régimen legal y articular de forma clara el reparto de responsabilidades entre las distintas autoridades supervisoras, reguladoras y ejecutoras.

Si bien el principio en mención, es una recomendación a los gobiernos para implementar marcos favorables al gobierno corporativo, podemos decir, desde el punto de vista concursal,

para el caso concreto de una empresa en reestructuración patrimonial, que la Ley General del Sistema Concursal deja en los acreedores la libertad de incluir en el Plan de Reestructuración cualquier disposición o lineamiento que no vulnere la normativa. Así, consideramos que el marco particular para la implementación de lineamientos de gobierno corporativo debiera estar establecido en el Plan de Reestructuración Patrimonial el cual, como lo hemos desarrollado en el primer capítulo, es el instrumento que regirá la vida la sociedad en reestructuración durante el tiempo en que el procedimiento concursal esté en trámite.

En ese sentido, el Plan debiera establecer las condiciones para la transparencia de la información sobre las acciones de la administración para que los acreedores, estén lo suficientemente informados del curso de la reestructuración.

El segundo principio se desarrolla de la siguiente manera:

El marco para el gobierno corporativo deberá amparar y facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas.

Ciertamente, en la vida de una empresa en reestructuración patrimonial los accionistas tienen una participación restringida en el ámbito procesal en la medida que la Junta de Accionistas está suspendida en sus funciones y es reemplazada por la Junta de Acreedores. En ese sentido, al ser los acreedores quienes detentan el poder de decidir el destino de la firma concursada, en la práctica son los verdaderos propietarios, hasta que se extinga la Junta de Acreedores por el pago total de las acreencias. El marco legal de la norma concursal contiene varias disposiciones que regulan los derechos de los acreedores al voto en Juntas, a la fiscalización de la administración y al cobro de sus créditos.

En efecto, la Ley General del Sistema Concursal, establece disposiciones tales como a) el artículo 52 que consagra el derecho de información de los acreedores en Junta, b) el artículo 50.4 que regula el derecho a voz y voto en las Juntas, la elección de la administración, su régimen y las autoridades de la Junta, c) el artículo 69 relativo a la facultad del acreedor reconocido de cobrar sus acreencias preferentemente, d) el artículo 118 que desarrolla el derecho de impugnación de acuerdos a través de la cual los acreedores minoritarios pueden denunciar abuso de derecho o vulneración de la Ley, e) el artículo 122.3 que obliga a la entidad administradora a proporcionar información trimestral de cómo se viene ejecutando el Plan de Reestructuración, f) el artículo 67 que faculta a los acreedores a denunciar el

incumplimiento del Plan de Reestructuración y g) el artículo 114 que faculta a los acreedores a vender sus créditos.

A pesar de lo anterior, consideramos que en el Plan de Reestructuración pueden establecerse, en paralelo con las disposiciones legales antes citadas, lineamientos y mecanismos sencillos y a bajos costos, que permitan coadyuvar a que las facultades de los acreedores sean más eficiente y transparentemente ejercidas y que cuenten con la información necesaria para la toma de decisiones dentro del concurso.

Respecto a qué derechos de los acreedores, podrían consagrarse en un Plan de Reestructuración, Barona Zuluaga (2015), al analizar el principio de la OCDE en mención refiere que los derechos básicos de los accionistas son 1. Estipular los métodos de registro de la propiedad, 2. Traspasar o transferir acciones, 3. Recabar información relevante sobre la sociedad de manera periódica, 4. Participar y votar en las juntas generales de accionistas, 5. Designar a los miembros del Consejo y 6. Participar en los beneficios de la sociedad. (p. 2)

Compartimos la referencia hecha por el citado autor, y trasladándola al ámbito concursal, podemos afirmar que en el Plan de Reestructuración podrían establecerse mejores mecanismos de protección a los acreedores, que los que la propia norma concursal estipula, y perfectamente los derechos indicados por Barona, pueden servir para tal objetivo. Para poner un ejemplo, en el Plan podrían implementarse sencillos y menos costosos mecanismos para que los acreedores se informen de la marcha de la reestructuración, usando medios electrónicos o páginas web.

Finalmente, es importante anotar, que en la vida del procedimiento de reestructuración patrimonial, los acreedores pueden acudir a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi a cargo del expediente y denunciar cualquier irregularidad o fraude que pudiera ser pasible de sanción en el marco de la Ley General del Sistema Concursal. Este es un factor a resaltar pues siempre la entidad estatal puede servir no solo de puente para que la administración de la empresa concursada brinde la información, sino también que puede fungir como ente fiscalizador y sancionador de conductas que vulneren los derechos de los acreedores.

El tercer principio se desarrolla de la siguiente manera:

El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar un trato equitativo a todos los accionistas, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos los accionistas deben tener la oportunidad de realizar un recurso efectivo en caso de violación de sus derechos.

Como referimos líneas arriba, la norma concursal contiene disposiciones expresas relativas a los derechos de los acreedores a voz, voto, información y fiscalización en el procedimiento de reestructuración patrimonial, sin embargo, de manera expresa no encontramos una disposición, que estimamos debiera haberse incluido en el título preliminar de la Ley, que consagre el principio de la OCDE en mención a favor del trato igualitario y equitativo de los acreedores.

Si bien, en la realidad concursal, podemos tener desde trabajadores como acreedores (origen laboral), pasando por bancos y proveedores (origen comercial), hasta entidades estatales, tributarias y previsionales (origen tributario y previsional), la aplicación del citado principio nos llevaría a colegir que, cualquiera de ellos, independientemente de la cuantía de sus créditos reconocidos, por ejemplo un trabajador, pueda, por el solo hecho de haber sido reconocido como acreedor, ejercer sus derechos y ser tratado por la administración de la empresa de la misma manera que un mayoritario, o entidad que maneja la Junta.

El previamente citado autor, Barona Zuluaga (2015), al analizar el principio del trato equitativo de la OCDE, nos da mayores luces de los alcances de tal principio, indicando que éste puede violarse en a) el proceso de votación de las asambleas de los accionistas, b) el uso de información privilegiada por parte de los administradores y c) los conflictos de intereses en transacciones que puedan realizar los directivos. (p. 3).

La norma concursal si bien reglamenta adecuadamente la participación de los acreedores en la Junta, garantizándose sus derechos al voto, carece de disposiciones relativas al uso de la información privilegiada y a los conflictos de intereses referidos por Barona.

