

## **Reflexiones sobre el actual diseño del trámite pre-concursal relativo al pedido de inicio de concurso por parte de acreedor**

### ***Introducción***

Si repasamos el objetivo como la finalidad del procedimiento concursal, contemplados en los artículos I y II del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal<sup>1</sup> (en adelante, la Ley), respectivamente, podemos llegar a la conclusión que el concurso es una herramienta válida para que los acreedores satisfagan de manera *colectiva* en Junta, la recuperación de sus créditos mediante acuerdos de reestructuración o liquidación, y así afrontar las consecuencias de una situación de insolvencia patrimonial o de cesación de pagos de su deudor.

En consecuencia, podemos afirmar que un procedimiento concursal no se enfrenta una situación particular de un acreedor, sino que afronta a un cúmulo de intereses crediticios de manera colectiva, pues el deudor ha afectado a todos los titulares de la masa concursal, concepto que intrínsecamente alude a colectividad.

Así, el Artículo V del Título preliminar de la Ley, precisa que por el principio de Colectividad, los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor.

El mencionado principio se sustenta también en los efectos patrimoniales y económicos producidos por la difusión del concurso sobre los activos del deudor (bienes que servirán para implementar una reestructuración o que serán materia de una liquidación extrajudicial) como sobre los pasivos (acreencias adeudadas a titulares de diversas naturalezas, tales como trabajadores, proveedores, entidades bancarias, recaudadoras de impuestos y aportes previsionales, entre otros).

---

<sup>1</sup> **Ley General del Sistema Concursal, Título Preliminar**

Artículo I.- Objetivo de la Ley: El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor.

Artículo II.- Finalidad de los procedimientos concursales: Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, 54 que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.

Sin embargo, existe una excepción a esa visión colectiva del concurso, en la que fluyen intereses particulares de recuperación de créditos y la situación de crisis patrimonial del deudor, y es precisamente la etapa de declaratoria de concurso iniciada por un acreedor, denominada también etapa pre-concursal.

La etapa pre-concursal es aquella en la que el Indecopi, mediante una Comisión de Procedimientos Concursales, determina, en base a las reglas establecidas en la Ley, si un deudor debe ser declarado en concurso, sea porque el propio deudor lo solicita o porque lo pide un acreedor. En este trabajo, vamos a enfocarnos en el segundo supuesto.

Hemos evidenciado casos en los que la etapa pre-concursal iniciada por un acreedor, ha servido para que este intente lograr la recuperación de sus acreencias usando de mala fe esta herramienta como si se tratara de un mero mecanismo de cobranza, ante la ineficacia de las herramientas que el marco contractual pactado o la legislación le provee para recuperar sus créditos.

Así, se genera el riesgo que deudores que no se encuentran en insolvencia patrimonial ni situación de cesación de pagos, sean declarados en concurso, lo que conlleva a un potencial y enorme daño patrimonial, reputacional, financiero, laboral, tributario y operativo para una empresa.

En este trabajo vamos a exponer un caso, sin mencionar obviamente a las partes, en el que se evidencia el uso de mala fe y con abuso de derecho por parte del acreedor, lo que consecuentemente nos va a servir para formular reflexiones que conlleven a una propuesta de modificación de la Ley en este punto.

### ***Precisiones sobre la desventaja para el deudor en la etapa pre concursal en las solicitudes de inicio de concurso a pedido de acreedor***

En la etapa de inicio de concurso por parte de un acreedor, este presenta ante la Comisión, adjunto a su solicitud, la documentación sustentatoria de la existencia, origen, titularidad, cuantía, legitimidad, y exigibilidad de sus acreencias frente al deudor, para lo cual pide a la autoridad concursal que declare el concurso de este

último, por adeudarle créditos superiores a las 50 Unidades Impositivas Tributarias, que aproximadamente supera los 225 mil soles.

