



# Desnaturalización de los procedimientos concursales: pagos de créditos concursales fuera de concurso<sup>1</sup>

## Denaturalization of bankruptcy procedures: payments of bankruptcy credits out of bankruptcy

Juan Ramón Barboza Flores<sup>2</sup>  
*Pontificia Universidad Católica del Perú*<sup>3</sup>

### Resumen:

El presente artículo aborda la problemática advertida en la Ley General del Sistema Concursal: la autoridad concursal se ha visto imposibilitada de neutralizar pagos de créditos concursales efectuados fuera de las reglas del concurso. Por un lado, nos encontramos ante la necesidad de los deudores por continuar con la actividad empresarial, a efectos de generar mayor riqueza y no acrecentar la crisis por la que atraviesan; mientras que, por otro, nos encontramos ante la posible desnaturalización de los procedimientos. Para afrontar esta problemática, el autor propondrá la implementación de un régimen de acción que permita el balance entre la necesidad de pagos y la conservación del procedimiento concursal.

### Palabras clave:

Insolvencia - Deudor concursado - Acreedor - Masa concursal - Créditos concursales - Actos de disposición patrimonial - Actividad empresarial

### Abstract:

This article addresses the problem noted in the Peruvian Bankruptcy Law: the bankruptcy authority has been unable to neutralize payments of bankruptcy credits made outside the rules of bankruptcy. We are faced with the need for debtors to continue with business activity, to generate greater wealth and not increase the crisis they are going through, while we are faced with the possible denaturalization of the bankruptcy procedures. To address this problem, the author will propose the implementation of a regime of action that allows the balance between the need for payments and the bankruptcy procedure.

### Key words:

Insolvency - Bankrupt debtor - Creditor - Bankruptcy estate - Bankruptcy credits - Property disposal acts - Business activity

1 Las opiniones académicas expresadas por el autor son de índole exclusivamente personal, no vinculan en modo alguno a la institución pública en la cual trabaja.

2 Bachiller en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestrando en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Derecho & Sociedad durante el periodo abril 2021 – enero 2023. Actualmente se desempeña como Profesional en Derecho de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Indecopi. Correo: jrbarboza@pucp.edu.pe

3 Agradezco a Aldo Bianchini Ayesta y Carlos de la Puente Sandoval por los comentarios efectuados al presente artículo.

## 1. Introducción

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial hasta la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC) se ha desarrollado un marco de protección legal para el patrimonio del deudor concursado o la masa concursal. La razón de este desarrollo es la importancia del patrimonio del deudor para el sistema concursal, pues el mismo tiene que ser asignado eficientemente entre los acreedores que participen en la crisis patrimonial del deudor a efectos de recuperar sus créditos.

A través del Decreto Legislativo N 1511, publicado el 11 de mayo de 2020, se modificó el artículo 31 de la LGSC<sup>4</sup>, que ahora se referiría a la continuidad de la actividad del deudor concursado. La primera parte de este artículo señala que la declaración de concurso no implica por sí misma el cese de la actividad empresarial del deudor, salvo los casos en que se declare la disolución y liquidación.

La segunda parte de este artículo señala que, en la ejecución y cumplimiento de los contratos que involucren el uso, disfrute y/o suministro de bienes y servicios al deudor concursado no se verán afectados con la declaración de concurso. Es decir, a efectos de garantizar la ejecución de los contratos que ha suscrito el deudor, la LGSC lo habilita a efectuar contraprestaciones.

Respecto del artículo 31 de la LGSC, la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Indecopi (en adelante, la Sala Concursal), ha señalado que el deudor se encuentra habilitado a seguir realizando actos o negocios jurídicos con posterioridad a la publicación del aviso de difusión del concurso, con pleno ejercicio de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, hasta que la junta de acreedores decida el destino de la deudora, siempre y cuando tales actos se encuentren relacionados al desarrollo de su actividad, el “giro del negocio”<sup>5</sup>.

De esta forma, advertimos que la LGSC tuvo la necesidad por regular un aspecto no previsto por los antecedentes normativos de la referida norma: el desarrollo de la empresa después de la declaración de la situación de concurso. Sin embargo, es preciso indicar que la sola mención superficial en el cuerpo normativo y la ausencia de un mayor desarrollo o dote de contenido por parte de la autoridad concursal, hacen que el artículo 31 de la LGSC

genere un alto riesgo para el sistema concursal que inclusive podría conllevar a la desnaturalización del mismo.

En los procedimientos concursales, desde la declaración de la situación de concurso del deudor hasta la instalación de la junta de acreedores transcurre un largo periodo de tiempo, en el cual se efectuará el reconocimiento de créditos de todos los acreedores involucrados en la crisis empresarial del deudor, cuyo reconocimiento generará derechos políticos de parte de los acreedores sobre el deudor concursado ante la junta de acreedores, a efectos prácticos del presente artículo denominémoslo “**periodo de formación**”.

Durante el “periodo de formación”, en caso la administración del deudor concursado vea la posibilidad real de mantener a la unidad productiva en el mercado, su viabilidad en el mismo, tendrá la necesidad de continuar con la actividad empresarial del deudor y con ella la generación de riqueza o mayor flujo de dinero, pues de no realizarla se acrecentará la crisis patrimonial, generación de mayores obligaciones e interrupción y afectación a la cadena de pagos y, la consecuente salida del mercado de la empresa concursada.

No obstante, eventuales pagos de créditos que pudiera realizar el deudor durante el “periodo de formación” desnaturalizarían los procedimientos concursales, en la medida en que los pagos fuera del concurso afectan a los principios rectores del procedimiento concursal, impidiendo que los mismos sean llevados de manera eficiente, lo cual se materializa en la vulneración a los agentes que participan en el concurso.

Para abordar esta problemática, se analizará un caso desarrollado por la Sala Concursal en los que se realizaron pagos de créditos concursales fuera del concurso y la imposibilidad en la que se encuentra la autoridad concursal de neutralizar dichos pagos.

## 2. Sistema concursal

El derecho concursal puede ser definido como aquella rama del derecho que tiene por objeto el estudio de la crisis económica y/o financiera de los agentes del mercado y su incapacidad de afrontar sus obligaciones. Nos encontramos ante una multiplicidad de obligaciones que mantiene una persona, pero se encuentra imposibilitada de asumirlas, para lo cual se buscará la asignación

4 LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 31.- Continuidad de la actividad del deudor concursado.

La declaración de concurso de un deudor no implica el cese de su actividad empresarial, excepto en los casos en los que la Comisión declare la disolución y liquidación del deudor en aplicación de lo dispuesto en el literal b) del numeral 24.2 del Artículo 24 de la presente Ley. En tal sentido, la ejecución y cumplimiento de los contratos que involucren el uso, disfrute y/o suministro de bienes y servicios al deudor concursado no se verán afectados con la declaración de inicio de concurso, salvo pacto expreso en contrario previsto en el contrato respectivo.

5 Desarrollado en la Resolución N 381-2022/SCO-INDECOPI del 28 de junio de 2022, emitida en el procedimiento sancionador seguido contra el señor Luis Claudio Cervantes Liñán, en el procedimiento de Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

eficiente de los recursos con los que se cuenta, permitiendo así un beneficio para los acreedores, el deudor y la sociedad en conjunto.

La LGSC define al sistema concursal como aquel conformado por los agentes que intervienen en los procedimientos concursales: acreedores, deudores, la autoridad administrativa y judicial, así como las normas aplicables a los referidos procedimientos.

En el Perú, los procedimientos concursales son llevados a cabo ante la autoridad administrativa, las Comisiones de Procedimientos Concuriales y la Sala Concursal del Indecopi. Ello implica que la actuación por parte de esta autoridad administrativa concursal se encuentre limitada por el principio de legalidad y el interés público.

Asimismo, se ha establecido en la LGSC que los procedimientos concursales tienen por objetivo la recuperación del crédito. Esta será realizada a través de la asignación eficiente de los recursos con los que cuenta el deudor concursado, para su continuidad en el mercado o la realización de su patrimonio, para así conseguir el máximo valor que cubra las obligaciones que mantiene.

Por otro lado, la LGSC ha establecido que los procedimientos concursales tienen por finalidad la reducción de costos de transacción, para lo cual, la autoridad administrativa concursal propiciará un ambiente idóneo para la negociación de los créditos entre los acreedores y el deudor concursado.

## 2.1. Principios del derecho concursal

La LGSC ha establecido expresamente que los procedimientos concursales son regidos por tres principios: universalidad, colectividad y proporcionalidad.

El principio de universalidad se encuentra referido a los efectos producidos por el procedimiento concursal sobre el patrimonio del deudor. Al respecto, la LGSC establece que los procedimientos concursales producen efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor.

Ello implica que, la masa activa y pasiva del patrimonio del deudor resulta intangible. Entiéndase la masa activa como los activos y patrimonio con los que cuenta el deudor, tomados en consideración desde un (1) año antes de que tomara conocimiento de la solicitud presentada para que se declare su situación de concurso, hasta los activos y patrimonios que pudiera generar.

