

N°003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96. Asimismo, presentó otro escrito por el cual solicitó que se declare la nulidad de la misma Resolución N° 003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96, toda vez que en la tramitación del procedimiento se habría incurrido en defectos que la vician de nulidad.

Teniendo en consideración que la validez de la resolución por la cual se declaró la insolvencia de Cinolsa estaba controvertida, por Resolución N° 077-96-TRI-SDC, emitida el 25 de octubre de 1996 en el Cuaderno de Nulidad (A), abierto en atención al Informe de la Comisión de Salida del Mercado, se dispuso como medida provisional, la suspensión de la tramitación de las solicitudes de reconocimiento de créditos presentadas por los acreedores de Cinolsa, así como la suspensión de la instalación de la correspondiente Junta de Acreedores.

Notificada de la Resolución N° 077-96-TRI-SDC, el 14 de noviembre de 1996 Cinolsa se apersonó a la instancia, manifestando que las causales de nulidad invocadas por la Comisión de Salida del Mercado carecían de sustento, conforme al análisis que formula en su escrito¹, y que Servitrayler S.A. no había acreditado los hechos que habrían originado su pedido de nulidad. Finalmente, solicitó a la Sala que conceda el uso de la palabra a su abogado patrocinante.

¹ Los argumentos utilizados por Cinolsa contra las causales de nulidad expuestas en el Informe de la Comisión de Salida del Mercado fueron los siguientes:

- (i) respecto de la supuesta falta de poderes del señor Felipe Osterling Letts, manifestó que la aplicación del principio de literalidad previsto en el artículo 75 del Código Procesal Civil no es apropiada, puesto que dicha norma se refiere a *"...facultades especiales para realizar actos de disposición de derechos sustantivos y demás propios de un proceso judicial, el cual no resulta aplicable en este caso, máxime si el Poder conferido (...) es precisamente para solicitar la Declaratoria de Insolvencia y demás actuaciones el D.L.N° 26116 (...) dentro de las cuales obviamente encontramos (sic) el de absolver el traslado para acreditar la capacidad de pago (...) y/o consentir la deuda invocada, más aun si el Poder tiene las características de ser uno extensivo y no restrictivo..."*
- (ii) En cuanto a la acumulación de las dos solicitudes, invocó el artículo 36 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS (en adelante, Ley de Procedimientos Administrativos), según el cual *"No podrá organizarse sino un sólo expediente para la solución de un mismo caso..."*. En atención a ello, expresó que dicho artículo, en concordancia con los artículos 58 y 102 de la misma norma *"...refleja el principio de concentración procesal que toda norma adjetiva contiene, de tal suerte que, existiendo cabal conexión en las dos peticiones, y tratándose de un mismo caso, resulta a todas luces procedente la decisión (...) que dispone acumular los actuados en un solo procedimiento..."*; y
- (iii) Finalmente, sobre la supuesta vinculación económica con Transur, declaró, expresamente, que *"...si bien es cierto que los señores Andrés y Felipe Osterling Letts fueron directores de Transur S.A., estos cargos (sic) lo ocuparon hasta el 26 de marzo de 1995, fecha en la cual dejaron de pertenecer a la administración de dicha Empresa y en adelante no tienen ninguna relación con ésta (...) En consecuencia, no existe vinculación o conexión económica que pueda llevar a pensar en una complicidad susceptible de nulidad, lo que sí es lógico es, que entre dichas empresas se haya mantenido una relación comercial, lo que ha generado la obligación que motivara el pedido de insolvencia por parte de Transur S.A."*

Ante el pedido formulado por Cinolsa, la Sala citó a Informe Oral para el 4 de diciembre de 1996, el mismo que se llevó a cabo con la asistencia del abogado patrocinante de Cinolsa y el abogado patrocinante de Servitrayler S.A., habiendo sido esta última empresa citada, conforme al artículo 33 del Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, aprobado por Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI (en adelante, el Reglamento del INDECOPI y la Ley del INDECOPI, respectivamente), para efectos de contar con mayor información al momento de emitir pronunciamiento en este procedimiento, así como en los dos procedimientos iniciados en atención a los recursos presentados por la mencionada Servitrayler S.A.