En tal sentido, como lo indicamos líneas arriba, resaltando el hecho que la Ley General del Sistema Concursal no contiene una proclamación en el sentido del principio del trato equitativo de la OCDE, consideramos que sería muy saludable, independientemente que la norma concursal pudiera ser mejorada, que en un Plan de Reestructuración Patrimonial no solo se proclame el trato equitativo e igualitario, sino que se implementen mecanismos

que lo garanticen, particularmente en torno al uso de la información privilegiada y a los conflictos de intereses.

El cuarto principio OCDE lo desarrolla de la siguiente manera:

El marco para el gobierno corporativo deberá reconocer los derechos de las partes interesadas establecidos por ley o a través de acuerdos mutuos, y fomentar la cooperación activa entre sociedades y las partes interesadas con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a facilitar la sostenibilidad de empresas sanas desde el punto de vista financiero.

Al respecto, Barona Zuluaga (2015), señala que con este principio la empresa tiene sus propios intereses y que al velar por los de los grupos de interés social, se promueven y fomentan los propios intereses de la empresa. Añade que, como grupos de interés social se consideran explícitamente a los inversionistas, los empleados, los acreedores y los proveedores (p. 4).

Al respecto, en el marco de un procedimiento de reestructuración patrimonial, podemos afirmar que las partes más interesadas en la superación de la sociedad de la situación de concurso, por excelencia son los acreedores reconocidos, pues la propia Ley General del Sistema Concursal está orientada en su objetivo a la satisfacción del interés perseguido mediante la recuperación del crédito. Al hablar de acreedores, como lo indicamos previamente, incluimos a todo el espectro de deudas que mantiene la empresa y cuyos titulares pueden ser desde acreedores laborales miembros de sindicatos de trabajadores, entidades administradoras de fondos de pensiones, bancos, entidades tributarias, proveedores, ministerios del Estado. Son, por tanto, estos acreedores, las partes más relevantes que cuentan con la legitimidad activa y el poder de decisión en el procedimiento concursal.

No obstante, ello, a la luz de lo indicado por Barona, podemos esbozar la existencia de otras partes interesadas en el procedimiento de reestructuración y que tienen legítimas expectativas en su resultado y éxito. Por ejemplo, podemos mencionar a los propios accionistas que, como hemos referido antes, si bien carecen de derechos políticos y económicos en el concurso, consideramos que sí tienen legitimidad a pedirle información a la administración designada por los acreedores en Junta. La Ley no menciona esa facultad, es más la norma, en su artículo 114, sólo menciona que la legitimidad de formular escritos

corresponde a los acreedores reconocidos, a pesar que, en la práctica en el marco de algunos procedimientos, algunos accionistas de concursadas en reestructuración han plasmado sus pretensiones.

A pesar de ello, consideramos que los accionistas pueden formular denuncias de cualquier irregularidad que pueda afectar el patrimonio concursado y con ello a la sociedad que en algún momento retornará a sus manos. Estas facultades a favor de los accionistas, pudieran estar expresamente contempladas en el Plan de Reestructuración como principios de gobierno corporativo de la sociedad concursada, a fin de alinearse con el principio OCDE antes mencionado.

Por otro lado, los inversionistas, desde nuestra perspectiva, también pueden ser considerados como grupos relevantes de interés, pues pudieran ver a la empresa en reestructuración como una real oportunidad de negocios y, ante ello, decidan intervenir comprando las acreencias reconocidas por el Indecopi y de esa manera para manejar la Junta de Acreedores y con ello tomar decisiones en la administración de la firma.

La norma concursal tampoco contiene disposición alguna al respecto, sin embargo, en defecto de ello, el Plan de Reestructuración puede contener lineamientos básicos que permitieran a estos inversionistas a recabar información de toda índole de la empresa, e incluso para facilitar la realización de un *due diligence*. Tales inversionistas, pueden ejercer el derecho de comprar las acreencias mediante el procedimiento regulado en el artículo 114 de la Ley, concerniente al cambio de titularidad de créditos, beneficiando a los acreedores a recuperar más rápido sus acreencias, adquiriendo participación relevante en la toma de decisiones en la Junta.

Por otro lado, podemos incluir dentro de los grupos de interés a los trabajadores de la sociedad en marcha, pues si bien muchos de ellos pudieran haber sido reconocidos como acreedores por devengos laborales impagos, al continuar la empresa en funcionamiento, necesitará contar con una fuerza laboral que le permita continuar en el mercado. Por lo tanto, los empleados de la empresa en reestructuración patrimonial, deben tener ser considerados como un grupo de interés en el concurso.

Finalmente, los proveedores de la concursada en reestructuración, son los que la dotarán de la materia prima, servicios e insumos, según su objeto social y rubro, para

continuar con la actividad productiva, por ello, también deben ser considerados como un grupo de interés de la firma.

Por lo antes expuesto, en aplicación del citado principio OCDE, concluimos en este punto que resulta de elevada trascendencia que el Plan de Reestructuración contemple, en defecto de la norma concursal, lineamientos de gobierno corporativo a favor de los accionistas, los inversionistas, empleados y proveedores como partes interesadas, y hacer como propios dichos intereses en beneficio de los acreedores y la sociedad. De esa forma, desde el ámbito concursal, se abarcaría todo el abanico de grupos de interés sobre una empresa en reestructuración patrimonial.

2.2.2. Principios de Buen Gobierno Corporativo contenidos en la Resolución de Gerencia General 140-2005-EF/94.11

De dicha norma fue emitida por Conasev, para determinar el nivel de cumplimiento de los principios de buen gobierno para las sociedades peruanas. Podemos advertir principios relacionados a cuatro temas centrales: (i) los derechos de los accionistas, (ii) el tratamiento equitativo a éstos, (iii) comunicación y transparencia informativa y (iv) responsabilidad del directorio.

Antes de hacer un ejercicio de qué principios de dicha resolución, podrían ser aplicados por los acreedores a la reestructuración patrimonial dentro del concurso, es necesario precisar que la realidad concursal nos puede llevar a descartar principios propios de sociedades que están gobernadas por su Junta de Accionistas.

2.2.2.1. De los derechos de los accionistas

A continuación, citaremos los principios de la Resolución de Gerencia General 140-2005-EF/94.11, sobre los derechos de los accionistas, que en el concurso serían los derechos de los acreedores, que a nuestro criterio pueden ser asimilados por las Juntas de Acreedores. Cabe anotar, que no consideraremos algunos principios por cuanto, o están regulados por la Ley General del Sistema Concursal de manera distinta, o porque no son compatibles con la realidad del procedimiento concursal. Por ejemplo, hay aspectos que puntualmente la norma

concurzal determina y que aún si los acreedores quisieran implementarlo, no podrían porque sería incongruente con la normativa, deviniendo en ilegales. Asimismo, hay temas propios de sociedades no concursadas que listan en bolsa, como, por ejemplo, las disposiciones que hacen referencia al contenido del estatuto en beneficio de los accionistas y los lineamientos concernientes a la emisión de acciones o valores.