Respecto de la masa pasiva, esta comprende las obligaciones asumidas por el deudor. Esta tiene un límite de temporalidad definido: la declaración de la situación de concurso. Todas las obligaciones asumidas por el deudor, que se encuentren

pendientes de ser honradas, generadas con anterioridad a la fecha de difusión de la situación de concurso serán tomadas en consideración para los procedimientos concursales. Sin embargo, la excepción se presentará en los casos de disolución y liquidación en los que, la masa pasiva del patrimonio del deudor será comprendida también por aquellas obligaciones devengadas con posterioridad a la difusión de la situación de concurso, generándose así el fuero de atracción concursal.

Por otro lado, el principio de colectividad establece que los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de acreedores que se encuentran involucrados en la crisis del deudor, sobreponiendo el interés de esta colectividad de acreedores sobre el interés individual.

Ello implica que, los procedimientos concursales procuran la participación de todos los acreedores que se encuentren involucrados en la crisis del deudor, a fin de reducir los elevados costos de transacción que supondría para el deudor negociar con cada uno de ellos.

Asimismo, este principio busca el beneficio de la totalidad de acreedores involucrados en la crisis del deudor, en la medida que se superpone el interés común de ellos, sobre el interés individual que cada uno tendría de recurrir al cobro por la vía regular.

Finalmente, la LGSC establece como principio del derecho concursal al principio de proporcionalidad. El cual señala que los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, siendo una excepción a la regla el orden de prelación establecido en el artículo 42 de la LGSC. Este principio encuentra su fundamento al denominado *par conditio creditorum* o principio de igualdad de trato.

## 2.2. Par conditio creditorum

Supongamos que nos encontramos en un evento con una cantidad limitada de comida para los invitados, que se encuentra a libre disposición de los mismos. Cada uno de los invitados, por su cuenta, se acercará a la mesa a comer, sin importarles si la comida se va agotando o si resulta suficiente para todos. La consecuencia de ello, se agotará la comida rápidamente, dejando a invitados sin acceder a la comida. Tenemos así al denominado "efecto buffet" (Ezcurra & Solís, 2002, pp. 152 – 153).

Situación similar podemos advertir en el derecho, una situación de déficit patrimonial o crisis empresarial, una empresa con muchas deudas, pero sin la capacidad para asumir sus obligaciones. La regla convencional a aplicar sería *priori in tempore, potior in iure*, el acreedor que llegue a cobrar sus acreencias primero probablemente recupere la

totalidad de sus créditos; quien llegue segundo, también contará con mayores probabilidades de recuperación. Pero, tomando en consideración la situación de crisis patrimonial del deudor, los demás acreedores no gozarán de la misma suerte.

Es así que, a efectos de evitar la “canibalización del patrimonio”<sup>6</sup> del deudor ante una multiplicidad de acreedores, surge el principio de *par conditio creditorum* el cual tiene como fundamento el derecho a la igualdad de los acreedores frente a un deudor común. Cabe precisar que, el derecho a la igualdad es basado en la máxima que ordena el tratamiento igualitario a aquellos que son iguales, mientras que, se justifica el tratamiento diferenciado a aquellas personas desiguales (Landa, 2017, pp. 29 – 41).

Asimismo, la *par conditio creditorum* implica que todos los acreedores que formen parte de la crisis patrimonial del deudor resulten beneficiados con la distribución del patrimonio del concursado y que las pérdidas también sean distribuidas entre todos los acreedores.

La excepción al principio *par conditio creditorum* son los órdenes de preferencia establecidos en la LGSC para los aquellos procedimientos en los que se haya acordado la disolución y liquidación como destino del deudor concursado. En esos casos, las pérdidas que se devenguen del procedimiento de liquidación de los activos del deudor serán distribuidas entre todos los acreedores, a quienes se le pagará conforme al orden de prelación.

La razón de ello, el trato igualitario a quienes sean iguales y quienes resulten desiguales, tienen un tratamiento desigual. Los órdenes de prelación responderán a la posición en que se encuentra el acreedor respecto del deudor y respecto de los demás acreedores. Por ejemplo, el acreedor laboral, se encuentra en una posición de desventaja ante la negociación frente al deudor y no cuenta con el mismo poder de negociación con los que contaría un acreedor comercial o un acreedor garantizado, por lo que la LGSC le otorga un trato privilegiado.

### 2.3. Suspensión de la exigibilidad de las obligaciones

Una vez publicada la situación de concurso del deudor, la LGSC establece como consecuencia inmediata la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor. Al respecto, el artículo 17.1 de la LGSC establece que, a partir de la publicación de la situación de concurso se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha.

Es decir, las obligaciones que hubieran sido generadas con anterioridad a la fecha de

publicación de la situación de concurso, vencidas o no, no podrán ser puestas a cobro por los acreedores, debiendo subsumirse a las reglas del concurso. Asimismo, estas obligaciones no devengarán intereses moratorios, ni se procederá con la capitalización de intereses.

La suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor concursado durará hasta que la junta de acreedores apruebe el instrumento concursal respectivo: Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Acuerdo Global de Refinanciación (en caso el deudor lo haya solicitado).

La LGSC establece otra consecuencia después de difundida la situación de concurso, el marco de protección legal del patrimonio del deudor, el cual sigue el mismo sentido de la consecuencia antes desarrollada, puesto que procura la protección de la masa concursal.

Al respecto, el artículo 18.1 establece que, a partir de la publicación de la situación de concurso, las autoridades que conocen los procesos y procedimientos judiciales, arbitrales, coactivas o de venta extrajudicial seguidos frente al deudor, se encuentran impedidos de trabar cualquier medida cautelar que afecte al patrimonio del deudor, bajo responsabilidad.

Lizárraga (2018) afirma que, la suspensión de la exigibilidad del patrimonio y el marco de protección legal del patrimonio son consecuencias que tiene el inicio de concurso y, este accionar colectivo y coordinado de los acreedores consiste en el impedimento de actuar de manera individual contra el patrimonio del deudor para el cobro de sus acreencias.

En conclusión, la suspensión de la exigibilidad del patrimonio del deudor, así como el marco de protección legal de su patrimonio, implica la imposibilidad por parte del acreedor de exigir el pago de sus acreencias y de ejecutar el patrimonio del deudor para la satisfacción de su derecho de crédito.

La declaración de concurso también genera un efecto adicional sobre el patrimonio del deudor, que se encuentra destinado a la protección de su patrimonio: la ineficacia concursal, tema que será desarrollado en los siguientes numerales.

## 3. Continuación de la actividad empresarial del deudor

### 3.1. Relaciones acreedor – deudor

Lazarato señala que la sociedad actual se encuentra inmersa en la economía de la deuda, la cual es entendida como una promesa de reembolso

6 Término adoptado por la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución N° 104-96-TDC del 23 de diciembre de 1996.

en un futuro más o menos lejano (citado en Martínez, Vivirescas y Puentes, 2018, p. 89). En ese sentido, las relaciones comerciales en la actualidad se encuentran caracterizadas por ser promesas de pagos en el corto o mediano plazo entre dos personas, las cuales constituirán una relación jurídica obligatoria para así satisfacer el interés que tiene una respecto de la otra.

Esta relación jurídica obligatoria tendrá necesariamente como elemento central, el crédito. Para Díez Picazo el crédito es del derecho que ostenta el acreedor para exigir al deudor la conducta patrimonialmente valiosa, que es la conducta de la prestación (1964). Este derecho le otorga al acreedor una serie de facultades para poder tutelar su derecho frente al deudor, tales como la facultad de exigir la prestación, las facultades que le permiten vigilar el desenvolvimiento de la relación obligatoria, la facultad de disponer de su derecho de crédito, entre otras.

Por su parte, la actividad empresarial es definida en el literal f del artículo 1 de la LGSC como la actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada por la persona con el objeto de producir bienes o prestar servicios. Al respecto, podemos señalar que, la unidad productiva llevará a cabo una serie de acciones —internas y externas— con el objetivo de llevar a cabo el giro de su negocio.

Las acciones internas que llevará a cabo la unidad productiva podrán ser entonces el contrato con sus colaboradores o trabajadores, quienes efectuarán el proceso productivo para la generación del bien o servicio a comercializar. Mientras que, las acciones externas podrán ser aquellas que se llevarán a cabo con personas que abastecerán de bienes o servicios a la unidad productiva, tales como la venta de materia prima, la prestación de servicios de transporte, o la realización de actividades en las que la unidad productiva no se encuentra especializada, pero requiera para promover su actividad.

Es así que, la unidad productiva durante su presencia en el mercado necesariamente tendrá que celebrar contratos o negocios jurídicos tanto con trabajadores, como proveedores.

Situémonos entonces en la crisis económica-financiera de la empresa, en la cual esta no cuenta con la capacidad de asumir todas sus obligaciones, por lo que verá recortadas las posibilidades de continuar con su actividad. Ello se debe a que, si no satisface el crédito del acreedor o en tanto mantenga un crédito pendiente de pago ante el acreedor, este último no deseará contratar más con el deudor.

