

**RESOLUCION N° 011-97-TDC
EXPEDIENTE N° 078-95/CRE-CAL-003**

Solicitante:	Profuturo AFP (Profuturo)
Insolvente:	Seguconsult S.A. (Seguconsult)
Materia:	Solicitud de reconocimiento de créditos Administradoras privadas de fondos de pensiones Aportes previsionales Liquidación para cobranza sobre base presunta Facultades de investigación Nulidad de resolución

Lima, 17 de enero de 1997

I. ANTECEDENTES

El 3 de julio de 1996 Profuturo solicitó a La Comisión el reconocimiento de los créditos que mantiene frente a Seguconsult, ascendentes a S/.302,279,95 (Trescientos unmil doscientos setentinueve y 95/100 nuevos soles) derivados de aportes previsionales vencidos entre noviembre de 1993 y marzo de 1996, inclusive, además de los recargos e intereses correspondientes, que se encuentran incorporados en 29 Lidaciones para Cobranza que acompañó a su solicitud, las mismas que han sido elaboradas en base a la remuneración más alta de los trabajadores incorporados al Sistema Privado de Pensiones, basándose para ello en el artículo 3 de la Resolución N°467-94-EF/SAFP

Habiéndose puesto la solicitud en conocimiento de Corporación Asesora S.A., entidad liquidadora de Seguconsult, sin que ésta se pronuncie sobre los créditos invocados por Profuturo en el plazo otorgado por la Comisión, el 11 de octubre de 1996 dicha entidad delegada emitió la Resolución N°007-96/CRE-CAL/EXP. 078-95, por la que declaró infundada la solicitud, por considerar que los documentos sustentatorios presentados por Profuturo se basan en una remuneración

asegurable derivada de un supuesto no verificable y subjetivo, lo que constituye un abuso de derecho.

Profuturo apeló de dicha resolución sosteniendo que el artículo 3 de la Resolución N°467-94-EF/SAFP, que regula el procedimiento para el cobro de los aportes previsionales no pagados por los empleadores, autoriza a las AFP a utilizar alternativamente diversos criterios para determinar la base de cálculo para los aportes previsionales, entre los que se encuentra el uso de la remuneración más alta de los incorporados al Sistema Privado de Pensiones, de acuerdo con lo informado por la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Asimismo, manifiesta que dicha base fue también usada en las Liquidaciones Previas presentadas a Seguconsult para que formule las observaciones que crea conveniente, por lo que la base para su cálculo no es un supuesto no verificable, ni subjetivo y tampoco constituye un abuso del derecho.

II. CUESTION EN DISCUSION

A criterio de esta Sala la cuestión en discusión en el presente procedimiento consiste en determinar si la liquidación para cobranza emitida en base a la remuneración más alta considerada por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones según lo establecido en el artículo 3 de la Resolución N° 467-94-EF/SAFP constituye título suficiente para el reconocimiento de créditos invocados por las AFPs.

III. ANALISIS DE LA CUESTION EN DISCUSION

III.1.- Las Liquidaciones para Cobranza.

Según lo dispuesto en los artículos 35 y 36 de la Ley N° 25897, Ley de Creación del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), el primero de ellos modificado por el artículo 1 de la Ley N° 26336, cuando el empleador no cumpla con pagar los aportes al SPP de sus trabajadores, debe formular una "Declaración sin Pago" de los mismos. En caso que ello no sucediera, la correspondiente Administradora Privada de Fondos de Pensiones (AFP) deberá determinar el monto de los aportes adeudados y proceder a su cobro. Para tal fin, emitirá una Liquidación para Cobranza, con mérito ejecutivo, siguiendo el procedimiento establecido en la Resolución N°467-94-EF/SAFP, que también es aplicable a los casos en los que el empleador haya formulado la "Declaración sin Pago" incompleta.

El artículo 3 de la mencionada Resolución dispone que para determinar el monto de los aportes previsionales impagos, la AFP podrá pedir al afiliado que declare el

monto de su remuneración o le remita las boletas de pago de su remuneración correspondientes a los meses adeudados. Igualmente, la AFP podrá determinar el monto de la deuda en función al historial previsional del afiliado, tomando como base su última remuneración registrada, o, en defecto de ésta, la remuneración más alta incorporada al SPP según la información proporcionada por la Superintendencia.

La posibilidad de cobro de una suma manifiestamente mayor a la realmente adeudada, crea incentivos para que el empleador informe el monto real de la remuneración sobre la cual pueda liquidarse la acreencia. Así, en la relación entre dos partes, un deudor (empleador) y su acreedor (AFP) se impone como carga al primero el informar sobre las remuneraciones reales de sus trabajadores, pues de lo contrario se le obligará a pagar un monto mayor. Así el único perjudicado con la aplicación de la ficción es aquel que no cumple con suministrar la información que obra en su poder y sin la cual no es posible liquidar el monto del crédito.