En atención a lo expuesto en los puntos anteriores y en cumplimiento del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, modificado por la Ley N° 26654 (en adelante la Ley de Procedimientos Administrativos) el 26 de diciembre de 1996 la Sala emitió la Resolución N° 106-96-TDC, por la cual dispuso que se inicie un proceso investigador, a cargo de la Secretaría Técnica de la Sala (en adelante la Secretaría Técnica), para determinar la existencia o inexistencia de vicios que pudieran afectar la legalidad de la declaración de insolvencia de Cinolsa y, en su caso, adoptar las medidas necesarias para sanear el procedimiento, ejerciendo para tal fin las atribuciones que le confieren el artículo 33 del Reglamento del INDECOPI, y el Título I del Decreto Legislativo N° 807.

Los resultados de la investigación ordenada debían aportar a la Sala nuevos elementos de juicio que le permitieran pronunciarse sobre: (i) la existencia o inexistencia de vinculación económica entre Transur y Cinolsa, que había sido negada en forma categórica por esta última en su escrito del 14 de noviembre de 1996; y (ii) la existencia o inexistencia de los créditos invocados por Transur en la solicitud presentada para que se declare la insolvencia de Cinolsa.²

Atendiendo al pedido formulado por Cinolsa, el 25 de febrero de 1997 se realizó un segundo Informe Oral el mismo que fue rendido por el abogado de Cinolsa. En la misma fecha, la Secretaría Técnica presentó el Informe N° 12-97-TDC (en adelante,

² Para lograr el cumplimiento de los fines del proceso investigador, además de ordenar la realización del mismo, la Sala dispuso lo siguiente: (i) que se requiera a Cinolsa y Transur la presentación de diversa documentación contable y societaria, además de información y documentación específica referida a los créditos que sustentaron la solicitud de Transur; y (ii) que se cite a los gerentes de ambas empresas, a sus representantes en el procedimiento y al señor Diego Picaza Riques. Asimismo, autorizó a la Secretaría Técnica para que o actúe todos los demás medios probatorios que estime pertinentes a fin de poder establecer los hechos materia de investigación.

el Informe de la Secretaría Técnica), en el que describe el proceso investigatorio a su cargo, detalla las pruebas actuadas y presenta sus conclusiones.

Finalmente, recogiendo la exposición que hiciera su abogado patrocinante el 28 de febrero de 1997, Cinolsa presentó un nuevo escrito en el cual cuestiona las atribuciones de la Sala y de la Secretaría Técnica para desarrollar el proceso investigatorio llevado a cabo.

II. CUESTIONES EN DISCUSION

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de la Sala, en el presente caso se debe determinar lo siguiente:

- a) la existencia o inexistencia de vinculación económica entre Cinolsa y Transur;
- b) la existencia o inexistencia de los créditos invocados por Transur frente a Cinolsa y con ello, su legitimidad para efectos concursales, de conformidad con los artículos 2 y 4 de la Ley de Reestructuración Empresarial y 2, 7 y 8 de su Reglamento;
- c) si, la actuación de Cinolsa y Transur en el procedimiento se encuentra arreglada a ley;
- d) si, atendiendo a las características del caso, resulta suficiente la investigación desarrollada por la Comisión de Calificación Empresarial o si, por el contrario, deben señalarse criterios de investigación aplicables a los procedimientos concursales en los cuales se detecte que existe vinculación entre la empresa deudora y un determinado acreedor, para efectos de la verificación dispuesta por el artículo 4 de la Ley de Reestructuración Empresarial y 8 de su Reglamento.
- e) si la Sala tiene facultades suficientes para llevar a cabo el proceso investigatorio dispuesto por Resolución N° 106-96-TDC, de conformidad con lo establecido en la Ley de Procedimientos Administrativos, la Ley del INDECOPI y su Reglamento, el Decreto Legislativo N° 807 y la Ley de Reestructuración Empresarial y su Reglamento, así como en las demás normas que regulan los procedimientos administrativos a su cargo;
- f) si la acumulación de los procedimientos (el iniciado a solicitud de Cinolsa y el tramitado a pedido de Transur) o la presunta falta de poderes del

representante de Cinolsa, constituyen vicios que afectan de nulidad la declaración de insolvencia de dicha empresa; y

- g) si, en atención a todo lo anterior, corresponde declarar la nulidad de la Resolución N°003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96 y de todo lo actuado en el procedimiento seguido para la declaración de insolvencia a solicitud de Transur, de conformidad con los artículos 43 y 109 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

III. ANALISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSION

III.1. El proceso investigador a cargo de la Secretaría Técnica.