Cuando el deudor se encuentra sometido a un procedimiento concursal, las personas que

usualmente le proveían de bienes o servicios, verán desincentivos para continuar relacionándose o comerciando con el deudor, muchos más si el deudor mantiene créditos pendientes de pago ante este acreedor. Pues, como hemos señalado anteriormente, declarada la situación de concurso se suspenderá la exigibilidad de obligaciones del deudor y se genera un marco de protección al patrimonio, por lo que el acreedor que mantenga créditos frente al deudor deberá someterse a las reglas de concurso para procurar el cobro de los créditos generados con anterioridad a la fecha de concurso.

Si bien es cierto, los créditos generados con posterioridad a la difusión de la situación del concurso, no se encuentran bajo el alcance de las reglas del concurso durante el “periodo de formación” y en casos se declare la reestructuración patrimonial, el desincentivo generado por el procedimiento concursal se encuentra materializado en el reflejo que se genera sobre el deudor en el mercado: un estado de cesación de pagos por parte del deudor y una posible situación de insolvencia de este. Por lo tanto, las personas que quieran relacionarse con él evaluarán con cautela si tendrá la capacidad para poder satisfacer su derecho de crédito o si podrá satisfacer dicho crédito en el tiempo estimado: será o no un negocio rentable.

### 3.2. Pago de créditos concursales fuera de concurso

Los créditos concursales serán todos aquellos que se devenguen con anterioridad a la fecha de difusión de la situación de concurso. Es decir, para que los créditos que mantienen los acreedores sean incorporados y sometidos a las reglas del concurso, los mismos deben ser originados con anterioridad a la “fecha de corte” (Del Aguila, 2004, p. 28).

Estos créditos resultan importantes para llevar a cabo los procedimientos concursales, pues estos determinan que acreedores y en qué proporción participarán en el concurso. Los créditos concursales, de ser oportunos, otorgan a sus titulares derechos de participación con voz y voto en las reuniones de junta de acreedores, así como el porcentaje de participación que el acreedor tiene respecto del resto de acreedores para tomar las decisiones. Allí radica la importancia de estos créditos.

El 28 de junio de 2022, la Sala emitió la primera de las que serían una serie de resoluciones que abordan directamente la situación planteada: pagos de créditos concursales fuera del régimen concursal, la Resolución N 381-2022/SCO-SANCIONADOR, emitida en el marco del procedimiento sancionador seguido contra el señor Luis Claudio Cervantes Liñán, en su condición de administrador de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (en adelante, UIGV).

Recordemos que, la UIGV fue sometida a un procedimiento concursal el 2019, iniciado por Compañía Peruana de Radiodifusión (en adelante, CPR), pues mantenía frente a esta una deuda superior a las cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT) y vencida por más de treinta (30) días, por créditos derivados de la prestación de servicios de publicidad, verificándose así el cumplimiento del supuesto de hecho previsto en el artículo 26.1 de la LGSC. La situación de concurso de UIGV fue difundida en el Boletín Concursal del Indecopi el 24 de agosto de 2020.

Después de difundida la situación de concurso de UIGV, CPR informó a la Comisión que, el 1 de septiembre de 2020, la deudora cumplió de manera voluntaria con el pago de las obligaciones que iniciaron su procedimiento concursal. Lo desarrollado por la autoridad concursal en dicha resolución será materia de análisis en el siguiente numeral, antes centrémonos en los hechos del caso.

Tenemos a un deudor que mantiene créditos pendientes de pago frente a un acreedor por la prestación de servicios de publicidad. Después de difundida la situación de concurso, los créditos que dieron origen al procedimiento son reconocidos de oficio por la autoridad concursal, con lo cual, se determinan como créditos concursales y por ende su cobro sometido a las reglas del concurso. No obstante, UIGV de manera voluntaria efectuó el pago de los créditos concursales que mantenía CPR frente a ella, a pesar de que el procedimiento se encontraba en el “periodo de formación” y estos créditos habían dado inicio al procedimiento concursal.

En resoluciones posteriores<sup>7</sup> la Sala analizó otros pagos efectuados por UIGV, señalando que los mismos fueron realizados en virtud del artículo 31 de la LGSC, como continuación de su actividad empresarial, con pagos de créditos relacionados al giro de su negocio.

El hecho de que un deudor concursado se encuentre efectuando pagos fuera del régimen concursal, genera perjuicios para el procedimiento concursal, puesto que el deudor no se somete a las reglas de pago del régimen concursal y decide a qué acreedor efectuará el pago, de acuerdo con su necesidad y, decidirá las condiciones del pago.

Sin embargo, no es menos cierto que, el deudor tenga la necesidad de efectuar pagos de créditos concursales fuera del concurso. Y ello se fundamenta en la evaluación previa que realizó al valor de la empresa en marcha y a las utilidades que la misma

genera. Es decir, la administración del deudor concursado prevé la posibilidad de mantener a la empresa en marcha, por lo cual tendrá la necesidad de generar mayores utilidades con las cuales podría asumir las obligaciones y salir de la crisis patrimonial, pero para continuar produciendo requiere de efectuar pagos de créditos comprendidos en el concurso, que resulten necesarios.

Por otro lado, el deudor se encuentra efectuando una actividad lícita, puesto que son pagos de obligaciones y que incluso no es una conducta sancionable tipificada por la LGSC, en tanto se encuentra continuando con sus actividades en el marco del giro normal de su negocio. Cabe precisar que, los pagos de créditos concursales analizados fueron efectuados por los deudores concursados de manera voluntaria, con lo cual no incurre en el tipo infractor previsto en la LGSC, el cual establece que, aquel acreedor que exija coercitivamente el cobro de un crédito que por mandato de la Ley (como puede ser la disposición prevista en el artículo 17 de la LGSC) haya resultado inexigible, podrá ser sancionado con multas no menores de una (1) a hasta cien (100) UIT, previsto en el literal b) del artículo 125.3 de la LGSC.

### 3.3. Generación de deuda post concursal

Supongamos que nos encontramos administrando una empresa que tiene por objeto social la venta de combustible, pero que se encuentra sometida a un procedimiento concursal. La empresa cuenta con un flujo de efectivo constante; sin embargo, la difusión de su concurso le ha generado un perjuicio reputacional en el mercado, por lo que sus proveedores no desean contratar con ella.

¿Cuál es la alternativa que tiene esta empresa para poder subsistir? Más aun considerando el mercado relevante en el que se desarrolla nuestra empresa. Recordemos que, el mercado nacional de proveedores de hidrocarburos es uno que cuenta con pocos agentes económicos involucrados. Supongamos que nuestra empresa únicamente se encuentra dedicada a la venta de gasolina, por lo que nuestros proveedores en el mercado únicamente podrán ser “Refinería La Pampilla S.A.A.”, “Valero Perú S.A.C.” y “Mobil Petroleum OBERSEAS Company Limited. Sucursal del Perú”, tres únicos proveedores para gasolina<sup>8</sup>.

En caso nuestra empresa no pueda contratar con alguno de estos tres proveedores en el mercado, no podrá continuar con el giro del negocio, pero sí estará generando mayores pasivos, derivados de pagos a trabajadores, alquileres de locales

7 Hechos analizados por las Resoluciones Nos. 036-2023/SCO-INDECOPI, 083-2023/SCO-INDECOPI, 084-2023/SCO-INDECOPI, 203-2023/SCO-INDECOPI, 436-2023/SCO-INDECOPI y 437-2023/SCO-INDECOPI.

8 Referencia tomada de la “Lista de proveedores del mercado local de hidrocarburos” efectuada por Petroperu. Recuperada de <https://www.petroperu.com.pe/Docs/spa/files/transparencia/registro-proveedores-local-230503.pdf>

comerciales, entre otros, lo cual acrecentará la crisis económica-financiera por la que atraviesa, se genera mayor deuda post concursal.

En caso si pueda conseguir algún proveedor, el contrato que suscriban ambos no resultará tan beneficiosos como el que habría suscrito el deudor antes de que se difunda su concurso. Ello debido a que, el riesgo que asumirá el proveedor para la satisfacción de su derecho de crédito será sumamente elevado, por lo que la capacidad de negociación del deudor frente al proveedor será inferior.

Esta capacidad de negociación inferior se verá materializada en el futuro contrato que se celebre, puesto que será mucho más oneroso para el deudor, generando mayor deuda. Incluso, el proveedor podría solicitar el establecimiento de garantías a su favor para asegurar el futuro cobro de sus créditos.

Regresemos a nuestra empresa de venta de combustible. Nosotros tenemos a un acreedor que regularmente nos abastecía de combustible, actividad necesaria para continuar con el negocio. Pero, ante la declaración de la situación de concurso y al mantener un derecho de crédito frente a nosotros, no desea continuar abasteciéndonos hasta que efectuemos el pago de dichos créditos, por lo que nos condiciona el suministro de combustible al pago de la deuda. ¿Este sería un medio coercitivo de exigir el cobro de sus acreencias?