Seguido a ello, tal como está diseñada la Ley, la Comisión únicamente con la información proporcionada por el acreedor, y sin poner en conocimiento alguno al deudor la solicitud de su concurso ni las presuntas acreencias invocadas ni, debe emitir una resolución denominada de emplazamiento, por la que la autoridad concursal verifica (repetimos, sin haber recabado la posición del deudor) tales acreencias, haciendo una suerte de adelanto de opinión, en base a la documentación aportada únicamente por el solicitante, y determina que el deudor debe pronunciarse sobre tales créditos, conforme al artículo 28.1 de la Ley, el cual puede optar por las siguientes alternativas:

- a) Pagar el íntegro de los créditos objeto del emplazamiento.
- b) Ofrecer al deudor pagar el íntegro de los créditos objeto del emplazamiento.
- c) Oponerse a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos objeto del emplazamiento.
- d) Allanarse a la solicitud.

Como puede observarse, el deudor debe enfrentarse a la resolución de emplazamiento que ineludiblemente lo pone en escenario en desventaja procesal y le genera presión, pues no podrá apelarla o reconsiderarla sino que, en el corto plazo de 10 días hábiles, deberá elegir alguna de las opciones antes mencionadas.

Es decir, debe enfrentarse a la posibilidad de ser declarado en concurso y afrontar consecuencias nefastas para su economía, organización y estabilidad. Recordemos, que una eventual declaratoria de concurso, además del estigma de dudas y riesgos que se impregna en el deudor, los acreedores pueden despojarlo de su administración, aun decidiendo su reestructuración, siendo que en un escenario liquidatorio, ineludiblemente, además de perder el control de la empresa, esta será vendida ya sea por partes (liquidación tradicional) o como un todo (liquidación en marcha).

En un escenario en el que el deudor tiene en claro que adeuda las obligaciones y tiene la solvencia para pagarlas puede optar por las alternativas indicadas en los literales a)

y b), mientras que si carece de solvencia y está dispuesto a ser llevado a concurso sin que le importen las consecuencias<sup>2</sup>, optará por la alternativa d).

Sin embargo, las alternativas, a), b) y d) podrían sin ningún problema ser ejercidas por el deudor, en caso que la Comisión le ponga en conocimiento la solicitud de declaratoria de concurso, sin que medie la emisión de una resolución de emplazamiento por parte de la Comisión. Esto devela que no solo es innecesaria dicha resolución, en estos supuestos, sino que es irrelevante a la luz de la pretensión del acreedor como del deudor.

Es decir, si bien la norma está diseñada para que la Comisión de manera obligatoria emita la resolución de emplazamiento, las opciones a), b) y d), podrían ser ejercidas por el deudor, sin vulnerar el debido proceso y la legítima defensa, si no se emitiera ese acto.

Un diseño legal concursal que sí respeta esos principios, ocurre en el marco de las solicitudes de reconocimiento de créditos, en las cuales la Ley exige a la Comisión poner en conocimiento del deudor la solicitud del acreedor, para que el primero ejerza su derecho de defensa, en el marco del cual puede declarar estar conforme con los créditos para que proceda su reconocimiento. Luego de ello, la Comisión emitirá su respectiva resolución dilucidando quién tiene la razón en este caso, osea, reconociendo o desestimando los créditos.

Sin embargo, el caso que nos ocupa, se centra en el supuesto c) en el cual el deudor tiene muy en claro que le corresponde oponerse a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos objeto del emplazamiento, por cuanto existen razones suficientes para afirmar que no adeuda tales acreencias o si adeudándolas no superan el umbral de 50 UITs establecido en la Ley.

Tal como lo dijimos líneas arriba, en este supuesto, podemos apreciar muy claramente la posición de desventaja del deudor, quien deberá remar contra corriente y cuestionar la propia resolución del Indecopi, quien ha hecho una labor previa de verificación de las acreencias (adelanto de opinión), sin tomar en cuenta la posición del deudor.

---

<sup>2</sup> Muy seguramente, como ha sucedido en muchos casos, las empresas que se allanan, han perdido totalmente el control para adoptar acciones para recuperarse por sí misma en el mercado, estando en una situación de crisis patrimonial, reflejada por cesión generalizada de pagos, o por insolvencia patrimonial.