En ese sentido, exponemos de la resolución de Conasev los principios que, a nuestro criterio, pueden ser aplicados para favorecer el derecho de los acreedores:

- Principio 1, que, aplicado al concurso, nos lleva a que los puntos de agenda a tratarse en una Junta de Acreedores deben ser presentados de manera tal que facilite que los acreedores puedan realizar el análisis por separado de los temas a tratarse.
- Principio 2, por el cual el lugar de celebración de una Junta de Acreedores se debe fijar de tal manera que se facilite la asistencia de los acreedores a las mismas.
- Principio 4, que aplicado al concurso nos llevaría a que se destaque el derecho del acreedor de poder participar en la Junta por la persona que designe.

2.2.2.2. Del tratamiento equitativo de los accionistas

En este tema, la resolución contiene solo dos principios:

El principio 5, recomienda que la sociedad emisora de acciones de inversión ofrezca a sus tenedores la posibilidad de canjearlos por acciones ordinarias con derecho a voto. Sin embargo, tal principio no resulta compatible con la reestructuración patrimonial, en la medida que en el concurso no puede operar una sociedad emisora de valores, pues son los créditos reconocidos por el Indecopi y no las acciones, los que determinan los derechos políticos y económicos en las Juntas.

El principio 6, hace referencia a la elección de directores independientes, que deben ser elegidos por su prestigio y que no sean vinculados a la administración de la empresa, recomendando que tales directores hagan un juicio independiente, especialmente cuando hay potenciales conflictos de intereses, tomando en cuenta la participación de accionistas carentes de control.

Al respecto, creemos que el principio 6 puede ser perfectamente aplicable a la realidad concursal, pues resulta saludable que la Junta de Acreedores se proponga designar a miembros del directorio que no solo cuenten con prestigio y trayectoria, sino también que no se encuentren vinculados a la administración ni con los principales acreedores de la Junta. El propósito de tomar decisiones en el marco de la reestructuración patrimonial en las cuales se considere a los acreedores minoritarios, también es saludable, desde nuestro punto de vista.

2.2.2.3. Comunicación y transparencia informativa

Con relación a este tema, es importante referir que la norma concursal, en varias de sus disposiciones, establece facultades que en principio garantizan el derecho de los acreedores a ser debidamente informados del procedimiento concursal y el curso de la reestructuración. Sin embargo, los principios de la resolución de Conasev que referiremos a continuación, no solo están alineados con tales facultades legales, sino que también mejorarían el estándar de información de ser aplicados a favor de los acreedores:

- El principio 7 recomienda que las auditorías, que pueden versar sobre peritajes no solo financieros sino también contables, operativos, evaluación de proyectos, entre otros, sean realizados por auditores distintos y que todos los accionistas sean informados del prestigio del auditor y los gastos que generó. Esta medida, es perfectamente aplicable al concurso, pues si bien la masa concursal será la que debe asumir el pasivo de contratar a una empresa auditora, los acreedores pueden concluir que es necesario realizar una auditoría cada cierto período, y con ello tener mayor certeza de cómo va caminando la reestructuración patrimonial. Ciertamente, este principio, por sus elevados costos, pudiera no ser conveniente para casos de reestructuración patrimonial de pequeña y mediana magnitud, lo que al final, debe ser decidido por los acreedores.
- El principio 8, es perfectamente aplicable, en la medida recomienda que debe haber una instancia determinada o un responsable expresamente designado para

atender pedidos de información que pudieran formular las partes interesadas, particularmente los acreedores para el caso concursal.

- El principio 9, recomienda que el Directorio debiera establecer criterios para dilucidar qué información de la sociedad puede ser confidencial y cuya divulgación podría afectar la posición competitiva de la empresa y afectar sus actividades. La norma concursal, en principio pregona que toda información de la sociedad concursada, puede ser requerida por cualquier acreedor reconocido en el procedimiento, sin embargo, los acreedores pueden adoptar válidamente este principio y autoregular tal situación a fin de velar por proteger el negocio en reestructuración y determinar qué información no debe ser divulgada o entregada.
- El principio 10, también resulta aplicable, pues recomienda que la empresa cuente con un auditor interno de probada independencia profesional respecto de la sociedad concursada y su administración. Los acreedores pueden pactar que la empresa en reestructuración, en aras de que puedan contar con un funcionario independiente de la administración que vele internamente por el correcto funcionamiento de la sociedad.
- El principio 11 hace una recomendación concerniente al Directorio, a fin que, en un documento claramente definido, se precisen funciones tales como la de evaluar y aprobar la estrategia corporativa, establecer planes y metas, aprobar la política de control y manejo de riesgos, los presupuestos, entre otros. Consideramos que la Junta de Acreedores, pudiera perfectamente en el Plan de Reestructuración establecer tales funciones en el Directorio, en la medida que la norma concursal no cuenta con disposiciones tan específicas de la labor de la administración.
- Los principios 12 y 13 recomiendan que el Directorio determine la remuneración de los ejecutivos principales y los seleccione, mediante un procedimiento formal y transparente. Esta recomendación es saludable y puede ser incorporada al

concurso, en la medida que será de la masa concursal y de los flujos que obtenga la empresa de donde se pagarán a los miembros de la administración de la empresa.

- El principio 14 se refiere a la obligación del Directorio de realizar el seguimiento y control de los posibles conflictos de intereses entre la administración, los miembros del directorio y los accionistas. La norma concursal no contempla este aspecto, por lo que esta figura, aplicable al ámbito concursal, obligaría al directorio de la empresa en reestructuración a hacer seguimiento de posibles conflictos entre los miembros de la administración que ejecuta el Plan de Reestructuración y los acreedores. Adicionalmente, en dicho instrumento, pudieran establecerse mecanismos simples para canalizar estas controversias.
- En el principio 15 se precisa que el Directorio velará por la integridad de los sistemas de contabilidad y estados financieros de la empresa, incluyendo una auditoría y la existencia de un debido sistema de control. Tal como el caso anterior, la normativa concursal tampoco hace mención expresa a esta obligación del Directorio de la concursada, por lo que sería muy saludable que sea implementada esta obligación, a la luz de que el patrimonio concursal y su eficiente administración, es la única garantía con la que cuentan los acreedores para la recuperación de los créditos reconocidos por el Indecopi.
- Los principios 16 y 17 atribuyen al Directorio la obligación de supervisar la efectividad de las prácticas de gobierno, así como la política de información. Esta obligación incluida en el Plan de Reestructuración, dotaría de eficiencia a la aplicación de los lineamientos de buen gobierno corporativo que la Junta de Acreedores haya decidido implementar, particularmente, la concerniente a la política de información, que como refiriéramos anteriormente, puede extenderse

no solo a favor de los acreedores sino a los demás grupos de interés que giran alrededor de la concursada.