Sin embargo, aún cuando se haya emitido la liquidación para cobranza, el deudor puede presentar en cualquier momento la documentación que acredite la cuantía real de las remuneraciones que reciben sus trabajadores.

Como ya se ha señalado, en las Liquidaciones para Cobranza presentadas en este procedimiento, Profuturo determinó los aportes previsionales impagos en base a la remuneración mensual máxima registrada en el SPP, ascendente a S/.87,088.38 (Ochentisiete mil ochentiocho y 38/100 Nuevos soles), tal como se desprende del Oficio Circular N° 058-94-EF/SAFP, del 27 de setiembre de 1994.

Asimismo, tal como aparece en la parte de antecedentes de esta Resolución, Profuturo ha manifestado que antes de elaborar las Liquidaciones para Cobranza, cumplió con notificar a Seguconsult las Liquidaciones Previas a las que se refiere el artículo 4 de la Resolución N° 467-94-EF/SAFP, sin que la deudora hubiese formulado observaciones respecto de ellas.

Si bien de lo expuesto hasta aquí se desprende que Profuturo habría cumplido con todos los requisitos previstos en la Resolución N° 467-94-EF/SAFP para el cobro de los aportes previsionales impagos en la vía ejecutiva, es necesario determinar si esos elementos resultan suficientes para reconocer tales créditos para efectos del procedimiento concursal.

II.2.- El procedimiento de reconocimiento de créditos.

Declarada la insolvencia de una empresa, corresponde determinar la masa de acreedores y, con ello, la conformación de su junta en atención al monto total reconocido en favor de cada acreedor, en la que se adoptarán las decisiones sobre el futuro de la insolvente y la marcha del procedimiento concursal. Por este motivo, el reconocimiento de los créditos por parte de la Comisión, tiene entre sus objetivos identificar la realidad del pasivo de la empresa, que servirá como

elemento importante para la junta de acreedores al momento de tomar las principales decisiones a su cargo.

Nótese que el supuesto del reconocimiento del crédito es distinto al supuesto previsto en la Resolución N°467-94-EF/SAFP. No estamos frente a una situación que involucra solo dos partes: un acreedor que requiere información para determinar el monto de su crédito, y un deudor al que se le impone una carga que incentiva a que revele dicha información. Nos encontramos, por el contrario, en un supuesto en el que la situación económica y financiera del deudor hacen presumir la dificultad de honrar todas sus obligaciones, y que por tanto afecta a todos los demás acreedores, que se perjudican o se benefician con los montos de los créditos que la Comisión termina reconociendo.

Siendo que los intereses involucrados trascienden la esfera de la relación deudor-acreedor, esta Sala considera que los derechos de los demás acreedores deben ser considerados y tutelados, sin que con ello se afecte tampoco los legítimos derechos de aquel acreedor que ha solicitado el reconocimiento del crédito.

En ese sentido, conforme a los artículos 4 de la Ley de Reestructuración Empresarial (la Ley) y 8 y 11 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 044-93-EF (el Reglamento), cuando se presenta una solicitud de reconocimiento de créditos frente a una empresa insolvente, la Comisión debe investigar por todos los medios a su alcance la titularidad, legitimidad y cuantía de esos créditos, ejerciendo las atribuciones y facultades que le confieren la Ley y el Reglamento, así como el Título I del Decreto Legislativo N° 807.

Atendiendo a lo señalado en el párrafo anterior y para efectos del presente procedimiento, debe destacarse que el silencio de la empresa insolvente ante el requerimiento de información formulado por la Comisión no importa el reconocimiento de los créditos invocados por la AFP, mas aun cuando el empleador tiene la posibilidad de presentar, en cualquier momento, la documentación que permita determinar el verdadero monto de las obligaciones.

Tal como se ha señalado en el punto anterior, Profuturo habría emitido las Liquidaciones para Cobranza cumpliendo los requisitos de la Resolución N° 467-94-EF/SAFP, como parte del procedimiento administrativo previo a la cobranza ejecutiva de los aportes previsionales impagos. Sin embargo, las Liquidaciones para Cobranza elaboradas en base a la mayor remuneración registrada en el SPP, tal como es el caso de las liquidaciones presentadas por Profuturo frente a Seguconsult, tienen un objetivo específico y corresponden a un procedimiento administrativo en particular. Por ello, en los procedimientos concursales, en los que lo que se debe determinar es la composición real de la masa de acreedores, dichas liquidaciones no son suficientes para determinar la cuantía de los créditos del solicitante.