Creemos que sí, la generación de la deuda post concursal puede ser usada por un acreedor – proveedor para exigir la satisfacción de su derecho de crédito que mantiene frente al deudor, pero no efectuará un requerimiento coercitivo expreso de dicho pago, como podría ser el requerimiento vía carta notarial, puesto que podría ser sancionado.

Simplemente el acreedor – proveedor condicionaría el suministro al pago de los créditos, hecho que influiría en la voluntad del deudor, quien “voluntariamente” efectuará el pago de dichas acreencias. En consecuencia, tenemos que la voluntad del deudor para efectuar los pagos de créditos concursales se puede ver influenciada por sus acreedores, mucho más si los créditos que mantiene frente a estos son devengados de obligaciones necesarias para el desarrollo de su actividad empresarial.

### **3.4. Desnaturalización de los procedimientos concursales**

Como se ha señalado anteriormente, los procedimientos concursales tienen por objetivo la recuperación del crédito por parte de una colectividad de acreedores frente a un deudor que se encuentra en una situación de crisis económica-financiera. Para lo cual se procura la reducción de

los costos de transacción, mediante la facilitación de espacios idóneos para la negociación de los créditos, lo cual será generado por la autoridad concursal.

La materialización de los espacios de negociación entre los deudores y acreedores son las sesiones de junta de acreedores, espacio donde confluyen, de ser posible, la totalidad de acreedores inmersos en la crisis del deudor y que cuentan con un reconocimiento por parte de la autoridad concursal. Pero ¿qué sucede con estos créditos concursales que fueron pagados por el deudor?

La respuesta es que son excluidos del procedimiento. Una vez comunicados los pagos efectuados por el deudor a favor de los acreedores, la autoridad concursal no tiene mayor alternativa que no tomar en consideración dichos créditos para el reconocimiento de créditos. Si el deudor efectúa el pago de la totalidad de los créditos, el acreedor no participará más en el procedimiento. En caso solo se haya pagado una parte de los créditos, se reconoce la parte de los créditos no pagada y el acreedor tendrá un porcentaje de participación reducido respecto de los créditos inicialmente invocados.

Las resoluciones antes presentadas evidencian el problema que generan los pagos de créditos concursales fuera del régimen concursal para el sistema. Ello debido a que, el deudor no está siguiendo las reglas establecidas en el procedimiento para la determinación de pagos de créditos, cuales se pagan antes, bajo qué condiciones se realiza y con que activos se efectúan estos pagos.

El deudor concursado podría excluir de las reuniones de junta de acreedores a aquellos acreedores que estime conveniente efectuando pagos anticipados. Si bien es cierto, con un número menor de acreedores los costos de transacción para la negociación de los créditos se reducen, se desnaturaliza el procedimiento concursal pues se genera una afectación a los principios del derecho concursal, principalmente al principio de colectividad y proporcionalidad.

Como se ha señalado, el principio de proporcionalidad establece que los acreedores participarán proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales; mientras que, el principio de colectividad procura la participación y beneficio de la totalidad de acreedores involucrados en la crisis del deudor, superponiendo el interés común de los acreedores sobre el interés individual de cada uno de ellos.

Con la realización de pagos de créditos concursales fuera de las reglas del concurso, se está dando mayor prioridad a determinados acreedores, lo cual es llevado a cabo por el deudor, sin tener algún criterio

objetivo justificado para la realización de dichos pagos o justificación alguna para la inaplicación de este principio concursal. ¿Cuál sería el objeto de seguir con un procedimiento concursal, si el deudor pagará los créditos de acuerdo a su criterio y no a las reglas del concurso?

La LGSC vigente no ha establecido una tipificación expresa para este tipo de conductas, ni ha generado desincentivo alguno que permita que los deudores no opten por efectuar estos pagos. Asimismo, el criterio adoptado por la autoridad concursal no permite afrontar este tipo de situaciones de manera adecuada.

Por otro lado, la LGSC sí prevé un tipo infractor para aquellos acreedores que exijan el cobro de sus créditos ante el deudor. Es por ello, que los deudores que efectúan los pagos fuera del concurso lo hacen de manera voluntaria, sin algún tipo de requerimiento de pago del acreedor, por lo menos no uno expreso. Dada la multiplicidad de casos que tienen el mismo supuesto de hecho, verificamos que la autoridad concursal se ha visto neutralizada.

#### 4. Análisis de la LGSC

Como se ha señalado anteriormente, la LGSC no ha establecido una tipificación para sancionar los pagos de créditos concursales efectuados por el deudor concursado fuera del régimen concursal. Sin embargo, de una lectura integral de la norma, verificamos que esta cuenta con herramientas que coadyuvarán a abordar una alternativa para neutralizar este tipo de conductas.

##### 4.1. Ineficacia concursal y continuación de las actividades del deudor

La ineficacia concursal es definida por Lizárraga como aquellas acciones en contra de relaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas, celebradas en un periodo de tiempo por el deudor concursado, o la administración de este (2018, pp. 113 – 114). Es decir, la ineficacia concursal permite a la persona interesada, principalmente algún acreedor, declarar la ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el deudor concursado, que causen un detrimento de la masa concursal, que no se encuentren relacionados con el desarrollo normal de su actividad y que hayan sido realizados dentro del “periodo de sospecha”.

La LGSC plantea tres presupuestos de hecho que deben concurrir para determinar la consecuencia jurídica de ineficacia: (i) la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio de la masa concursal; (ii) que dicho acto no se encuentre relacionado a la actividad normal del deudor; y, (iii) que sea realizado durante el “periodo de sospecha”.

Los actos de disposición patrimonial pueden ser definidos como aquellos actos que realiza una persona que tiene por objeto la transmisión de sus bienes a favor de otra persona. Estos actos pueden ser la enajenación de bienes, asumir cargas o gravámenes sobre los bienes, renunciar a los derechos de propiedad sobre bienes, entre otros.

Por otro lado, el desarrollo de la actividad normal del deudor se encuentra referido a la actividad económica que realiza un deudor en el mercado. Para el caso de las personas jurídicas su “actividad normal” se encontrará relacionada al objeto social determinado en su estatuto, mas no limitada por este.

Finalmente, el “periodo de sospecha” es un término usado por la doctrina para referirse al periodo de aplicación de la ineficacia concursal. Al respecto, Barchi señala que el periodo de sospecha en la LGSC se encuentra constituido por dos tramos: (i) primer tramo comprendido entre el año anterior a la fecha en que el deudor solicita acogerse a algún tipo de procedimiento concursal o cuando es notificado con la resolución de emplazamiento; y, (ii) segundo tramo comprendido entre la fecha en que el deudor presentó su solicitud para acogerse a algún tipo de procedimiento concursal cuando es notificado con la resolución de emplazamiento hasta que la junta de acreedores nombre a la administración del deudor y se apruebe el instrumento concursal respectivo (2011, p. 240).

A partir de lo planteado, surge la siguiente pregunta ¿pueden ser declarados ineficaces los pagos de créditos concursales efectuados por el deudor concursado? Después de una lectura del artículo 19.3 de la LGSC<sup>9</sup> podríamos señalar que dependerá del tipo de pago efectuado, si es un pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera la forma que se realice y, el pago por obligaciones vencidas que no se realicen de acuerdo a la forma pactada por las partes. En tanto el pago de créditos concursales no concurra con alguno de estos dos

9 LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 19.- Ineficacia de los actos del deudor.

19.3 El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación:

a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;  
b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo.  
(...)



tipos establecidos en la norma, se puede concluir que los pagos de créditos concursales no serán susceptibles de ser declarados como ineficaces por la autoridad judicial.

Asimismo, si se realiza un análisis del pago de créditos concursales a partir de los artículos 19.3 y 31 de la LGSC, arribaríamos a una consecuencia jurídica similar, si el pago no concurre con alguno de los dos supuestos establecidos en el artículo 19.3 y si son referidos al desarrollo normal de la actividad del deudor, no se podrá declarar la ineficacia de dichos pagos.

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 31 de la LGSC<sup>10</sup> habilita al deudor concursado a continuar su actividad empresarial. Este artículo establece que la declaración de concurso de la persona no implicará el cese de la actividad empresarial del deudor, por lo que la ejecución y cumplimiento de los contratos que a la fecha se mantengan vigentes, no se verán afectados con la declaración del concurso.

Recordemos que esta modificación normativa fue introducida por el Decreto Legislativo N 1511, en cuya exposición de motivos se señala que la norma se fundamenta en lo siguiente<sup>11</sup>:

“en el ámbito empresarial, una situación de insolvencia formalmente declarada por la autoridad competente, genera necesariamente un escenario de bastante incertidumbre y escepticismo entre los agentes de mercado que contratan y realizan operaciones comerciales con la empresa sometida a concurso, por lo que un “silencio” legal sobre los específicos alcances del inicio de concurso de la empresa en lo relacionado a contratos previamente celebrados y ejecutados con ella, sumando a la natural preocupación surgida entre sus stakeholders sobre su objetiva condición de insolvente determinan un panorama poco favorable para la continuación de la actividad económica de la concursada, con el evidente menoscabo patrimonial que semejante situación representa para ella.”

