

## **Apuntes sobre la incidencia del procedimiento sancionador en el procedimiento concursal**

### **Introducción**

El procedimiento concursal es una herramienta concedida a los privados por la Ley General del Sistema Concursal (en lo sucesivo, la Ley) para que acreedores y deudores logren, en base a la libre autonomía de la voluntad y sin ninguna capacidad decisoria del Estado, acuerdos de reestructuración y liquidación de activos empresariales, así como refinanciamientos de obligaciones, a través de Juntas de Acreedores, con el objeto de procurar una ordenada recuperación de los créditos.

Sin embargo, veremos que insertado en la Ley está regulado el procedimiento administrativo sancionador, cuya naturaleza es absolutamente distinta al procedimiento concursal en sí mismo, por lo que haremos unos breves apuntes a la incidencia del poder punitivo del Estado en el ámbito concursal.

### **De la dicotomía entre el interés público y el interés privado en el procedimiento concursal**

Tal como están diseñados los procedimientos concursales en el Perú, estos tienen naturaleza de derecho administrativo, y son tramitados por la entidad pública Indecopi, la que a su vez ejerce competencia en el marco de la Ley por la Comisión de Procedimientos Concuriales del Indecopi competente.

Así, el procedimiento concursal peruano es uno de índole administrativa, y por tanto se rige bajo los principios administrativos contenidos en el Artículo IV del Título preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en lo sucesivo, la LPAG), tales como los principios de legalidad, debido procedimiento, informalismo, celeridad entre otros.

Consecuentemente, tales principios deben ser respetados por parte del Estado, representado por la Comisión de Procedimientos Concursales competente del Indecopi (en lo sucesivo, la Comisión), en la tramitación del procedimiento concursal, en respeto a los derechos de los deudores, acreedores u otros agentes de los concursos, tales como las entidades administradoras y/o liquidadoras de patrimonios sometidos a los procedimientos concursales.

Bajo ese breve análisis, podríamos tener la idea de una Comisión concursal del Indecopi, en tanto autoridad administrativa podría manejar los destinos del procedimiento concursal, pues tiene el poder para emitir actos administrativos y resoluciones que determinen los alcances de derechos de los administrados partícipes del procedimiento concursal.

Podría no ser posible negar lo anterior, en la medida que una correcta actuación del Indecopi es fundamental para el éxito de un procedimiento concursal, sin embargo, la Ley considera al Estado en el Sistema Concursal como un actor que debe actuar de manera residual solo ante una posible inactividad de los acreedores en la toma de decisiones.

En efecto, la Ley otorga a los acreedores la capacidad de tomar decisiones respecto al destino patrimonial del deudor concursado, con la finalidad que en las Juntas de Acreedores se adopten acuerdos vinculantes a todos los administrados en el concurso, tales como la aprobación de un acuerdo de reestructuración patrimonial o de liquidación extrajudicial con sus consecuentes instrumentos concursales, es decir Plan de Reestructuración o Convenio de Liquidación.

En suma, en este contexto legal prima el interés no público, pues son los privados (pueden estar en este grupo entidades del Estado pero actúan como acreedores interesados con la finalidad de recuperar sus acreencias no ejerciendo ningún *ius imperium* ni competencia como entes estatales) quienes en base a su libre

autonomía deciden el destino de un procedimiento concursal, debiendo el Indecopi respetar ello dando prioridad al interés de los particulares pues a eso apuntan tanto el objetivo como la finalidad de la Ley.

### **De la incidencia del procedimiento administrativo sancionador en el procedimiento concursal**

En el espacio anterior, habíamos analizado el interés que prima en el procedimiento concursal, es decir el privado en la toma de decisiones, siendo que el interés público del Estado se circunscribe a velar por el cumplimiento de los principios de la LPAG y orientar sus esfuerzos a que se respeten los principios rectores de la propia Ley.

Sin embargo, ante el procedimiento administrativo sancionador en el ámbito concursal, estamos ante uno en el que ineludiblemente prima el interés público del Estado pues se traduce en el ejercicio del poder de fiscalización y de sanción de actos que están tipificados en la Ley como infracciones administrativas.

El ejercicio del *ius Imperium* por parte de una Comisión concursal del Indecopi en la imposición de sanciones administrativas a los infractores de un acto tipificado como infracción, tiene orden absolutamente público, en la medida que se desprende del ejercicio de una potestad punitiva del Estado otorgada por la Ley.

¿Cómo entender la primacía del interés público del Estado en un procedimiento administrativo sancionador en el ámbito concursal, cuando en este último prima siempre el interés privado, y el Indecopi actúa residualmente como un ente pasivo?

Para responder esta pregunta debemos ir al título preliminar de la Ley, y enfocarnos tanto en el objetivo como en la finalidad de dicha norma.

En efecto, la norma concursal tiene como objetivo que los acreedores logren la recuperación de sus créditos, conforme a las reglas pactadas por la Junta en un

Plan de Reestructuración o Convenio de Liquidación, en el marco de un procedimiento de reestructuración patrimonial o en uno de disolución y liquidación, respectivamente.