- El principio 18 recoge una figura que ayudaría a la transparencia concursal de la sociedad en reestructuración, toda vez que faculta al Directorio a poder conformar, según la dimensión de la sociedad, órganos especiales dentro de la empresa que asuman la función de auditoría interna, control y planeamiento. Este principio en el concurso, sería un lineamiento cuya viabilidad dependerá de la magnitud de la empresa, pues en caso que no sea posible solventar órganos especiales, el Directorio mismo o la Gerencia pudieran asumir tales funciones.
- El principio 19 hace alusión a que las opiniones vertidas al interior del Directorio para la toma de decisiones, ameritan una adecuada deliberación con el objeto de velar por los intereses de la empresa y los accionistas. Aplicado al ámbito concursal, resultaría saludable que los miembros del Directorio de la concursada o su administración, tengan muy en claro que el interés más relevante a velar es el de los acreedores, con el objeto que se produzca un alineamiento con el objeto de la norma que es la recuperación del crédito. Ineludiblemente, también deberán velar por los intereses de la propia sociedad en reestructuración, toda vez que las mejores decisiones para la empresa repercutirán en beneficio de los acreedores.
- En el principio 21 se precisa que el Directorio decidirá la contratación de servicios de asesoría especializada que requiera la sociedad para la toma de decisiones. En este punto, es necesario precisar que, si bien en la concursada puede operar un Directorio en el que se deliberarán recomendaciones sobre acciones para la empresa en reestructuración, la toma de decisiones finalmente la realiza la Junta de Acreedores, pues así lo ha previsto la Ley General del Sistema Concursal. A pesar de ello, el Directorio o la administración de la concursada, podría proponer

a la Junta de Acreedores la contratación de asesoría especializada para mejor adopción de acuerdos, lo que puede ser muy saludable para la empresa.

- Los principios 22 y 23 aluden a que los nuevos directores deben ser comunicados sobre la estructura organizativa de la sociedad y que se debe establecer los procedimientos para la elección de directores así como cubrir a los vacantes. En el Plan de Reestructuración perfectamente, pueden contemplarse estos lineamientos.
- Los principios 24 y 25 hacen referencia a que las funciones de los miembros del Directorio y el Gerente deben estar claramente delimitadas en el estatuto, y que la estructura orgánica de la sociedad debe evitar concentración de funciones y poderes de tales funcionarios. Para el caso de una empresa en reestructuración, será en el Plan de Reestructuración donde pudiese delimitarse claramente estas funciones con el objeto de evitar concentración de funciones y poderes. A nuestro juicio, este lineamiento en el concurso, sería muy positivo a fin de que se proyecte, en base al instrumento concursal, una imagen de que la empresa quiere evitar situaciones de concentración de poderes que puedan afectar el procedimiento de reestructuración patrimonial.

2.3. Conclusiones del capítulo:

- La normativa concursal si bien está diseñada para afrontar crisis empresariales, contiene disposiciones específicas cuyo enfoque se orienta al tratamiento de realidades de sociedades, lo que facilita la aplicación de lineamientos de buen gobierno corporativo.
- A la luz de los principios de la OCDE resulta trascendente que el Plan de Reestructuración contemple, en defecto de la norma concursal, lineamientos de gobierno corporativo a favor de los accionistas, los inversionistas, empleados y proveedores como partes interesadas, y hacer como propios dichos intereses en beneficio de los acreedores y la sociedad.

- Con relación a los principios de Buen Gobierno Corporativo contenidos en la Resolución de Gerencia General 140-2005-EF/94.11, podemos afirmar que la aplicación de los mismos a la realidad de una empresa concursada en reestructuración patrimonial dotaría a la sociedad de mayor valor, a fin de conseguir el objetivo de la norma concursal.



CAPÍTULO III: DE LOS LINEAMIENTOS CONCURSALES DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Haciendo un repaso del trabajo hasta este punto, hemos analizado, en el primer el capítulo, el sistema concursal bajo una vertiente de reestructuración patrimonial, poniendo puntual énfasis en aspectos fundamentales, y destacado de Planes de Reestructuración de procedimientos concursales de empresas relevantes, algunos lineamientos de gobierno corporativo.

Asimismo, hemos concluido en dicho capítulo que es perfectamente viable que la Junta de Acreedores incluya en el instrumento concursal, lineamientos de buen gobierno corporativo, en la medida que, lejos de desvirtuar alguna disposición de la norma concursal, pueden coadyuvar a darle mayor valor a la concursada, y con ello generar una mayor y mejor posibilidad de recuperación de los créditos, alineándose de esa manera con el objetivo de la Ley General del Sistema Concursal.

En la línea antes indicada, asimismo, en el segundo capítulo hemos estudiado las más importantes directrices y lineamientos de gobierno corporativo, y deducido cuáles de estos pueden ser asimilados a la realidad concursal de una empresa en reestructuración patrimonial.

En virtud a ello, a continuación, intentaremos elaborar lineamientos concursales de buen gobierno corporativo.

3.1. Del mecanismo de inclusión de lineamientos de buen gobierno corporativo al procedimiento de reestructuración patrimonial

Antes de aventurarnos a elaborar los lineamientos en mención, consideramos importante hacer referencia al tema relativo al mecanismo de incorporación de lineamientos al procedimiento de reestructuración patrimonial.

A lo largo del trabajo, hemos hecho referencia a que es el Plan de Reestructuración el mecanismo por excelencia por el cual los acreedores acuerdan las medidas de cualquier índole, a adoptar en la concursada cuyo destino ha sido la reestructuración patrimonial, bajo la premisa que dicho acto jurídico es un contrato oponible a todos los acreedores y a la sociedad en concurso, en el cual se viabilizará la reestructuración de la concursada.

Entre tales medidas, a fin de darle transparencia y predictibilidad al actuar de la sociedad en reestructuración y por ende mayor valor en el mercado ante los inversionistas y acreedores, encontramos a los lineamientos de gobierno corporativo que la Junta de Acreedores considere pertinente aprobar.