(Subrayado agregado)

De la lectura de la exposición de motivos de este artículo, se puede advertir que la norma ha tratado de cubrir el “silencio” legal e incertidumbre en la que se encuentra un deudor concursado, así como los agentes de mercado con quienes se ha relacionado y con quienes se espera que mantenga relaciones, surgidas durante el segundo tramo del periodo de

suspecha, etapa en la que aún no se ha producido el desapoderamiento de la concursada, ni se ha determinado las acciones a tomar durante su procedimiento concursal.

El artículo 31 de la LGSC entonces surge como una solución ante la necesidad del deudor y agentes del mercado por mantener la ejecución de sus relaciones jurídicas celebradas con anterioridad y posteriores a la difusión de la situación de concurso y con ello evitar el cese de la cadena de pagos. En esa línea, la Sala Concursal ha señalado en un reciente pronunciamiento<sup>12</sup> que, la declaración de concurso no implica el cese de la actividad empresarial del deudor, pues ello conllevaría a agravar la situación de crisis patrimonial por la que atraviesa. Asimismo, precisó que el artículo 31 de la LGSC habilita al deudor a continuar realizando actos o negocios jurídicos siempre que se encuentren relacionados con el desarrollo normal de su actividad.

Sobre el desarrollo normal de la actividad empresarial del deudor o curso ordinario de los negocios Puelles señala que, se debe cumplir con dos requisitos: (i) que se traten de actos típicos de cualquier otra persona que desarrolle la misma actividad; o, (ii) que aun no siendo un acto típico de la industria, si sea típico y habitual como práctica del deudor y sus acreedores o terceros, habrá que evaluar si la práctica es razonable o si es tan extrema, inusual o de mala fe que, aun siendo típica para el deudor, esté claramente fuera de lo ordinario (2008, p. 294).

Asimismo, la Sala Concursal ha señalado<sup>13</sup> que no es posible limitar la actividad de las personas jurídicas a lo expresamente mencionado en su objeto social o estatuto, pues el dinamismo y características del mercado, conlleva a que las empresas realicen actividades que no puedan estar detalladas en su objeto social o estatuto, pero que obedecen a la realización común de sus actividades para el cumplimiento de sus fines, la realización de actos que se encuentren orientados a la consecución de los objetivos que constituyen el giro del negocio.

Es así que, el desarrollo que la autoridad concursal ha realizado respecto de la actividad empresarial del deudor resulta tan amplio, que permite incluir en dicha categoría a actividades que no resulten estrictamente necesarias y que tendrán como consecuencia la imposibilidad de neutralizar los pagos de créditos concursales efectuados por deudores concursados. Adicionalmente, es preciso

10 Ver pie de página 3.

11 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1511 – Decreto Legislativo que crea el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal – PARC, para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del Covid-19. Recuperado a partir de <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2020/Mayo/11/EXP-DL-1511.pdf>

12 Desarrollado en la Resolución N° 437-2023/SCO-INDECOPI del 12 de septiembre de 2023, emitida en el procedimiento sancionador seguido contra el señor Luis Claudio Cervantes Liñán, en el procedimiento de Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

13 Desarrollado en la Resolución N° 436-2023/SCO-INDECOPI del 12 de septiembre de 2023, emitida en el procedimiento sancionador seguido contra el señor Luis Claudio Cervantes Liñán, en el procedimiento de Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

advertir que, el hecho de que el artículo 31 de la LGSC haya sido redactado con un amplio margen y que la Sala Concursal le haya dado una interpretación bastante amplia, podría ser considerado como un habilitante para realizar actos que desnaturalicen al concurso, como los pagos de créditos concursales, bajo la justificación del desarrollo normal de la actividad empresarial del deudor.

Regresemos entonces a la situación antes planteada, nuestra empresa que tiene por objeto social la comercialización de combustible. Para la consecución de su objetivo, la empresa tendrá que llevar a cabo relaciones comerciales con la proveedora local de combustible, la empresa transportista, sus trabajadores, entidades financieras, empresas de seguridad, empresas prestadoras de servicios públicos, entre otras.

De la lectura de la LGSC y el criterio desarrollado por la Sala Concursal, referido al desarrollo normal de la actividad empresarial del deudor, no sería posible que la autoridad judicial declare la ineficacia de los pagos efectuados por nuestra empresa a favor de nuestros acreedores, pues todos los créditos que mantenemos pendientes fueron originados por la realización de actividades orientadas al cumplimiento del objeto social de la empresa. Es así que se evidencia la imposibilidad de neutralizar los pagos de créditos concursales por parte de la autoridad concursal a través del mecanismo de la ineficacia concursal.

#### 4.2. Régimen sancionador

La Exposición de Motivos de la LGSC señala que, durante la vigencia de las Leyes de Reestructuración Empresarial y Reestructuración Patrimonial, la participación del Estado se encontraba limitada a garantizar que los procedimientos concursales se lleven dentro del marco normativo establecido y que los acuerdos asumidos por los acreedores se ajusten a este, recayendo la labor de control y fiscalización sobre los acreedores.

Después de detectados los problemas en los comportamientos de los agentes que participaban en el sistema, la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial estableció limitaciones en el comportamiento de los agentes del sistema, se tipificaban conductas infractoras y se le otorgó mayores facultades de fiscalización al Estado. La LGSC ha continuado con esta línea normativa, pues busca que la conducta de los agentes participe en el sistema concursal, sea la idónea, en un marco de igualdad que genere un ambiente idóneo para la negociación de los créditos y su posterior recuperación.

En esa línea, Cano señala que las sanciones administrativas resultan imprescindibles para garantizar la eficiencia de las normas que regulan

los distintos sectores de intervención por parte de la Administración, buscando el desincentivo para la realización de determinadas conductas, a través de la amenaza de sanción y su efectiva imposición (2009, p. 87). A través de la potestad sancionadora, la autoridad concursal busca garantizar la eficiencia de la LGSC, interviniendo en la actuación de los agentes —privados— que participan en el procedimiento concursal.

Asimismo, la potestad sancionadora de la administración debe cumplir con exigencias como: reserva de ley, tipicidad, prohibición de analogía, irretroactividad, *non bis in idem*, culpabilidad y proporcionalidad. A efectos del presente artículo, nos centraremos en la tipicidad y prohibición de analogía.

La tipicidad es descrita por Cano como aquella obligación del legislador de configurar las normas sancionadoras con la mayor precisión posible, evitando las fórmulas vagas u omnicomprendivas de cualquier conducta ilícita (2009, pp. 92 – 93). Mientras que, la prohibición de analogía prohíbe a la Administración atribuir consecuencias jurídicas a un supuesto no regulado por la norma, pero que comparte una identidad de razón con un supuesto si regulado.

La LGSC ha tipificado determinadas conductas, atribuyéndoles una sanción. Entre las conductas tipificadas por la norma se encuentran aquellas en la que los agentes del sistema actúen en perjuicio de la masa concursal, no solo limitado a deudores concursados, sino también a su administración e inclusive a acreedores que resulten beneficiados con este tipo de conductas. Ello con la finalidad de proteger el interés público que guía toda la actuación administrativa y en los procedimientos concursales se encuentra materializado en el interés común de los acreedores por recuperar sus créditos.

Entre las conductas que se encuentran tipificadas por la LGSC se encuentran las siguientes:

- (i) “Literal c) del artículo 125.2 de la LGSC: el deudor, o la persona que actúa en su nombre, administrador o liquidador registrado ante la autoridad concursal, que realice actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones, que no se refieran al desarrollo normal de su actividad, será sancionado con multas no menores de una (1) hasta cien (100) UIT.
- (ii) Literal b) del artículo 125.2 de la LGSC: el deudor, o la persona que actúa en su nombre, administrador o liquidador registrado ante la autoridad concursal, que realice actos de simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas, será

sancionado con multas no menores de una (1) hasta cien (100) UIT, tipificado en el literal b) del artículo 125.2 de la LGSC.

- (iii) Literal a) del artículo 125.3 de la LGSC: el acreedor o persona que haya actuado en su nombre que haya participado en la realización de actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, será sancionado con multas no menores de una (1) hasta cien (100) UIT.
- (iv) Literal b) del artículo 125.3 de la LGSC: el acreedor que exija coercitivamente el cobro de un crédito que, por mandato de la Ley, haya devenido en inexigible, será sancionado con multas no menores de una (1) hasta cien (100) UIT. Añade además que, las empresas prestadoras de servicios públicos y todos los demás acreedores estarán impedidos de exigir judicial o extrajudicialmente, el cobro de los créditos concursales fuera de los procedimientos regulados por la LGSC.”