Va a resultar inequívoco que Indecopi si tiene por delante un cuestionamiento a su trabajo, tenderá a hacer lo posible por evitar que quede desvirtuado, pues podría generarse una eventual responsabilidad administrativa en los miembros de la Comisión al emitir la resolución de emplazamiento. Esta es otra innecesaria desventaja que se presenta contra el deudor, quien como hemos señalado, tendrá la presión de ser declarado en concurso, y deberá incurrir en gastos para evitarlo.

La pregunta que nos formulamos es ¿este diseño normativo, además de generar un desbalance procedimental en desventaja del deudor, no atenta también contra el debido procedimiento, la economía procesal y la legítima defensa?

Creemos que es posible responder que sí, en la medida que sin haber tomado en cuenta su posición el deudor tiene por delante un acto administrativo que vulnera sus intereses, pues no solo determina la existencia y cuantía de créditos en su contra sino que expone al deudor a una posible declaratoria de concurso.

¿Por qué la Ley no estipuló, en concordancia con los principios del debido procedimiento, que la solicitud de inicio de concurso sea materia de traslado al deudor de manera previa a emitir una resolución para que ejerza su derecho de defensa, en lugar de generar un acto administrativo y un adelanto de opinión de la autoridad concursal, sobre los créditos y condicionar al deudor?

Defensores del actual diseño pudieran indicar que no existe vulneración alguna, pues una eventual declaratoria de concurso, puede ser apelada por el deudor. Sin embargo, creemos que esta es una situación muy delicada de evidente desventaja procesal, pues el deudor deberá incurrir en gastos para evitar ser declarado en una situación de concurso que pudiera destruir su reputación, el valor de la sociedad y su actividad empresarial.

***Caso que demuestra el mal diseño de la Ley que obliga a la Comisión emitir la resolución de emplazamiento ante un pedido de inicio de concurso por parte de acreedor: Uso abusivo y de mala del sistema concursal como método coercitivo de cobranza***

- Y es una empresa constructora totalmente solvente, tiene un excelente récord crediticio y mantiene una cantidad importante de trabajadores en planilla con beneficios sociales y previsionales oportunamente pagados, sin deudas vencidas de índole bancario, tributario y/o previsional.
- X es una empresa contratista con dificultades económicas, con procesos judiciales y arbitrales en su contra por incumplimiento de contratos, con muchas deudas laborales, tributarias y bancarias.
- Entre ambas existe una relación contractual: Y contrató a X para que realice servicios de implementación de redes de agua y de desagüe en una de las obras implementadas por Y. Sin embargo, a lo largo de la relación generaron retrasos, malas ejecuciones e incumplimientos de X, que generaron que Y incurra en gastos y sobrecostos, conceptos que conforme a lo pactado en el contrato debían ser compensados con cualquier factura de X por sus trabajos, ante lo cual los saldos de una u otra parte, debía operar en una liquidación final de obra.
- X, por sus trabajos, generó facturas a cargo de Y, sin embargo, conocía perfectamente lo pactado, en el sentido que tales facturas debían ser materia de compensación con los conceptos adeudados a Y. En efecto, el propio contrato, contempló que las deudas se compensaban y que hubieran discrepancias, las disputas debían someterse a arbitraje.
- A pesar de lo pactado, X pide el concurso de Y, usando el sistema concursal, para presionarla y coaccionarla de mala fe a pagarle las facturas que superan las 50 UITs a pesar que los créditos incorporados en esas facturas son inexistentes e inexigibles pues están totalmente compensados con obligaciones que tiene frente a Y.
- X convence a la Comisión de Procedimientos Concursales que tales facturas son exigibles y que los créditos son existentes, sin informar que estaban compensadas que conforme a lo pactado y que debían ser materia de una liquidación final de obra.