En ese sentido, nuestra posición es que los lineamientos de buen gobierno corporativo deben ser aprobados por la Junta e incluidos en el Plan de Reestructuración con el objeto de poder dotar al procedimiento concursal de predictibilidad y seguridad jurídica, pues mediante dicho instrumento concursal es que materializa un contrato, que es oponible a todos los acreedores al haber sido aprobado por mayoría calificada exigida por la normativa concursal.

Independientemente de nuestras conclusiones, en el sentido que la adopción de lineamientos de buen gobierno en la sociedad en reestructuración patrimonial será beneficioso para los acreedores, al alinearse con el objetivo de la norma concursal, la posición indicada en el párrafo precedente pudiera ser cuestionada, bajo la premisa que la Ley General del Sistema Concursal no prevé de manera expresa que los lineamientos de buen gobierno corporativo deban ser aprobados en Junta de Acreedores por mayoría calificada, que es la requerida para aprobar o modificar el Plan de Reestructuración. *

Bajo ese argumento, los lineamientos de buen gobierno corporativo pudieran ser aprobados por la Junta con mayorías simples sin que estén incluidos en un Plan de Reestructuración, sino en un documento paralelo.

Es cierto que la norma concursal cuando hace mención a la necesidad de mayorías calificadas para la aprobación de acuerdos por parte de la Junta de Acreedores, solo hace referencia a la aprobación del destino de la empresa y del instrumento concursal.

Sin embargo, nuestra posición de que los lineamientos de gobierno corporativo deben estar implementados e incluidos en el Plan de Reestructuración, se sustenta asimismo, en lo

establecido en la propia Ley General del Sistema Concursal, la que en su artículo 66.1 estipula que dicho instrumento es el negocio jurídico por el cual la Junta de Acreedores define los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del mismo, en función a las particularidades y características propias del concursado.

En esta sola referencia a la definición legal del Plan de Reestructuración, nos lleva a afirmar que la aplicación de lineamientos de gobierno corporativo, está dentro de los mecanismos para llevar a cabo una mejor reestructuración de la deudora.

Por otro lado, el artículo 66.2 de la norma concursal indica, entre otros aspectos, que el Plan de Reestructuración podrá detallar las acciones que se propone ejecutar la administración. Resulta muy evidente que los lineamientos de buen gobierno corporativo están dentro de las acciones que administración de la sociedad se propone realizar para lograr una eficiente reestructuración de esta última.

En virtud a lo desarrollado, sin que este sea un tema cerrado y posiblemente discutido, en nuestra opinión concluimos que es en el Plan de Reestructuración donde deben incluirse los lineamientos de gobierno corporativo de la sociedad en concurso.

3.2. De los beneficios que puede conllevar la aplicación de lineamientos gobierno corporativo en empresas en crisis

En los capítulos previos, hemos denotado que la implementación en la empresa concursada de lineamientos de buen gobierno corporativo dotaría de mayor valor a la sociedad en proceso de reestructuración patrimonial.

A fin de complementar ese análisis, a continuación, abordaremos la opinión de entendidos en materia de gobierno corporativo, cuyos trabajos se orientan a destacar los beneficios de toda índole que conlleva aplicar tales lineamientos.

Enrique Díaz Ortega (2015), en el marco del curso Gobierno Corporativo, dictado en la Universidad ESAN, a cuyos materiales hemos tenido acceso, refiere que la lógica del

análisis de dicha materia radica en el enfoque de identificación de riesgos que limiten la creación de valor a través de las prácticas de gobierno corporativo.

Así, Díaz (2015) menciona que la aplicación de lineamientos de gobierno corporativo en los ámbitos de (i) Derecho de los accionistas, (ii) tratamiento equitativo a los accionistas, (iii) la función de los grupos de interés, (iv) la comunicación y transparencia informativa y (v) las responsabilidades del Directorio y la Gerencia, conllevará a que las compañías serán mejor administradas, logrando objetivos relevantes que dotarán a la empresa de competitividad, tales como: a) Una sociedad con menos riesgo, b) Un mejor costo de financiamiento y mayor acceso al capital, c) Garantizar la sostenibilidad de la empresa, d) Más oportunidades de negocio y d) Lograr mejores resultados operativos.

Díaz (2015) complementa dicho análisis, enfocando los efectos de la aplicación de gobierno corporativo, según los frentes de la sociedad, sea el interno o el externo. En el primero de ellos, concluye que los efectos del buen gobierno corporativo son una mayor eficacia, más incentivos al cumplimiento de metas, estimula el desempeño y el liderazgo, mejora la administración de riesgos y el clima interno y estabiliza resultados. Por el lado del frente externo, Enrique Díaz refiere que se logra una mayor atracción para los negocios, pues se mejora el acceso al mercado de capitales y se amplía el mercado de productos. A su vez, se mejora la reputación, la transparencia y la responsabilidad social.

Conforme a lo señalado por Díaz, podemos sacar evidentes y valiosas conclusiones de cómo podría beneficiar la aplicación de lineamientos de gobierno corporativo a una empresa en reestructuración patrimonial, pues la posibilidad que la concursada tenga una mejor administración, menor riesgo, mejoras operativas y acceso al capital, hará que los grupos de interés concursales, léase, la Junta de Acreedores, los trabajadores, los proveedores y los inversionistas, vean a la deudora con mayor valor y consecuentemente, con mejor posibilidad de lograr el pago de las acreencias que es el objetivo de la Ley General del Sistema Concursal. Ello, sumado a que la empresa sea pasible de recibir inversiones y más capital de trabajo, otorgará a la reestructuración patrimonial de mejores posibilidades de éxito.

Por otro lado, Díaz (2015) hace una mención muy relevante que tiene relación directa con la realidad de una empresa en reestructuración patrimonial. En efecto, indica que el buen

gobierno corporativo sirve tanto en épocas de prosperidad, toda vez que cuando la economía y el mercado crecen, los resultados positivos tangibles del buen gobierno corporativo son evidentes; sin embargo, el buen gobierno corporativo, también ayuda a las empresas a capear las graves consecuencias de recesión económica con mayor equilibrio, lo que ha sido comprobado con los resultados de las conocidas crisis financieras globales.

Lo desarrollado por el autor en el párrafo anterior, redundará aún más en la idea de que los lineamientos de Buen Gobierno Corporativo coadyuvarían al objetivo de la norma concursal, pues sus efectos y beneficios también serán de utilidad para darle mayor valor a la empresa concursada, la que, como lo hemos desarrollado en el primer capítulo, precisamente, ingresa al sistema concursal dada una situación de crisis financiera que la conllevó a dejar de pagar a sus acreedores.