Es pertinente recordar que en materia concursal el reconocimiento de un crédito afecta la participación de los demás acreedores en la Junta, y en consecuencia, el

peso de su voto para la toma de decisiones sobre el destino de la empresa. Asimismo, en caso se decida la liquidación de la empresa deudora, disminuye la posibilidad de que los acreedores restantes puedan efectuar el cobro de sus créditos. En este caso particular, en consecuencia, si se aceptara la remuneración más alta considerada por la Superintendencia, se estaría reconociendo un crédito manifiestamente excesivo e irreal, lo cual constituye un perjuicio evidente tanto para la empresa insolvente como para los restantes acreedores que sí presentaron un crédito cierto y por tanto verificable. Así todo reconocimiento de un crédito que exceda los montos reales afecta directamente las legítimas expectativas de terceros que no tiene por que verse perjudicados por la inacción del deudor.

Tal como se señala en la Resolución N° 106-96-TDC emitida en el procedimiento seguido por la Comisión de Salida del Mercado del Indecopi con Compañía Industrial Oleaginosa S.A. sobre nulidad de declaración de insolvencia, en relación a las investigaciones a cargo de los órganos administrativos encargados de tramitar los procedimientos concursales, *"... esta Sala considera que no se puede establecer un único criterio, aplicable a todos los procedimientos derivados de la aplicación de las normas concursales y que, por el contrario, el nivel y la amplitud de las investigaciones, así como los medios utilizados para tal fin, deben determinarse para cada caso, en atención a los indicios e información que obren en el expediente."*

La Sala considera que, dadas las características del presente procedimiento, en el que se debe determinar el monto de aportes previsionales impagos, correspondientes a trabajadores de una empresa insolvente, sus características, elementos y particularidades se pueden presentar en forma reiterada, por lo que resulta necesario establecer los criterios que deben aplicarse cuando las solicitudes de reconocimiento de créditos presentadas por las AFP se sustenten en Liquidaciones para Cobranza emitidas utilizando como base para la determinación de los créditos, la mayor remuneración registrada en el SPP.

En ese sentido, cuando una AFP solicite el reconocimiento de créditos derivados de aportes previsionales impagos, liquidados en base a la máxima remuneración de los afiliados al sistema, en ejercicio de las atribuciones otorgadas por la Ley y el Reglamento, la Comisión de Salida del Mercado del Indecopi y sus entidades delegadas, según corresponda, deberán:

- a) Verificar que, además de presentar la Liquidación para Cobranza, la AFP haya declarado: (i) que en el historial previsional correspondiente no cuenta con información sobre la remuneración real; y (ii) que emitió y notificó al deudor la Liquidación Previa a la que se refiere el artículo 4 de la Resolución N° 467-94-EF/SAFP, como requisito previo a la emisión de la Liquidación para Cobranza. Ante el incumplimiento de cualquiera de los dos requisitos mencionados, la solicitud deberá ser declarada improcedente.

b) Constatar si la información necesaria para determinar el monto real de los aportes previsionales impagos, o parte de ella, obra en alguno de los expedientes administrativos a su cargo, en cuyo caso la pondrá a disposición de la AFP para que ésta pueda reliquidar su acreencia.

c) En caso de no contar con toda o parte de la información relevante, en los expedientes a su cargo, requerir a la empresa deudora la presentación de copia de las partes pertinentes del libro de planillas, de las boletas de pago o de cualquier otro documento en el que consten las remuneraciones de los trabajadores afiliados, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones previstas en el Decreto Legislativo N°807, en caso de no absolverse el requerimiento en el plazo otorgado.

d) Absuelto el requerimiento, remitir a la AFP copia de la documentación recibida, para que modifique su solicitud reliquidando la deuda previsional en base a las remuneraciones reales, luego de lo cual se procederá al reconocimiento de los créditos en base a la nueva liquidación presentada.

e) Si la AFP no cumple con reliquidar su crédito, en base a la información en poder de la comisión o sus entidades delegadas, a la presentada por el deudor, o al historial previsional, según sea el caso, en el plazo concedido por la Comisión para tal efecto, se declarará infundada la solicitud.

Cabe analizar que ocurrirá si agotada la investigación y usados los medios que la ley concede a la Comisión o a la entidad delegada correspondiente, no es posible determinar el monto de las remuneraciones, no pudiéndose establecer el monto de la deuda.

De reconocerse el crédito en función a la máxima remuneración del sistema los demás acreedores se verían evidentemente perjudicados. Si bien es cierto que existiría incertidumbre sobre cuál es el monto de las remuneraciones de los trabajadores del deudor, existe una certidumbre casi total que la deuda liquidada es manifiestamente excesiva (salvo en el caso que todos los trabajadores del deudor sean precisamente los trabajadores mejor remunerados de todo el sistema). De los posibles afectados con el reconocimiento, es decir de la AFP y de los demás acreedores, es evidente que la primera está en mejor posición para obtener la información relevante. Por tanto los costos de la falta de prueba oportuna y adecuada debe recaer antes en la AFP que en los demás acreedores, totalmente ajenos al problema pero potencialmente afectados por el mismo.

