

PROPUESTA PARA LOGRAR DISUASIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CONCURSAL

Introducción

Este artículo contiene una propuesta destinada a que se establezca, como política pública en materia concursal, a la luz de principios rectores de la Ley General del Sistema Concursal (Ley Concursal) y de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), los mecanismos que permitan a los órganos resolutivos concursales del Indecopi, lograr que las sanciones impuestas previstas en la Ley Concursal, tengan mayor impacto en el Sistema Concursal con el finalidad de disuadir a los infractores a que es más beneficioso y menos costoso cumplir con la Ley, a ser sancionados por la autoridad concursal ante un incumplimiento.

Recientemente, con fecha 26 de febrero de 2021, fue difundido en el diario oficial El Peruano, el Decreto Supremo N°032-2021/PCM, que aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia. De esa manera, se establece de manera normativa los criterios de graduación de las sanciones pecuniarias a ser impuestas por los órganos resolutivos de dicha entidad, que en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores tienen competencia para imponer multas por infracciones a las diversas normativas que regulan las funciones del Indecopi, tales como en protección al consumidor, barreras burocráticas, competencia desleal, derecho concursal, entre otras.

Sin embargo, si bien el mencionado decreto alude que también se establecen criterios para la graduación de sanciones pecuniarias en materia concursal, de la revisión de la norma no se aprecia ningún tipo de parámetro o criterio aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores concursales. Como consecuencia de ello, el análisis que se efectúa en el presente artículo, no abarca

ningún aspecto del Decreto en mención, centrándose en formular una propuesta para lograr que las sanciones pecuniarias tengan un mayor efecto disuasivo en el marco del Sistema Concursal.

Problemática

Uno de los problemas que ha conllevado a que las sanciones impuestas a los infractores concursales, en la práctica, no sean efectivamente disuasivas, es que el trabajo de los órganos instructores y sancionadores concursales no ha podido estar orientado a lograr un impacto general en el Sistema Concursal. Ello, en la medida que tales órganos están enfocados en resolver los casos muy concretos, y específicos en el marco de procedimientos concursales distintos unos de los otros.

Así, se plasma el defecto del sistema sancionador concursal cuando en los casos concretos el agente del concurso infractor sabe que podrá ser sancionado, ya sea porque puede ser detectado de oficio o por haber sido denunciado por un tercero o acreedor, sin embargo, decide incumplir dolosamente la Ley o deja de cumplirla negligentemente incurriendo en la conducta ilegal, pues en la práctica sabe que los beneficios económicos que le conllevará infringir la normativa concursal le generará beneficios que no podrán ser superados por pagar una multa impuesta.

Del principio de razonabilidad de la LPAG en el ámbito concursal sancionador

Hablemos del principio de razonabilidad de la LPAG, pues este es una de las garantías que deben observar los órganos resolutivos sancionadores del Estado. Según dicho principio “Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción”. Por tal motivo, la presente propuesta se orienta a analizar los elementos que permitan que el sistema de fiscalización concursal logre que las sanciones administrativas disuadan efectivamente a los agentes del concurso a cumplir con la norma.

El principio de razonabilidad de la LPAG, a su vez engloba dos principios administrativos. En primer lugar el principio de disuasión, según el cual la sanción debe ser tal que no resulte más beneficioso para el infractor pagar la multa e incumplir la normativa que hacer todos los esfuerzos para no cometer la infracción. Por otro lado, se encuentra el principio de proporcionalidad, que sugiere realizar un análisis de la infracción a fin de determinar la sanción.

De la identificación de las conductas infractoras más graves a la luz del objetivo y de la finalidad de la Ley Concursal

Para lograr la meta de definir la aplicación de los principios del derecho administrativo al ámbito concursal sancionador, debe determinarse qué conductas tipificadas en la norma concursal son más lesivas al sistema concursal, a la masa concursal y al interés colectivo de los acreedores, pudiendo por tanto unas ser más graves que otras.

Para la identificación de qué conductas que, tipificadas expresamente como infracción administrativa concursal, son más graves que otras, consideramos que debe partirse de los criterios que están establecidos en los dos principios más relevantes de la propia normativa, el objetivo y la finalidad de la Ley Concursal.

En efecto, la norma concursal tiene como objetivo que los acreedores logren la recuperación de sus créditos, y para ello, sea en el marco de un procedimiento de reestructuración patrimonial o en uno de disolución y liquidación, cualquier conducta que afecte directamente el patrimonio, los activos de la masa concursal o la efectiva cancelación de las acreencias debe ser considerado como muy grave.