Conforme se desprende del Informe de la Secretaría Técnica, su investigación estuvo dirigida a obtener información que proporcione a la Sala mayores elementos de juicio, para emitir un pronunciamiento debidamente sustentado, respecto de las cuestiones de hecho controvertidas en este procedimiento.

Para ello, además de lo dispuesto en la Resolución N° 106-96-TDC, la Secretaría Técnica recabó diversa información que consideró pertinente, recurriendo con tal fin a las siguientes fuentes: Oficina Registral de Lima y Callao; Oficina Registral Regional de la Región Grau; Oficina Registral Regional de la Región Nor - Oriental del Marañón; Central de Riesgo de la Superintendencia de Banca y Seguros y Oficina de Signos Distintivos del Indecopi.

Igualmente, recogió información del Expediente N° 171-95-CSA, correspondiente al procedimiento de declaración de insolvencia de El Tigre tramitado ante la Comisión de Salida del Mercado, del Expediente N° 035-96-CRE-CCAIL- Cuaderno de Nulidad a solicitud de Servitrayler, del Expediente N° 035-96-CRE-CCAIL - Cuaderno de Queja, que se tramitan ante esta Sala y del Expediente N° 035-96-CRE-CCAIL, correspondiente al procedimiento seguido ante la Comisión de Calificación Empresarial, en el cual se emitió la resolución venida en nulidad.

En cuanto a las partes en el procedimiento de insolvencia, Cinolsa presentó copia del Libro de Actas de Junta General de Accionistas, del Libro de Actas de sesiones de Directorio y diversa documentación contable requerida por la Secretaría Técnica, mientras que Transur únicamente presentó copia de su Libro de Actas de Junta General Extraordinaria de Accionistas.

La Secretaría Técnica tomó declaraciones a los señores, Felipe Osterling Letts, Iván Besich Ponze, Patricia Carrascal Antúnez de Mayolo, José Cáceres Montanez,

Oscar Hidalgo López, Antonio Abad Sotomayor, Diego Alfredo Picaza Riques, Víctor Ortiz Llanos, Jaime Enrique Valdez Churrango y Fernando Alvarado Cerro; y realizó dos visitas, los días 21 de enero y 4 de febrero de 1997, a las oficinas de Cinolsa.

Finalmente, se recogió información del Expediente N° 713-96 correspondiente al procedimiento seguido por Banco del Progreso con Cinolsa, ante el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, sobre ejecución de garantías³.

III.2. El procedimiento de declaración de insolvencia de Cinolsa.

De la revisión que hizo del Expediente N° 035-96-CRE-CCAIL, la Secretaría Técnica determinó que el procedimiento seguido para la declaración de la insolvencia de Cinolsa se tramitó de la siguiente manera:

- (i) el 26 de agosto de 1996, Cinolsa presentó una solicitud para que se declare su insolvencia, sosteniendo haber sufrido pérdidas superiores a las dos terceras partes de su patrimonio;
- (ii) el 27 de agosto, la Comisión de Calificación Empresarial emitió la Resolución N° 001-96-CCE-CCPL/EXP.035-96, admitiendo a trámite la solicitud y concediendo al representante legal de Cinolsa el plazo de diez días hábiles para que se ratifique en su pedido;
- (iii) el 2 de setiembre, es decir cuatro días hábiles después, Transur presentó otra solicitud para que se declare la insolvencia de Cinolsa, por mantener frente a ella créditos, exigibles y vencidos por más de treinta días, ascendentes a S/.146,000.00, incorporados en una letra de cambio emitida el 17 de mayo de 1996, con vencimiento el 16 de julio de 1996, en la que Cinolsa interviene como avalista del aceptante, señor Diego Picaza Riques;
- (iv) El 3 de setiembre, recogiendo las conclusiones contenidas en el informe presentado por su Secretaría Técnica en la misma fecha, la Comisión de Calificación Empresarial emitió la Resolución N° 002-96-CCE-CCPL/EXP.035-96, por la cual se admite a trámite la solicitud, la misma que se acumula en un solo procedimiento con la presentada por Cinolsa;
- (v) el 4 de setiembre, el señor Felipe Osterling Letts se apersonó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Calificación Empresarial, reconoció los créditos