Así, en el supuesto que ni la Comisión, ni la AFP, ni la deudora cuenten con la información necesaria para determinar el monto de las remuneraciones, se deberá declarar infundada la solicitud.

III.3.- La investigación realizada por la Comisión en el presente caso.

De la documentación que obra en el expediente se puede apreciar que la única acción desarrollada por la Comisión para determinar el monto real de los créditos, consistió en correr traslado a la entidad liquidadora de Seguconsult (Corporación Asesora S.A.) por 72 horas, para que se pronuncie sobre la solicitud formulada por Profuturo. En este sentido, antes de emitir pronunciamiento, la Comisión no realizó investigaciones ni requerimientos adicionales al traslado mencionado, lo que constituye un incumplimiento del mandato contenido en los artículos 4 de la Ley y 8 y 11 del Reglamento.

En virtud de ello, esta Sala considera que debe declarar nula la Resolución N°007-96/CRE-CAL/EXP.078-95, en aplicación del inciso c) del artículo 43 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, toda vez que la Comisión ha incumplido normas esenciales del procedimiento de reconocimiento de créditos, y ordenar a la Comisión que, antes de emitir nuevo pronunciamiento, realice las investigaciones pertinentes, ejerciendo las facultades contenidas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807 y siguiendo los criterios establecidos en la presente Resolución.

IV. RESOLUCION DE LA SALA:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución N°007-96/CRE-CAL/EXP. 078-95 de la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima que declara infundada la solicitud de reconocimiento de créditos presentada por Profuturo AFP frente a Seguconsult, debiendo la Comisión llevar a cabo las investigaciones que resulten necesarias según los criterios que se establecen en la presente Resolución.

SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, considerar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los siguientes principios:

"Cuando una AFP solicite el reconocimiento de créditos derivados de aportes previsionales impagos, liquidados en base a la máxima remuneración de los afiliados al sistema, en ejercicio de las atribuciones otorgadas por la Ley de Reestructuración Empresarial y su Reglamento y con las facultades contenidas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807, la Comisión de Salida del Mercado del Indecopi y sus entidades delegadas, según corresponda, deberán:

- a) *Verificar que, además de presentar la Liquidación para Cobranza, la AFP haya declarado: (i) que en el historial previsional correspondiente no cuenta con información sobre la remuneración real; y (ii) que emitió y notificó al deudor la Liquidación Previa a la que se refiere el artículo 4 de la Resolución N° 467-94-EF/SAFP,*

como requisito previo a la emisión de la Liquidación para Cobranza. Ante el incumplimiento de cualquiera de los dos requisitos mencionados, la solicitud deberá ser declarada improcedente.

b) Constatar si la información necesaria para determinar el monto real de los aportes previsionales impagos, o parte de ella, obra en alguno de los expedientes administrativos a su cargo, en cuyo caso la pondrá a disposición de la AFP para que ésta pueda reliquidar su acreencia.

c) En caso de no contar con toda o parte de la información relevante, en los expedientes a su cargo, requerir a la empresa deudora la presentación de copia de las partes pertinentes del libro de planillas, de las boletas de pago o de cualquier otro documento en el que consten las remuneraciones de los trabajadores afiliados, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones previstas en el Decreto Legislativo N°807, en caso de no absolverse el requerimiento en el plazo otorgado.

d) Absuelto el requerimiento, remitir a la AFP copia de la documentación recibida, para que modifique su solicitud reliquidando la deuda previsional en base a las remuneraciones reales, luego de lo cual se procederá al reconocimiento de los créditos en base a la nueva liquidación presentada.

e) Si la AFP no cumple con reliquidar su crédito, en base a la información en poder de la comisión o sus entidades delegadas, a la presentada por el deudor, o al historial previsional, según sea el caso, en el plazo concedido por la Comisión para tal efecto, se declarará infundada la solicitud.

En el supuesto que ni la AFP cuente con la información necesaria, ni la Comisión o entidad delegada correspondiente pudiera determinar el monto de las remuneraciones, se deberá declarar infundada la solicitud."

TERCERO.- Disponer que la Secretaría Técnica pase copias de la presente Resolución, así como de la resolución de Primera Instancia, al Directorio del INDECOPI para su publicación en el Diario Oficial El Peruano, de acuerdo a los términos establecidos en el segundo párrafo del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Jorge Vega Castro, Luis Hernández Berenguel y Gabriel Ortiz de Zevallos Madueño.