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 el objetivo que es la recuperación de sus acreencias.

Consecuentemente, entendemos que el Estado ejercerá su potestad sancionadora en el ámbito concursal siempre orientando su labor a desincentivar las conductas que la Ley estipula como lesivas precisamente a su objetivo y finalidad, mediante la sanción de las mismas.

No tendría sentido que exista una potestad sancionadora en el Sistema Concursal a favor del Estado, si este actuara encapsulado en tal poder punitivo y en velar por el interés público, sino no fuera que se generen incentivos a los partícipes del procedimiento concursal a no incurrir en tales conductas. Por tanto, el Estado deberá velar por el interés privado de los acreedores, mediante el ejercicio de su potestad sancionadora de derecho público.

Cuando fue creado el Sistema Concursal peruano moderno, en el año 1992, mediante la Ley de Reestructuración Empresarial, dicha normativa no le concedió al Indecopi potestad alguna para sancionar conductas lesivas a la realización de las Juntas y a la recuperación de los créditos en el procedimiento concursal, bajo la premisa que la actuación del Estado debía ser muy residual como un mero tramitador del procedimiento en el que los privados tenían todos los incentivos de buen comportamiento frente a la masa concursal, para la adopción de decisiones colectivas en aras de recuperar sus acreencias.

Recién con la modificatoria a la posterior Ley de Reestructuración Patrimonial y con la actual Ley, es que el legislador entendió que los privados por más incentivos económicos que la normativa les concedió para adoptar en Junta de Acreedores decisiones eficientes para recuperar sus créditos en beneficio del interés colectivo y de la masa concursal, también tenían incentivos malos para lesionar los intereses de los demás acreedores en beneficio propio, impidiendo el cobro de acreencias en el marco del concurso.

En virtud a ello, con el actual régimen de sanciones concursales (nos comprometemos a hacer un artículo de este tema más adelante) tenemos que el Estado debe actuar como un policía en el procedimiento concursal, actuando de oficio o recibiendo denuncias con el propósito de fiscalizar y sancionar cualquier conducta que, tipificada como infracción administrativa, entorpezca, limite, o impida que los acreedores se reúnan válidamente en Junta y adopten acuerdos oponibles a toda la masa concursal.

Asimismo, cualquier conducta que afecte directamente el patrimonio, los activos de la masa concursal o la efectiva cancelación de las acreencias debe ser considerada como muy grave, y debe ser sancionado por el Estado.

En tal sentido, la actuación del Indecopi en el concurso, en ejercicio de su potestad sancionadora debe orientarse a lograr la disminución de conductas que vulneren tanto el objetivo como la finalidad de la Ley. Fuera de esa orientación, carecería de sentido que el Estado ejerza tal poder en el concurso.

Para analizar la eficiencia de la actuación del Indecopi en materia de fiscalización y sanción de conductas lesivas al Sistema Concursal, dicha institución debería dotar de los mejores y mayores recursos a sus comisiones concursales para que mediante sus Secretarías Técnicas se despliegue el trabajo destinado a desincentivar la comisión de conductas tipificadas como infracción en la Ley.

## **Comentarios para la mejora de la capacidad disuasiva del poder sancionador del Indecopi en el procedimiento concursal.**

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 resolutiveos del INDECOPI respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia. De esa manera, se establecen, de manera normativa, los criterios de graduación de las sanciones pecuniarias a ser impuestas por los órganos resolutiveos 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.

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.

En efecto, se presentan casos concretos en los cuales un infractor sabiendo que puede ser sancionado, ya sea porque puede ser detectado de oficio o por haber sido denunciado por un tercero o acreedor, 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.

Ante esta situación consideramos que el Indecopi, en el ámbito concursal, en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad contenidos en la LPAG, debería enfocar sus recursos a fiscalizar y sancionar conductas tipificadas en la norma concursal que resulten más dañinas al Sistema Concursal, a la masa concursal y al interés colectivo de los acreedores, sancionándolas con la sanción que revierta la mayor gravedad legalmente permitida.

Ello con la finalidad de no solo lograr efectos reducidos y concretos en el marco de los procedimientos sancionadores y concursales, sino también generar efectos generales que determinen un impacto social fuerte en contra de los posibles infractores en el Sistema Concursal.

## **Conclusión**

En el Sistema Concursal parte de la premisa que el interés privado de los acreedores debe ser satisfecho mediante la adopción colectiva de acuerdos por parte de las Juntas de Acreedores para lograr una eficiente recuperación de los créditos, por lo que la incidencia del ejercicio del poder punitivo del Estado mediante la fiscalización y los procedimientos sancionadores en el ámbito concursal solo tendría sentido si es que estos últimos se orientan a desincentivar conductas, generando impacto general y sistemático, que lesionen tanto la finalidad como el objetivo de la Ley.