³ El detalle de las pruebas actuadas durante el proceso investigatorio se presenta en el Anexo A de esta Resolución.

invocados por Transur y manifestó no poder pagarlos ni garantizarlos, tal como se desprende del acta levantada en dicha oportunidad;

- (vi) el 6 de setiembre, el Asesor Contable - Financiero de la Comisión de Calificación Empresarial presentó un informe en el cual concluye que Cinolsa no había sufrido pérdidas en la proporción exigida por la Ley de Reestructuración Empresarial, por lo que no corresponde declarar su insolvencia a su solicitud;
- (vii) cuatro días hábiles después, el 12 de setiembre, la Comisión de Calificación Empresarial emitió la Resolución N° 003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96 por la que declara infundada la solicitud de Cinolsa, declarando sin embargo su insolvencia, en atención al pedido de Transur;
- (viii) el 13 de setiembre Cinolsa presentó un escrito manifestando que renuncia a su derecho de impugnar la resolución mencionada en el párrafo anterior y pidiendo que ésta sea declarada consentida. Asimismo, pide seis copias certificadas de la resolución;
- (ix) en la misma fecha, Cinolsa presentó otro escrito solicitando que se emitan las órdenes de publicación de los avisos de convocatoria a su junta de acreedores;
- (x) El 17 de setiembre, la Secretaría Técnica de la Comisión de Calificación Empresarial entregó a Cinolsa las órdenes para que el 19 y el 20 del mismo mes, se publique la convocatoria a junta de acreedores.

Queda entonces claro que existieron dos solicitudes de insolvencia. La primera, presentada por la propia Cinolsa, fue declarada infundada por no existir pérdidas que reduzcan su patrimonio en el porcentaje establecido en la Ley. La segunda, presentada por Transur, fue declarada fundada por existir un crédito impago por más de 30 días superior a 50 UIT's.

III.3. La vinculación económica entre Cinolsa y Transur.

Tal como se concluye en el Informe de la Secretaría Técnica, de la información obtenida de las entidades públicas mencionadas en el numeral III.1. de esta Resolución, en particular de las oficinas registrales, la Oficina de Signos Distintivos del Indecopi, la Comisión de Salida del Mercado y la Comisión de Calificación Empresarial y los actuados durante el proceso investigador se ha comprobado que, durante el período comprendido en la investigación, que va desde la

constitución de Cinolsa el 28 de setiembre de 1994 hasta el 20 de febrero de 1997, inclusive, ha existido vinculación económica entre Cinolsa y Transur, las mismas que forman parte de un grupo económico integrado por las siguientes empresas:

- B & G FINANCIAL INC. (de Panamá)
- COMPAÑIA INDUSTRIAL OLEAGINOSA S.A. - CINOLSA
- CORPORACION AGUA BLANCA S.A.
- FABRICA DE CHOCOLATES EL TIGRE S.A.
- INVERSIONES BILBAO S.A. (de Panamá)
- PRODUCTOS DE CONSUMO MASIVO S.A. (antes, OLEOTECNICA S.A.)
- ORION OVERSEAS INVESTMENTS (de Panamá)
- TRANSUR S.A.
- WAKEMORE INVESTMENTS INC. (de Panamá)

Asimismo, aun cuando se ha comprobado que Molinera del Pacífico formaba parte del mismo grupo de empresas, existiendo indicios en el sentido que a la fecha ya no mantiene vinculación con ellas, solamente se le está considerando para efectos referenciales.