A partir de las conductas tipificadas por la LGSC, surge nuevamente la pregunta ¿pueden ser sancionados los pagos de créditos concursales efectuados por el deudor concursado? La respuesta inmediata a ello sería que no.

Respecto del punto (i), el tipo infractor busca disuadir la conducta del deudor, o su administración, para la realización de actos de disposición patrimonial que generen un perjuicio para la masa concursal. Sin embargo, el tipo infractor prevé que solo será impuesta la multa en tanto los actos de disposición patrimonial no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor. Como hemos señalado, el desarrollo normal de la actividad del deudor, como está planteado en la LGSC y desarrollado por la autoridad concursal, resulta muy amplio y no permite que la autoridad concursal neutralice con este instrumento sancionador los pagos de créditos concursales por el deudor concursado.

Continuando con el análisis de los procedimientos sancionadores seguidos contra un representante de UIGV, en primera instancia, la autoridad concursal determinó la responsabilidad administrativa del representante legal de UIGV por la comisión de actos de disposición patrimonial, que no se refieren al desarrollo normal de la actividad de la deudora.

Para ello, la autoridad concursal de primera instancia interpretó de forma sistemática las disposiciones contenidas en el artículo 31 y 17.1 de la LGSC. Señaló que, el artículo 31 de la LGSC no habilitaba al deudor concursado a efectuar pagos de deudas pendientes a la fecha de difusión de la situación de concurso, pues afirmar ello contravendría la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, vulnerando así

el objetivo y la finalidad de los procedimientos concursales, así como el principio de colectividad de los acreedores.

Por su parte, la Sala Concursal revocó la resolución emitida por la autoridad de primera instancia y declaró que el administrador de UIGV no incurrió en la conducta infractora. El principal fundamento de la Sala, no se configuró el tipo infractor previsto en la norma.

En su análisis la Sala señaló que no se puede incluir dentro de los actos de disposición patrimonial a los pagos de deuda concursal efectuados por el deudor concursado, pues ello vaciaría de contenido la especificidad de los pagos considerados expresamente como ineficaces por la LGSC, toda vez que el legislador únicamente ha considerado como pagos susceptibles de ser declarados como ineficaces a los pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera la forma que se realice y, el pago por obligaciones vencidas que no se realicen de acuerdo a la forma pactada por las partes.

Asimismo, la Sala señaló que, a efectos de determinar si una conducta, como los pagos de créditos concursales por parte del deudor concursado, concurre con el tipo infractor descrito, es necesario verificar si la conducta guarda o no relación con el curso ordinario del negocio de la deudora, retornando así al desarrollo normal de la actividad del deudor.

Respecto del punto (ii), el tipo infractor planteado en la norma busca disuadir la conducta del deudor o su administración de realizar deudas que generen mayores créditos. Al respecto, se procura que, durante el concurso, se disuada al deudor a su administración de generar mayores deudas, pues ello implicaría la generación de mayores créditos que pagar.

Es así como, los pagos de créditos concursales no pueden ser incluidos en este tipo infractor puesto que ellos representan el pago de créditos concursales, mas no la realización o generación de mayores deudas para el deudor concursado.

Respecto del punto (iii), el tipo infractor planteado en la norma, dirigido al acreedor, presenta un problema similar al desarrollado en el punto (i), el desarrollo normal de la actividad del deudor, con lo cual no se podría sancionar al acreedor por este tipo infractor.

Finalmente, respecto del punto (iv), el tipo infractor busca disuadir al acreedor de exigir coercitivamente el pago de créditos concursales que por ley haya devenido en inexigible. Es decir, durante la etapa de suspensión de exigibilidad de las obligaciones, todos los créditos que mantiene el deudor hasta la fecha de difusión del concurso resultan inexigibles,

incluyendo los créditos que dieron origen al procedimiento concursal.

El tipo infractor implica que, el acreedor (que mantiene créditos concursales) exija al deudor concursado el pago de sus créditos, por algún medio coercitivo, como una carta notarial o acudiendo a la vía judicial. En tanto el acreedor no exija coercitivamente el cobro de sus créditos, no incurre en este tipo infractor.

Este tipo infractor tampoco puede disuadir la conducta del deudor concursado de efectuar pagos de créditos concursales, puesto que, si el pago es espontáneo, de manera “voluntaria”, el acreedor ya no incurre en el tipo infractor, con lo cual nada le impide aceptar el pago efectuado por el deudor.

#### 4.3. Modificación de la LGSC y problemas

El 20 de julio de 2023, se remitió para consideración del Congreso de la República el proyecto de Ley que modifica la LGSC. El proyecto de Ley contiene una serie de reformas normativas que abordan los pagos de créditos concursales efectuados por el deudor concursado, las modificaciones de la LGSC son las siguientes:

(i) “La primera inserción que hace la norma respecto a los pagos de créditos concursales se realiza en el artículo 17.5 referido a la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, en la cual se establece como prohibición expresa la realización de pagos de créditos concursales.

Asimismo, la propuesta normativa establece que, excepcionalmente el deudor o sus representantes pueden efectuar pagos de créditos concursales, siempre que el mismo resulte indispensable para la continuación de la actividad empresarial, para lo cual debe sustentar ello ante la autoridad concursal.

Para el acreedor que resulte beneficiado, la propuesta normativa establece que este perderá la oportunidad de cobro de sus créditos pendientes según el cronograma de pagos previstos en el instrumento concursal respectivo, debiendo ser pagados sus créditos luego de haberse efectuado el pago de la totalidad de los demás créditos reconocidos en el procedimiento.

(ii) La segunda modificación que realiza el proyecto de Ley respecto de los pagos de créditos concursales, la realiza en el artículo 19.4 de la norma, referido a la ineficacia concursal. En este artículo se señala que, son susceptibles de ser declarados ineficaces cualquiera sea la forma de extinción de créditos concursales, producidas durante el segundo tramo del periodo de sospecha. Asimismo, se establece la misma

consecuencia jurídica para cualquier forma de extinción de obligaciones post concursales no vencidas, así como las vencidas (en tanto estas no sean realizadas de acuerdo a la forma pactada).

Para la declaración de la ineficacia de estos actos, la propuesta normativa establece que no se requerirá verificar el perjuicio al patrimonio del deudor concursado.

(iii) La tercera modificación efectuada por el proyecto de Ley es efectuada sobre el artículo 31. La redacción del artículo 31 de la LGSC se mantiene en gran parte, pues se señala que la declaración de concurso de un deudor no implica el cese de su actividad empresarial. En ese sentido, la ejecución y cumplimiento de los contratos que involucren el uso disfrute y/o suministro de bienes y servicios al deudor concursado, así como las licencias y permisos de funcionamiento otorgadas por las autoridades para la realización de la actividad empresarial, no se ve afectada con la difusión de la situación de concurso, salvo pacto expreso en contrario previsto en el contrato respectivo y sin perjuicio de lo establecido en los numerales 17 de la norma planteada.

(iv) La cuarta modificación planteada por el proyecto de Ley se encuentra referida al régimen sancionador. Al respecto, el proyecto de Ley ha constituido un tipo infractor consistente en la realización de actos ineficaces conforme a lo establecido en el numeral 19.4 de la modificatoria por parte del deudor o sus representantes, pasibles de ser sancionados con multas no menores de una (1) ni mayores a trescientas (300) UIT. Asimismo, se ha constituido un tipo infractor para los acreedores y sus representantes que, obtenga con cargo al patrimonio del deudor el cobro o cualquier otra forma de extinción de créditos inexigibles.”

Así, de lo expuesto, podemos concluir que el proyecto de Ley ahora regula los pagos de créditos concursales efectuados por el deudor concursado. Tal es así que incorpora en el artículo 17 la prohibición de efectuar pagos de créditos concursales, así como cualquier otro medio de extinción de los referidos créditos, lo cual consideramos de cierta forma adecuado.

No obstante a ello, también reconoce la necesidad de efectuar pagos de créditos concursales que resulten estrictamente necesarios para garantizar su continuidad en el mercado o en todo caso, no generar una mayor afectación que lo encamine a la salida del mercado del deudor. Es decir, los pagos de determinados créditos concursales, que tengan un carácter impostergable y de vital importancia para el deudor.

Frente a este reconocimiento, el proyecto de Ley le impone la carga al deudor de sustentar la importancia para la continuación de su actividad, pero recaemos al problema advertido con la actual LGSC: la continuidad de la actividad del deudor concursado y, el ligero desarrollo efectuado por la ley y por la autoridad concursal.

Así, nos causa mucha preocupación que la redacción del artículo 31 se haya mantenido en su mayor parte y se haya añadido que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17, no se ven afectadas la ejecución y cumplimiento de los contratos celebrados por el deudor concursado. Ello debido a que, nuevamente, gracias a este artículo se le otorga un amplio margen de acción al deudor concursado, permitiendo la realización de pagos de créditos concursales, ahora bajo el amparo de la excepción prevista en el artículo 17.