Asimismo, la norma concursal tiene como finalidad que los acreedores en Junta, adopten las decisiones más relevantes, en el marco de una reestructuración patrimonial o una disolución y liquidación para precisamente lograr la recuperación de sus acreencias. En virtud a ello, cualquier conducta que entorpezca, limite, o

impida que los acreedores se reúnan válidamente en Junta, también deberá ser considerada como muy grave.

Por lo tanto, el objetivo de la Ley Concursal apunta a la protección del crédito, o sea, del interés del acreedor en recuperar sus acreencias, mientras que la finalidad de la norma concursal es que los acreedores en Junta puedan adoptar las decisiones más eficientes para lograr, precisamente, la recuperación de sus créditos.

Ello, apunta a que, independientemente de la denuncia, investigación particular o procedimiento sancionador iniciado, los órganos resolutivos deberían tomar en cuenta, como criterio agravante en la graduación, que una conducta es más lesiva que otra en la medida que afecta más tanto al objetivo como a la finalidad de la Ley Concursal, y como consecuencia de ello al interés colectivo y a la masa de acreedores.

Con ello, se puede dar a cada procedimiento sancionador particular, una visión más general del concurso, concordando ello también con los principios de universalidad y colectividad previstos en la Ley Concursal. Así, el enfoque resolutivo no se limita a determinar la existencia de la infracción concreta sino que apunta a constatar la afectación a la posibilidad de recuperación de las acreencias o a las decisiones de los acreedores en Junta.

De esa manera, podemos colegir que si una de las conductas tipificadas en la Ley Concursal afecta directamente su objetivo y finalidad, deberían ser catalogadas como conductas muy graves.

Por otro lado, existen conductas ilícitas que la norma concursal ha previsto como lesivas al sistema que, sin embargo, no afectan de manera directa al objetivo o a la finalidad de la norma concursal, mas deben ser igualmente sancionadas, por lo que en tal caso se considera tal conducta como grave.

Finalmente, no se advierte de la normativa concursal ninguna conducta que pueda ameritar la condición de leve, pues de manera directa o indirecta todas las acciones u omisiones tipificadas como infracciones administrativas contempladas en la Ley, vulneran los intereses generales de los acreedores y al colectivo de la masa concursal.

De la graduación de las sanciones a imponerse

Las sanciones pecuniarias comprendidas en la Ley Concursal a ser impuestas por los órganos resolutores, deben ser graduadas conforme a criterios legales establecidos en la LPAG y en la propia norma concursal. Por ello, la propuesta de que las conductas infractoras concursales sean calificadas de graves o muy graves, debe enmarcarse en alguno de tales criterios.

En la LPAG para la determinación de la cuantía de una sanción pecuniaria el órgano resolutorio debe tomar en cuenta criterios de graduación establecidos en dicha norma tales como (i) la gravedad del daño causado a la sociedad, (ii) el perjuicio económico, (iii) la repetición de la infracción, (iv) las circunstancias de la comisión de la infracción, (v) el beneficio ilícito y (vi) la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Tales criterios de graduación, han sido recogidos y subsumidos por la Ley Concursal, según la cual las sanciones pecuniarias que el órgano resolutorio imponga a un infractor concursal se gradúan en función a los siguientes criterios:

- 1) Intencionalidad
- 2) Perjuicio causado
- 3) Reincidencia
- 4) Circunstancias atenuantes y agravantes en la comisión de la infracción.

En tal sentido, dado que aplicación del principio de razonabilidad contemplado en la LPAG, las sanciones a ser impuestas deben tener como efecto que el infractor perciba que pagar la multa es más costoso que incurrir en la conducta administrativa, el nivel de lesividad propuesto debe conllevar a que la Comisión considere como una circunstancia agravante (cuarto criterio) de la comisión de la conducta si esta afecta de manera directa al objetivo y a la finalidad de la Ley Concursal y por ende a la masa concursal.

Conclusión

A fin de lograr que las sanciones a las infracciones tipificadas en la Ley Concursal logren enmarcarse en el principio de razonabilidad contemplado en el LPAG, y en consecuencia sean disuasivas antes que beneficiosas a los infractores, deberían ser catalogadas sea a través de una directiva del Indecopi, una norma del poder ejecutivo o legislativo o incluso a nivel normativo por la propia Comisión de Procedimientos Concursales como graves y muy graves en base al grado de afectación al objetivo y a la finalidad de la norma concursal.