La Corporación Andina de Fomento (2010) en su trabajo Gobierno Corporativo: Lo que todo empresario debe saber, precisa conclusiones afines a lo desarrollado por Enrique Díaz. En efecto, dicha entidad señala que cuando una empresa denota un alto estándar de Gobierno Corporativo, es percibida como una empresa más confiable, y como tal accede a mejores condiciones en los mercados en los que se desenvuelve. Asimismo, concluye que una mejor conducción del Gobierno Corporativo por sí mismo implica que la empresa sea más sólida y competitiva. Ineludiblemente, estos son efectos positivos para una empresa sometida a un procedimiento de reestructuración patrimonial. (p. 6 y 9).

Morales Acosta (2007), cuando analizó el panorama del Gobierno Corporativo en el Perú, afirmó que la aplicación de principios de buen Gobierno Corporativo, es un elemento clave para aumentar la eficacia económica y potenciar el crecimiento de la empresa, así como para fomentar la confianza de los inversionistas, dado que abarca toda una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, sus accionistas y otras partes interesadas. (p. 380)

En suma, las referencias a la utilidad, beneficios y efectos positivos que conlleva a una sociedad aplicar lineamientos de buen Gobierno Corporativo, nos llevan a afirmar una vez más, que su aplicación a la realidad de una concursada en reestructuración patrimonial, generará valor a la sociedad, en beneficio de la Junta de Acreedores y los demás grupos de interés, en perfecta armonía con el objetivo de la Ley General del Sistema Concursal.

3.3. Fundamento de los lineamientos concursales de buen gobierno corporativo

Tomando como base la materia de los primeros capítulos de este trabajo, a continuación, ensayaremos elaborar lineamientos concursales de buen Gobierno Corporativo, con la finalidad de que las Juntas de Acreedores evalúen libremente la posibilidad de incluir algunas de ellas y dotar de mayor transparencia y valor a la empresa en el mercado, frente a los grupos de interés.

Estos lineamientos concursales de buen gobierno corporativo, los clasificaremos en seis temas.

El primero el relativo a la transparencia y acceso a la información, pues como hemos analizado en el capítulo 2, este tema resulta de mucha importancia para un eficiente procedimiento de reestructuración patrimonial, pues dotará a los acreedores y demás grupos de interés de mecanismos que permitan conocer de manera clara de qué manera se viene cumpliendo el Plan de Reestructuración Patrimonial.

El segundo lineamiento es el concerniente al ejercicio del derecho de voto de los acreedores en Junta, pues dotar de mecanismos adicionales a los establecidos en la Ley General del Sistema Concursal, para viabilizar el mejor ejercicio de dicho derecho, ineludiblemente redundará en beneficio de la reestructuración patrimonial.

El tercer lineamiento concursal de buen gobierno corporativo es el referido al trato igualitario de los acreedores, a fin de garantizar que éstos, independientemente de su origen y participación porcentual en la Junta, puedan ser tratados de manera similar al resto de acreedores, en sus pretensiones de acceder a información del concurso.

Tal como lo desarrollamos en el segundo capítulo, en el cuarto tema queremos destacar a los demás grupos de interés en la reestructuración patrimonial, además de los acreedores, por lo que el lineamiento en este extremo está orientado a que se establezcan mecanismos que permitan a los inversionistas, trabajadores y proveedores a acceder a información y participar en el proceso de una empresa que aún se mantiene funcionamiento en el mercado generando riqueza.

Asimismo, el quinto lineamiento está orientado a que se cumplan mejores condiciones para el desarrollo de la Junta de Acreedores, a fin que los acreedores tengan

mayor facilidad de asistir a la reunión y evaluar los temas de agenda, y consecuentemente ejercer mejor su derecho al voto.

Finalmente, el último lineamiento, contiene una serie de aspectos que la administración de la sociedad en reestructuración, liderada por el Directorio, puede implementar para generar transparencia, independencia y eficiencia en el uso y destino de la situación económica de los recursos y flujos de la sociedad.

3.4. Ensayo de lineamientos concursales de buen gobierno corporativo

Basándonos principalmente en lo desarrollado en el capítulo 2, cuando analizamos los principales lineamientos de gobierno corporativo de la OCDE y Conasev para sociedades y a los fundamentos indicados en el acápite precedente, a continuación, hemos hecho un ensayo, perfectible, por cierto, de lineamientos concursales de buen gobierno corporativo:

- **Lineamiento 1: De la transparencia y acceso a la información de la reestructuración**

En el Plan de Reestructuración Patrimonial se establecerán condiciones adicionales a las establecidas en la Ley General del Sistema Concursal, que coadyuven al acceso célere y la transparencia de la información sobre las acciones de la administración, con el objeto que los acreedores titulares de créditos reconocidos por el Indecopi y los demás grupos de interés, entre los que se encuentran los inversionistas, trabajadores y accionistas, estén lo suficientemente informados del curso de la reestructuración patrimonial. Asimismo, en el Plan de Reestructuración deberá contener mecanismos simples, a bajos costos, para lograr dicho objetivo debiendo existir una instancia determinada o un responsable expresamente designado para atender pedidos de información que pudieran formular las partes interesadas, particularmente los acreedores.

- **Lineamiento 2: Ejercicio del derecho de voto de los acreedores en Junta**

Sin perjuicio de las disposiciones de la Ley General del Sistema Concursal, en materia de votación de acuerdos en la Junta de Acreedores, en el Plan de Reestructuración podrán establecerse mecanismos adicionales que ayuden a los acreedores a ejercer más eficiente y

transparentemente sus derechos de voz y voto, contando con la información necesaria para la toma de decisiones.

- **Lineamiento 3: Del trato igualitario y equitativo de los acreedores**

Independientemente del origen de los créditos reconocidos y de la cuantía de los mismos, en el Plan de Reestructuración deberán incluirse mecanismos que garanticen que cualquier acreedor sea tratado por la administración de la empresa igual y equitativamente y, de esa manera, ejercer sus derechos de información y voto.

- **Lineamiento 4: De los otros grupos de interés en la reestructuración patrimonial**

El Plan de Reestructuración deberá contener mecanismos que permitan a los accionistas, inversionistas, trabajadores y proveedores, recabar información, formular ante la administración, pedidos de información o cuestionamientos de cualquier índole sobre temas que pudieran afectar la reestructuración patrimonial.

- **Lineamiento 5: De la Junta de Acreedores**

En el Plan de Reestructuración Patrimonial, se establecerán mecanismos que permitan que los puntos de agenda a tratarse en una Junta de Acreedores se presenten de manera tal que los acreedores puedan realizar el análisis por separado de los temas a tratarse. El lugar de celebración de una Junta de Acreedores se fijará con el objeto de facilitar la asistencia de todos acreedores. Los acreedores podrán delegar en un representante, el poder de participar y votar en la Junta de Acreedores.