Por otro lado, en el artículo 19 referido a la ineficacia, el proyecto de Ley recoge expresamente que son susceptibles de ser declarados como ineficaces cualquier forma de extinción de créditos concursales efectuados durante el segundo tramo del periodo de sospecha. Asimismo, el proyecto de Ley ha desarrollado en mayor medida el proceso de ineficacia concursal, señalando que el mismo se tramitará en la vía del proceso sumarísimo. Además, establece un programa de recompensas para los acreedores demandantes.

Con ello se pretende dotar de mayor importancia a la ineficacia concursal, instrumento sumamente importante que, por su naturaleza no puede ser conocida por la autoridad concursal y necesariamente se tiene que acudir a la autoridad judicial. Asimismo, se ha pretendido dotar de mayor celeridad a la autoridad judicial, puesto que, con la modificatoria, los procesos de ineficacia serán tramitados en la vía del proceso sumarísimo.

Al respecto, surgen las siguientes dudas ¿qué sucede con los pagos necesarios? ¿qué ocurre si un acreedor que no recibe un pago acude ante la autoridad judicial para que se declare la ineficacia del pago necesario realizado a favor de otro acreedor? ¿no resulta un incentivo perverso para los acreedores establecer un programa de recompensas en caso se declare la ineficacia de alguno de los pagos?

Finalmente, respecto al régimen sancionador. Consideramos adecuado que el proyecto de Ley amplie la cuantía de la multa por la comisión de la conducta infractora, pues ello resulta un desincentivo para aquellos agentes que incurran en la conducta y permite a la autoridad concursal sancionar a los imputados con multas que resulten equivalentes al perjuicio ocasionado a la masa concursal en caso de pagos de créditos concursales fuera del concurso.

Sin embargo, la tipificación de las conductas no es precisa, ni permitirían que el régimen sancionador concursal dote al sistema de eficiencia. Respecto a la conducta tipificada por la realización de actos ineficaces, el deudor será sancionado por la comisión de actos declarados como ineficaces ante la autoridad judicial. Ello presupone un pronunciamiento previo de la autoridad judicial respecto a la declaración de ineficacia demandada por algún interesado, pronunciamiento que, a pesar de ser seguido en un proceso sumarísimo, es posible que demore.

Entonces, en el supuesto que se declare la ineficacia de la totalidad de pagos efectuados por el deudor concursado, como se desprende de la lectura del artículo referido a la ineficacia, sin discriminar si dichos pagos fueron necesarios para continuar con la actividad del deudor, tendremos un aumento en los procedimientos sancionadores ante la autoridad concursal. Correrán la misma suerte aquellos acreedores cuyos créditos sean extinguidos por el deudor concursado, pues todo será a costa del patrimonio del deudor, incluidos los pagos.

Por otro lado, respecto a la tipificación de los actos de disposición patrimonial efectuada por el proyecto de Ley, retornamos a la situación de la actual LGSC, en tanto se señala que se sancionarán a aquellos que no correspondan al curso ordinario de la actividad empresarial del deudor.

Consideramos que el proyecto de Ley no ha abordado de manera adecuada la problemática. Si bien es cierto, el legislador se ha planteado la misma problemática, se estima que la alternativa de solución planteada no resulta idónea y será contraproducente, en tanto se está restringiendo en exceso la actividad privada en los procedimientos concursales. Por otro lado, mantener sin un mayor desarrollo lo relativo a la continuidad de las actividades del deudor, resulta de gran peligro en tanto puede ser usado como una alternativa para convalidar todos los pagos efectuados por el deudor concursado.

#### 4.4 Propuesta de mejora

Como se ha mencionado, el proyecto de Ley por un lado ha fijado cierta rigurosidad respecto de los pagos de créditos concursales, pero por otro, ha dejado un amplio margen para la comisión de dichos actos con el desarrollo normal de la actividad empresarial. Pareciera entonces que nos encontramos ante dos figuras antagónicas, la prohibición de los pagos de créditos concursales y el desarrollo normal de la actividad del deudor que, a fin de cuentas, no lo son.

Entonces, para armonizar la LGSC resulta necesario que se realice un mayor desarrollo de la continuidad de las actividades del deudor concursado, ello

durante el segundo tramo del periodo de sospecha y uno mucho más restrictivo que el realizado por la autoridad concursal. Es decir, delimitando claramente que actividades resultan estrictamente necesarias para la continuidad del deudor en el mercado.

Como bien lo señala Puelles, para determinar qué actividades se encuentran dentro del curso ordinario del negocio, estas deben tratarse de actos típicos de un agente en el mercado que realice la misma actividad y evaluar la razonabilidad de la práctica.

Es así que, se tendrá que realizar un análisis del mercado relevante donde se desarrolla el deudor concursado y analizar las conductas de los agentes de mercado, competidores, de la deudora concursada. Ello con la finalidad de determinar que actividades son las comunes realizadas por los agentes del mercado, que permitan la continuidad de sus actividades.

Para lograr ello, la autoridad concursal debe asumir esta tarea y deberá determinar un listado correspondiente a las actividades estrictamente necesarias para el deudor concursado. Recordemos que, la autoridad concursal actualmente realiza un análisis de caso por caso para determinar que pagos de créditos concursales se encuentran dentro del desarrollo normal de la actividad del deudor, por lo que contar con un listado previo, reducirá la actual discrecionalidad con la que cuenta la autoridad concursal al analizar este tipo de casos.

Con esta información, no solo la autoridad concursal, sino la autoridad judicial se verá beneficiada en tanto ya existirá una "lista" de actividades susceptibles de ser pagadas por el deudor concursado que no podrán ser declaradas ineficaces y, en consecuencia, tampoco se podrá iniciar procedimientos sancionadores por la comisión de dichas conductas. Adicionalmente, se dotará de mayor dinamismo al proceso de ineficacia concursal (en lo relacionado a pago de créditos concursales) puesto que, ya se tendrá determinados los pagos que son justificados y por ende permitidos.

Asimismo, se genera mayor predictibilidad para el deudor concursado y sus administradores, en tanto cuentan con un margen de acción para la continuación de las actividades del deudor, lo que permitiría el ingreso de mayor patrimonio que pueda afrontar la crisis por la que atraviesa. Adicionalmente, no se encontrará ante la incertidumbre que algún acreedor que no se haya visto beneficiado con el pago de créditos concursales demande la ineficacia de los referidos y, consecuentemente, el inicio de un procedimiento sancionador.

El contar con un "listado" de actividades estrictamente necesarias para la continuación

de las actividades del deudor, genera mayor confianza en los acreedores, puesto que no verían como algo prohibido los pagos de créditos concursales, sino como un hecho orientado a producir mayores riquezas que finalmente servirán para la recuperación de sus créditos. Asimismo, se realizaría un balance respecto del incentivo propuesto en el proyecto de Ley para que demande la ineficacia concursal de los pagos, toda vez que el acreedor conocerá que pagos no son susceptibles de ser declarados como ineficaces.

Cabe precisar que, para que el listado planteado resulte eficiente para el sistema concursal, el análisis del mercado relevante efectuado por la autoridad concursal debe ser difundido. Asimismo, con la delimitación del listado de actividades necesarias, resulta de vital importancia establecer como eximente de responsabilidad administrativa, los pagos efectuados en virtud a esta lista.

Por otro lado, la autoridad concursal deberá efectuar un orden de importancia entre las actividades estrictamente necesarias susceptibles de ser pagadas. Con ello, se limita al deudor y a su administración a efectuar pagos en el orden de importancia establecido por la autoridad concursal.

Asimismo, consideramos necesaria la posibilidad del deudor concursado de impugnar la determinación del mercado relevante, tanto para la determinación de las actividades estrictamente necesarias, como para la determinación del orden de importancia de las mismas. Ello en tanto, el deudor y sus administradores, en base al *know-how* y las necesidades que este requiere, señalará las razones por las cuales considera debe integrarse una determinada actividad o cambiar el orden de importancia de alguno, a efectos de mantener a la empresa en marcha.

Se debe precisar además que, no cabe la posibilidad de permitir los pagos de créditos concursales que no correspondan a actividades estrictamente necesarias para la continuación de las actividades del deudor, pues como se ha explicado anteriormente, desnaturalizan los procedimientos concursales.

Es así que, en caso un deudor concursado efectúe pagos de créditos concursales, que a fin de cuentas terminen reduciendo en gran cantidad a los acreedores participantes del concurso, carecería de objeto continuar con el procedimiento concursal y se deberán imponer las sanciones correspondientes al deudor concursado. Con esto, el deudor estaría demostrando su capacidad de pago y su capacidad de asumir todas las obligaciones que mantiene pendiente.

En ese sentido, no tendría fundamento la participación de la autoridad concursal en dichos procedimientos puesto que, el interés de la

colectividad de acreedores desaparece y con este, desaparece también el interés público que guía la actuación de la Administración. Sin embargo, la consecuencia para este supuesto de hecho planteado implicaría la sanción administrativa, puesto que se han realizado conductas tipificadas por la LGSC.