- La Comisión de Procedimientos Concursales emite una resolución de emplazamiento, por los créditos incorporados en las facturas frente a Y, otorgándole a ésta el plazo legal (10 días hábiles) para que decida ejercer alguna de las opciones establecidas en el citado artículo 28 de la Ley.
- Y ejerce la alternativa c) y se opone a las acreencias emplazadas, alegando que, conforme lo pactado en el contrato de obra celebrado entre las partes, la existencia y exigibilidad de las facturas debían ser desestimadas por la Comisión pues en el contrato se estipula que cualquier saldo a favor de las partes, debe ser materia de compensación y de una liquidación final de obra, estando facultada Y para deducir de las acreencias de X, conceptos tales como penalidades, retrasos, incumplimientos, contemplados en el contrato. Y, acredita que, luego de efectuar todos los descuentos a X, tiene un saldo a su favor, por lo que no debieron ser reconocidas esas acreencias, pues han sido compensadas y extinguidas.
- La Comisión desestima la oposición de Y defendiendo, con un criterio erróneo, su resolución de emplazamiento, para lo cual termina declarando su concurso. La Comisión utiliza un pobre criterio, pues su análisis estaba sesgado en exigir a Y que pruebe que las acreencias habían sido pagadas o canceladas, cuando el marco contractual contempló la compensación de las obligaciones entre las partes en una liquidación final de obra que aún no había sido generada.
- Contradictoriamente a su decisión sobre la oposición, la Comisión también dispone que se realice una investigación por todos los medios de la presunta presentación de información falsa por parte de Y, pues habría omitido presentar ante la autoridad información relevante para la resolución del caso, tales como la aceptación del deudor de la compensación de obligaciones,
- Y se ha visto obligada a contratar abogados e incurrir en gastos para formular una apelación ante la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Indecopi (en adelante, Sala Concursal).
- La Sala Concursal resuelve declarando fundada la apelación, desestimando la solicitud de X, pues se verificó que conforme a lo pactado, los créditos alegados por X frente a Y, efectivamente habían sido compensados y quedaron extintos.
- La Comisión, ante la propuesta de la Secretaría Técnica de Fiscalización Concursal en un procedimiento administrativo sancionador iniciado contra X,

concluye que ésta presentó información falsa, lo que también desvirtúa los créditos y la declaratoria de concurso.

### ***Reflexiones y propuesta de eliminación del artículo 27 de Ley***

El artículo 27.1 de la Ley estipula lo siguiente sobre la figura del emplazamiento:

*"27.1 Verificada la existencia de los créditos invocados, la Comisión requerirá al emplazado para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de haber sido notificado, se apersona al procedimiento optando por alguna de las alternativas previstas en el numeral 28.1 del Artículo 28."*

1. Innecesario acto de emplazamiento ante los supuestos a), b) y d) del artículo 28.1 de la Ley

En atención a lo sostenido líneas arriba, se ha evidenciado que el actual diseño de la Ley, linda con lo ineficiente desde el punto de vista de la celeridad y economía procesal cuando el deudor decide optar por pagar las obligaciones, proponer una fórmula de pago y por allanarse, toda vez que en esos casos no es necesario que la Comisión emita una resolución de emplazamiento, cuando no hay controversias entre las partes sobre los créditos.

Es decir, en tales supuestos, la Comisión pudiera sin ningún tipo de vulneración a los principios del debido procedimiento y legítima defensa, poner en conocimiento del deudor la solicitud del acreedor, y ante ello, la autoridad concursal verificar lo que alegue el deudor, para luego determinar en un solo acto resolutivo debidamente sustentado si procede o no declarar el concurso.

Recordemos que en los mencionados supuestos, el deudor ha reconocido por sí mismo las acreencias invocadas por el acreedor, por lo que ello suma a la tesis de la no necesidad del emplazamiento.

2. Acto de emplazamiento en el supuesto c) del artículo 28.1 de la Ley vulnera los principios de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Recordemos que por la opción c), el deudor discrepa con el origen, existencia, cuantía, legitimidad y exigibilidad de las acreencias invocadas por el acreedor, por lo que ejerce su derecho a oponerse a tales elementos del crédito.