- **Lineamiento 6: Del Directorio de una empresa en reestructuración patrimonial**

En el supuesto que la Junta de Acreedores opte por ratificar el mismo régimen de administración de la sociedad en reestructuración patrimonial, el Plan de Reestructuración podrá contemplar los siguientes lineamientos que regirán el Directorio de la empresa:

- Para la designación de los miembros del Directorio, la Junta de Acreedores debe tomar en cuenta que los directores designados cuenten con prestigio, y que no se

encuentren vinculados a la administración ni con los principales acreedores de la Junta.

- En el Plan de Reestructuración se deberán precisar claramente las funciones del Directorio, en materia de evaluación y aprobación de estrategias corporativas, planes y metas, la política de control y manejo de riesgos y los presupuestos.
- En el Plan de Reestructuración se deberá implementar un procedimiento claro y transparente mediante el cual Directorio determine, conforme a la realidad de la empresa y el mercado, la remuneración de los Gerentes, ejecutivos y demás personal de la sociedad.
- Es obligación del Directorio hacer seguimiento y control de conflictos de intereses entre la administración, los miembros del directorio y los acreedores, debiendo establecerse en el Plan de Reestructuración mecanismos simples para canalizar estas controversias.
- Es obligación del Directorio velar por la integridad de los sistemas de contabilidad y estados financieros de la empresa en reestructuración patrimonial.
- El Directorio tiene la obligación de supervisar la efectividad de las prácticas de gobierno, así como la política de información aprobadas por la Junta de Acreedores en el Plan de Reestructuración.
- En el Plan de Reestructuración se podrá facultar al Directorio a conformar órganos especiales dentro de la empresa que asuman la función de auditoría interna, control y planeamiento, con el objeto de velar por los intereses de la empresa y los acreedores.
- En el Plan de Reestructuración se podrá facultar al Directorio a decidir la contratación de servicios de asesoría especializada que requiera la sociedad para la toma de decisiones.
- En el Plan de Reestructuración se implementarán lineamientos destinados a que los nuevos directores designados por la Junta de Accionistas sean debidamente informados sobre la estructura organizativa de la sociedad.

- En el Plan de Reestructuración, con el objeto de evitar concentración de funciones y poderes se delimitarán claramente las funciones de los miembros del Directorio y el Gerente.
- En el Plan de Reestructuración se podrá facultar al Directorio a contratar la realización de peritajes financieros, contables, operativos, evaluación de proyectos, entre otros, a ser realizados por auditores independientes, a fin que todos los acreedores sean debidamente informados.
- En el Plan de Reestructuración se podrá facultar al Directorio a establecer criterios para dilucidar qué información de la sociedad puede ser confidencial y cuya divulgación podría afectar la posición competitiva de la empresa.
- En el Plan de Reestructuración se podrá facultar al Directorio a designar a un auditor interno independiente de la sociedad concursada y su administración que vele internamente por el correcto funcionamiento de la sociedad.

3.5. Conclusiones del capítulo:

- El mecanismo idóneo para la inclusión a la reestructuración patrimonial de lineamientos de Buen Gobierno Corporativo es que sean incorporados por la Junta en el Plan de Reestructuración Patrimonial, pues dicho instrumento concursal es el que regirá el procedimiento y resulta oponible a todas las partes.
- La aplicación de lineamientos de Buen Gobierno Corporativo en las sociedades, sobre todo a aquellas que estén pasando por crisis empresariales, la dota de mayor valor pues al alcanzar mayor transparencia, competitividad, menor riesgo y abaratamiento del acceso al capital, su valor se incrementa. Tal premisa, se alinea con el objetivo de la Ley General del Sistema Concursal.
- Los lineamientos concursales de Buen Gobierno Corporativo deben primordialmente, versar sobre (i) la transparencia y acceso a la información del proceso de reestructuración, (ii) el ejercicio del derecho de voto de los acreedores en Junta, (iii) el trato igualitario de los acreedores, (iv) los grupos de interés en la reestructuración patrimonial y (v) el Directorio y las medidas administración de la sociedad.

- Los lineamientos concursales de Buen Gobierno Corporativo planteados en este capítulo, tienen como principal objetivo dotar a los acreedores de una herramienta que les permita dotar de mayor valor a la sociedad, a fin de lograr la mejor y eficiente manera de recuperar sus acreencias.



CONCLUSIONES

En atención a las hipótesis planteadas en el inicio del presente trabajo, y a las conclusiones de cada uno de los capítulos, los siguientes son las conclusiones generales de la tesis:

- La Junta de Acreedores puede adoptar lineamientos de buen gobierno corporativo, a ser incluidos como políticas dentro del plan de reestructuración, dotando al patrimonio sometido a reestructuración patrimonial de mayor valor, en aras de conseguir más eficientemente el objetivo de la normativa concursal, que es la recuperación del crédito.
- Es posible elaborar lineamientos concursales de buen gobierno corporativo a ser aplicados a una realidad concursal de empresas en reestructuración patrimonial.
- Los lineamientos concursales de buen gobierno corporativo pueden ser promovidos por el Indecopi mediante una Directiva.



RECOMENDACIONES

A la luz de lo desarrollado en los 3 capítulos del presente trabajo, y con la finalidad de generar un marco jurídico en virtud del cual se otorgue a los acreedores, que han acordado reestructurar a su deudor, una herramienta que les permita dotar de mayor valor a la empresa y por tanto recuperar más eficientemente sus créditos, se recomienda que Indecopi, ente administrativo que tramita el procedimiento concursal, emita una Directiva que, respetando los alcances de la Ley General del Sistema Concursal y con un carácter orientativo, promueva a las Junta de Acreedores en concursos bajo reestructuración patrimonial a adoptar lineamientos de buen gobierno corporativo, con el propósito de coadyuvar a la consecución del objetivo de la norma concursal.

Si bien la inclusión de la facultad de incluir en los Planes de Reestructuración, lineamientos de buen gobierno corporativo pudiera ser materia de una modificación legislativa a la norma concursal, creemos que al ser el tema tratado en la Tesis uno que no ha sido abordado en la experiencia concursal peruana, su aplicación en los concursos puede ser mejor explicada y promovida mediante dicho instrumento legal. En efecto, mediante este no solo puede promoverse la aplicación de los lineamientos de buen gobierno corporativo al concurso, sino que también al haber en el trabajo desarrollado lineamientos concursales propios, la directiva dota de mayor espacio para su conocimiento que una sola modificación legal.