## 5. Conclusiones

A partir de lo planteado, podemos señalar que, los pagos de créditos concursales desnaturalizan a los procedimientos concursales en tanto vulneran el principio de colectividad y proporcionalidad que los rigen. Sin embargo, tampoco se puede negar la necesidad de realizar determinados pagos de créditos que resulten estrictamente necesarios para la continuidad de las actividades del deudor, en caso la administración del deudor determine la viabilidad del mismo en el mercado.

Es así que, los pagos de créditos concursales no pueden ser realizados por el deudor concursado de manera indiscriminada, deben ser regulados por la autoridad concursal. No obstante, tanto la LGSC como el proyecto de Ley presentan imprecisiones que no permiten abordar adecuadamente el problema referido, ni permiten a la autoridad concursal neutralizarlos.

Por un lado, la LGSC no cuenta con una regulación expresa que aborde adecuadamente los pagos de créditos concursales, no se establece un tipo infractor que disuada al deudor concursado y a los acreedores de incurrir en dicha conducta. Adicionalmente, la autoridad concursal ha efectuado un desarrollo de la norma que permitiría a los agentes la realización de este tipo de actos que desnaturalizan los procedimientos concursales, bajo la justificación de la continuación de las actividades del deudor.

Si bien es cierto, la autoridad concursal de primera instancia realizó un esfuerzo por delimitar los pagos de créditos concursales en el tipo de actos de disposición patrimonial, el fundamento realizado por la Administración no se enmarcaba en los límites de la potestad sancionadora, como la tipificación y prohibición de analogía.

Por otro lado, la Sala Concursal con el desarrollo que realiza a partir de los procedimientos sancionadores de UIGV, genera un amplio margen de acción para los deudores concursados en los que se permitía todo tipo de pagos de créditos concursales bajo el argumento de ser realizados en virtud de la continuidad de las actividades del deudor.

El proyecto de Ley, por su parte, regula en demasía los pagos de créditos concursales por parte del deudor concursado. Tal es así que, todos los pagos de créditos concursales por parte del deudor

concurado resultan susceptibles de ser declarados como ineficaces ante la autoridad judicial y, en consecuencia, el deudor concursado y el acreedor beneficiado podrían ser sujetos de procedimientos administrativos sancionadores.

Si bien es cierto, el proyecto de Ley ha abordado adecuadamente la ineficacia concursal y los pagos de créditos concursales efectuados durante el segundo tramo del periodo de sospecha o la etapa de suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor, consideramos que no se toman en consideración los pagos de créditos concursales que resultan estrictamente necesarios para garantizar la continuidad de la actividad del deudor. Ello como consecuencia de pagos de créditos que no pueden ser desconocidos por la autoridad concursal ni judicial, así como no se puede desconocer su importancia para la continuidad de las actividades del deudor.

Cabe precisar que, el hecho que el proyecto de Ley mantenga en gran parte la redacción del artículo 31 también supone un problema por su falta de claridad. Es así como no se delimita un margen de acción tanto para el deudor concursado, como para los acreedores, lo cual se vería reflejado en términos de eficiencia para el sistema.

Consideramos apropiado el delimitar qué tipo de actividades o relaciones jurídicas se podrían considerar como necesarias para la continuidad de las actividades del deudor concursado, durante el segundo tramo del periodo de sospecha o durante la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones. Para ello, se requiere que se realice un análisis del mercado relevante en el que se desempeña el deudor, así como los agentes de mercado, competidores, que realizan actividades similares, evaluando las prácticas comerciales que realizan y la razonabilidad de las referidas prácticas.

Asimismo, este análisis debe ser llevado a cabo por la autoridad concursal, pues ella será la encargada de analizar los pagos de créditos concursales efectuados por el deudor. La importancia de que la autoridad concursal efectúe este análisis y establezca la lista de actividades permitidas, radica en la diversidad de objetos sociales de las empresas, por lo que no se puede generar un listado único para todo tipo de empresas, sino que deben ser evaluadas de manera individual.

Por otro lado, es importante que el listado de actividades que efectúe la autoridad concursal sea difundido por la misma y que el deudor concursado tenga la posibilidad de cuestionar ello, para que, en base a su conocimiento de mercado y *know-how* de su empresa, sugiera a la autoridad concursal incluir determinadas actividades que el estime conveniente para su subsistencia en el mercado.

Asimismo, el listado de actividades debe ser difundido por la autoridad concursal para generar mayor predictibilidad en los agentes del mercado y las autoridades concursal y judicial, permitiendo una mayor eficiencia en los procedimientos concursales.

El deudor concursado se verá beneficiado en tanto el listado de actividades le generará mayor predictibilidad para actuar en beneficio de la unidad productiva y en beneficio de los propios acreedores. Ello será posible puesto que, el continuar con sus actividades o generará mayor riqueza que pueda afrontar la deuda; o, no permitirá que la deuda que mantiene crezca.

De igual manera, para el acreedor el beneficio del listado de actividades generará mayor predictibilidad para continuar relacionándose con el deudor, puesto que puede seguir abasteciendo de servicios o productos con la certeza de que el deudor concursado va a satisfacer su derecho de crédito.

Finalmente, el beneficio para la autoridad concursal y para la autoridad judicial se refleja en la predictibilidad que esta tendrá para la determinación de la ineficacia concursal de los pagos efectuados por el deudor, en tanto conocerá que pagos son estrictamente necesarios y por ende permitidos y, cuáles serán susceptibles de ser declarados ineficaces, dotando de mayor dinamismo al proceso. Por otro lado, la autoridad judicial se verá beneficiada en tanto contará con un criterio objetivo por el cual puede determinar la responsabilidad administrativa de un deudor concursado o de los acreedores que se vean beneficiados con el pago de sus créditos concursales, en tanto se conocerá a que acreedores se puede efectuar el pago y a cuáles no.

## 6. Lista de referencias

Barchi, L. (2011). Ineficacia de actos del deudor, pretensión de ineficacia y reintegro de bienes a la masa concursal. *Ley General del Sistema Concursal: Análisis exegetico*. (pp. 238 - 256). Editorial Rhodas.

Cano, T. (2009). La actividad sancionadora. En Lecciones y material de estudio del derecho administrativo: La actividad de las Administraciones Públicas, pp. 87 - 119.

Congreso de la República del Perú (2002, 8 de agosto). *Ley 27809. Ley General del Sistema Concursal*.

Del Aguila, P. (2004). Créditos concursales vs. créditos post-concursales. Apuntes sobre el fuero de atracción y su incidencia en la formación del concurso. *Ius Et Veritas*, 14(28), 12-28.

Diez-Picazo, L. (1964). El contenido de la relación obligatoria. *Anuario de derecho civil*, 17(2), 349 – 366.

Escurra, H. & Solis, G. (2002). El Estado contraataca: La múltiple personalidad de un sistema concursal de

ciencia ficción. *Themis* (45), 149 – 163. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11875>

Exposición de Motivos de la Ley General del Sistema Concursal.

Landa Arroyo, C. (2017). Derechos de dignidad y Libertad Personal: Derecho a la igualdad. En *Los derechos fundamentales* (pp. 29 - 41). Fondo Editorial PUCP.

Lizárraga, A. (2018a). Nociones generales: Descripción del Procedimiento Concursal. En *La ineficacia concursal: Estudio doctrinario y jurisprudencial en el sistema concursal peruano*. *Lex & Iuris* (pp. 39 - 46).

Lizárraga, A. (2018b). La ineficacia concursal y su tratamiento en el ordenamiento peruano. En *La ineficacia concursal: Estudio doctrinario y jurisprudencial en el sistema concursal peruano*. *Lex & Iuris*. (pp. 113 - 244).

Martínez Posada, J., Vivirescas Molina, L. & Puentes Rodríguez, C. (2018). La biopolítica de la deuda: relación acreedor – deudor. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(1), 87 – 103.

Petroperu (2023). Lista de proveedores de mercado local de hidrocarburos. Recuperada a partir de <https://www.petroperu.com.pe/Docs/spa/files/transparencia/registro-proveedores-local-230503.pdf>

Presidencia del Consejo de Ministros (2020, 11 de agosto) Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N 1511 – Decreto Legislativo que crea el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal – PARC, para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del Covid-19. Recuperado a partir de <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2020/Mayo/11/EXP-DL-1511.pdf>

Presidencia de la República del Perú (2023, 20 de julio). Proyecto de Ley. *Ley que modifica la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal y el Código Civil*.

Sala Especializada en Procedimientos Concursales. (2022, 28 de junio). Resolución N° 381-2022/SCO-INDECOPI.

Sala Especializada en Procedimientos Concursales. (2023, 12 de septiembre). Resolución N° 436-2023/SCO-INDECOPI.

Sala Especializada en Procedimientos Concursales. (2023, 12 de septiembre). Resolución N° 437-2023/SCO-INDECOPI.

Puelles, G. (2008). Al filo de la sospecha. La ineficacia de actos del deudor en concurso. *Advocatus*, 18, 285 - 04.