Hemos evidenciado de lo expuesto en párrafos precedentes, que por el emplazamiento en ese supuesto, la Comisión, sin recabar posición alguna del deudor, verifica con la sola versión del acreedor, las acreencias y mediante un acto administrativo las reconoce expresamente, lo que genera, no solo una inequívoca violación al derecho de defensa del deudor sino también a un desequilibrio procesal en contra de sus intereses por cuanto, tiene que lidiar no solo contra los intereses del acreedor, sino también contra los intereses del Indecopi, quien estará indudablemente parcializado con su propio acto, y en atención a la responsabilidad administrativa de los funcionarios de la Comisión de Procedimientos Concursales, no analizará independientemente la oposición que formulará el deudor.

En atención a lo anterior, no solo resulta, evidente la innecesaria existencia del emplazamiento, sino que en el caso de oposición del deudor, tal acto deviene en ilegal y atentatorio contra los intereses de una de las partes.

3. Sobre el caso expuesto: el emplazamiento de la Comisión fue atentatorio contra los derechos e intereses del deudor (Y) que se opuso a los créditos invocados por el acreedor (X)

Sin perjuicio de las conclusiones arribadas en los literales 1 y 2, hemos colegido de la nula necesidad de la figura del emplazamiento así como de su ilegalidad, en todos los supuestos del artículo 28 de la Ley, del caso que hemos expuesto, se corroboran nuestros comentarios.

En efecto, tal como sucedió en el caso expuesto, X había omitido informar a la Comisión data relevante sobre los créditos, que comprometía de manera absoluta la existencia y cuantía de los mismos, en la medida que habían

quedado extintos por un mecanismo de compensación estipulado en el contrato de obra celebrado entre las partes.

Así, X de mala fe, con la única finalidad de coaccionar a Y, utilizó el mecanismo concursal con una pretensión falsa, que dio lugar a un emplazamiento de la Comisión y a una declaratoria de concurso, totalmente nula.

A ello se suma la responsabilidad de X en incurrir en infracción por información falsa a la Comisión<sup>3</sup>, lo que generó su responsabilidad administrativa y la imposición de una multa, en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

Si no existiese la obligatoriedad del emplazamiento, tal como ocurre en los procedimientos de reconocimiento de créditos, la Comisión habría conocido de antemano la posición de Y, habría tenido un panorama más claro y menos parcializado de la situación de los créditos, sin embargo, adelantó opinión y se creó la convicción sobre la existencia de los créditos, generando una presión en contra de Y, en un terreno procesal adverso a sus derechos e intereses.

## **Conclusiones**

1. La resolución de emplazamiento contemplada en el artículo 27.1 de la Ley General del Sistema Concursal, es un acto innecesario que vulnera el principio de economía procesal en los supuestos en el que el deudor opte por pagar las obligaciones invocadas, ofrezca pagarlas o se allane a la solicitud de declaratoria de concurso.

---

<sup>3</sup> El artículo 125.1, literal a) de la Ley establece que la Comisión está facultada para imponer sanciones cuando se incurra en las conductas tipificadas en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807, las cuales serán sancionadas con multas no menores de una (1) ni mayores de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias.

El artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 dispone que quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 (cincuenta) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

2. La resolución de emplazamiento contemplada en el artículo 27.1 de la Ley General del Sistema Concursal, es un acto que vulnera los principios de la legítima defensa y el debido procedimiento en el supuesto en el que el deudor opte por oponerse a la solicitud de declaratoria de concurso.
3. La resolución de emplazamiento contemplada en el artículo 27.1 de la Ley General del Sistema Concursal, es un acto que genera un terreno procesal adverso a los intereses del deudor, quien no solo deberá enfrentarse a la solicitud de declaratoria de concurso sino que también deberá desvirtuar el mencionado acto administrativo.
4. El artículo 27.1 de la Ley General del Sistema Concursal debería ser modificado, eliminando la figura del emplazamiento y en su lugar, debiera generarse la obligación de la Comisión de Procedimientos Concursales de correr traslado al deudor de la solicitud de declaratoria de concurso para que ejerza su derecho de defensa.