No nos oponemos, sin embargo, a que, con posterioridad, como estrategia legislativa, se incluya en la Ley no solo la consagración de la prerrogativa de la Junta de Acreedores de adoptar lineamientos de buen gobierno corporativo, sino también, la de incluir los lineamientos concursales desarrollados en el presente trabajo.

REFERENCIAS

- Baird G. Douglas. (2002). *Axiomas Concursales Aceptados*. Themis, 45, 7-24.
- Barclay, M. (2005). El Chapter 11 desde la perspectiva de la Ley General del Sistema Concursal. *Advocatus* 12, 309-318.
- Barona, B. (2010). *Historia del Gobierno Corporativo en el Mundo. Definición y objetivos del Gobierno Corporativo*. 1 de setiembre de 2016, Recuperado de Superintendencia de Sociedades de Colombia Sitio web:
[http://www.supersociedades.gov.co/inspeccion-vigilancia-y-control/gobierno-corporativo-y-rse/documentos/Documentos%20RSE/Historia%20del%20Gobierno%20Corporativo%20\(14\).pdf](http://www.supersociedades.gov.co/inspeccion-vigilancia-y-control/gobierno-corporativo-y-rse/documentos/Documentos%20RSE/Historia%20del%20Gobierno%20Corporativo%20(14).pdf)
- Barona, B. (2015). *Principios de la OECD. Genealogía, descripción y explicación*. Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Separata de Artículos de Interés-Gobierno Corporativo, Tomo I, 2.
- Benavides, J. (2010). Historia del Gobierno Corporativo en el Mundo. Definición y objetivos del Gobierno Corporativo. 1 de setiembre de 2016, Recuperado de Superintendencia de Sociedades de Colombia. sitio web:
[http://www.supersociedades.gov.co/inspeccion-vigilancia-y-control/gobierno-corporativo-y-rse/documentos/Documentos%20RSE/Historia%20del%20Gobierno%20Corporativo%20\(14\).pdf](http://www.supersociedades.gov.co/inspeccion-vigilancia-y-control/gobierno-corporativo-y-rse/documentos/Documentos%20RSE/Historia%20del%20Gobierno%20Corporativo%20(14).pdf)
- Bisbal, J. (1986). *La empresa en crisis y el derecho de quiebras*. Zaragoza, España: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2006). *Guía Legislativa sobre el Régimen de La Insolvencia*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Corporación Andina de Fomento (2010) *Gobierno Corporativo: Todo lo que un empresario debe saber*.
- Del Águila, P. (2003). Plan de Reestructuración: Aprobación, Ejecución e Incumplimiento. *Derecho y Sociedad*, 25, 307-320.
- Del Águila, P. (2013). Selección de Textos. En *Derecho Concursal* (2013, 1-867) Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díaz Ortega (2015). *Material del curso Gobierno Corporativo en la Universidad Esan*.

- Espina, A. (1999). *Crisis de empresas y sistema concursal*. Consejo Económico y Social, 47-88.
- Ezcurra, H. (2003). Sociedades Insolventes ¿Hasta dónde llegan las facultades del Estado para supervisar las decisiones de la Junta? Estudios de Derecho Societario, *Libro Homenaje a Enrique Elías Larosa*, 251-296.
- Indecopi (1993) *Plan de Reestructuración Patrimonial de Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S.A. – SAGA*, Expediente 027-93.
- Indecopi (1997) Resolución 055-97-TDC del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Expediente 070-95-CRE-CAL.
- Indecopi (1999) Plan de Reestructuración Patrimonial de Andina de Radiodifusión S.A. Expediente 113-2004/CCO-INDECOPI.
- Indecopi (2000) *Plan de Reestructuración Patrimonial de Pesquera Hayduk S.A.*, Expediente 111-1999/CSM-ODI-ULI.
- Indecopi (2002) *Plan de Reestructuración Patrimonial de Compañía Peruana de Radiodifusión S.A.*, Expediente 1150-2001/CRP-ODI-CAM.
- Indecopi (2006) Resolución 0707-2006/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal. Expediente 124-2001/CRP-ODI-CCPL.
- Morales, A. (2007). Panorama del Gobierno Corporativo en el Perú. Perú: *Revista Peruana de la Empresa* 64, 379-387.
- OCDE. (2004). *Principios de Gobierno Corporativo*. 2 de setiembre de 2016, de OCDE
Sitio web:
<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>
- Tonon, A. (1992). *El Derecho Concursal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones de Palma.

BIBLIOGRAFÍA

- Análisis de las funciones del Indecopi la luz de las decisiones de sus órganos legislativos* (2013). Procedimientos Concursales. Lima: Indecopi.
- Baird G., D. (2002) Axiomas Concursales Aceptados. Perú: *Themis*.
- Barona, B. (2003). *Principios de la OECD, Genealogía, descripción y explicación*. Colombia: Confecámaras.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2006). *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia*. Estados Unidos de América: ONU.
- Del Águila, P. (2003). Apuntes sobre el Dilema del Prisionero ¿Puede la teoría de juegos explicarnos acerca del sentido del Derecho Concursal?. Universidad de Lima *Advocatus* 8, 438-450.
- Del Águila, P (2005). *Plan de Reestructuración: Aprobación, Ejecución e Incumplimiento*. Lima: *Revista Derecho y Sociedad*, 25, Asociación Civil Derecho y Sociedad.
- Díaz. E. (2013). *Actualización de los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas*: Lima. Superintendencia de Mercado de Valores.
- Escorra, H. (2003) *Sociedades Insolventes ¿Hasta dónde llegan las facultades del Estado para revisar las decisiones de la Junta? ¿Cuál es el límite?* Perú: Estudios de Derecho Societario.
- Espina, A. (1999) *Crisis de empresas y sistema concursal*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- FONAFE (2006). Código Marco de Buen Gobierno Corporativo de Empresas del Estado. Lima: *El Peruano*.
- Giménez, I. (2003). *El Gobierno Corporativo, El Control de las Empresas y la Defensa de los Derechos de los Accionistas Minoritarios*. Estados Unidos de América: Corporate Governance.
- Gonzales, M. (2014). *Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades Peruanas, Contenido y Alcance*. Lima: Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales (*Procapitales*).
- Jurisprudencia concursal del Tribunal del Indecopi.

Morales, A. (2007). Panorama del Gobierno Corporativo en el Perú. Perú: *Revista Peruana de la Empresa*

Payet, A. (2003). Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de las Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías. Perú: *Themis*.

Tonón, A. (1992). *El Derecho Concursal*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