La existencia de vinculación económica se ha determinado a partir de la participación que han tenido o tienen ya sea como accionistas, directores, administradores o mandatarios, según el caso, en las diez empresas identificadas como parte del grupo empresarial y en Molinera del Pacífico S.A., las personas jurídicas antes mencionadas y los señores Antonio Abad Sotomayor, Giovanni Adoriso León, Gabriela Alcócer Succero, Iván Besich Ponze, Patricia Carrascal Antúnez de Mayolo, Alvaro Echeandía Bustamante, Carlos Gallardo Lugo, Miguel Hartmann Pérez, Cecilia Hidalgo López, Oscar Hidalgo López, Emilio Llanos Mujica, Andrés Osterling Letts, Felipe Osterling Letts, Madeleine Osterling Letts, Diego Picaza Riques, Julio Quiroz Guzmán García y María Elena Vincés Rodríguez.

Como se desprende de la información obtenida de las entidades públicas antes mencionadas, hay una constante repetición de nombres en los distintos cargos en las empresas comprendidas en el procedimiento, con una constante presencia de las empresas panameñas como accionistas de las personas jurídicas nacionales, tal como se detalla en el Anexo B de esta Resolución, en el que también se presenta la relación de las personas comprendidas en la investigación, su participación en las empresas y, en su caso, su vínculo laboral con alguna de ellas.

No obstante ello, tanto Cinolsa (en su escrito presentado el 14 de noviembre de 1996 citado en la página 2 de esta Resolución) como el señor Felipe Osterling Letts,

han negado la existencia de vínculo alguno entre su representada Cinolsa y Transur S.A. Según este último, el vínculo con Transur acabó en diciembre de 1995.

Sin embargo las declaraciones recogidas por la Secretaría Técnica difieren de esta versión. Por ejemplo, el señor Antonio Abad, accionista y ex - presidente del directorio de Transur S.A. y gerente de Fábrica de Chocolates El Tigre S.A., afirma enfáticamente lo contrario.

III.3.1. Los accionistas de Cinolsa.

Aun cuando los señores Osterling no aparecen como accionistas de Cinolsa - salvo el señor Andrés Osterling, que en una época figura como propietario de una acción - los señores Picaza, Abad y Besich sostienen que los verdaderos propietarios de dicha empresa eran los señores Felipe y Andrés Osterling, tal como se puede comprobar analizando el accionariado de Cinolsa, en concordancia con las declaraciones tomadas.

Respecto de Corporación Agua Blanca S.A., estuvo representada por el señor Iván Besich hasta el 5 de diciembre de 1995 y posteriormente por el señor Diego Picaza hasta la actualidad. El accionista principal de Corporación Agua Blanca S.A. ha sido Wakemore Investments Inc.

Según declaraciones del señor Picaza, su actuación como representante de Corporación Agua Blanca S.A. estaba regida por las instrucciones que recibía de los señores Osterling. Asimismo, manifiesta por ejemplo que cuando debía hacer algún trámite notarial por cuenta de su representada, los gastos eran cubiertos con recursos de Cinolsa, incluso después de que Corporación Agua Blanca S.A. dejara de ser accionista de la empresa. Ello queda confirmado con las copias de algunas facturas recabadas por personal de la Secretaría Técnica el 4 de febrero, en cuyo reverso aparece la firma del señor Picaza, dejando constancia de un dinero recibido para trámites notariales. Más aun, el propio señor Picaza ha declarado que él no asistía a las juntas de accionistas de Cinolsa en representación de Corporación Agua Blanca S.A., sino que simplemente suscribía el acta que los señores Osterling le entregaban⁴.

⁴ INDECOPI : Y quién manejaba Corporación Agua Blanca?
ENTREVISTADO : No sé quién manejaba Corporación Agua Blanca, porque yo no trabajaba ahí, el Sr. Osterling me llamaba y me decía hazme este favor.
INDECOPI : Y porqué aparece Ud. como representante de Corporación de Agua Blanca?
ENTREVISTADO : Ellos casualmente me dijeron que me ponga como representante, que me iban a pagar.
(...)
INDECOPI : Representante de qué cosas era?
(sigue...)

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCION N° 079-97-TDC

**EXPEDIENTE N°035-96-CCE-CCPL
Cuaderno de Nulidad (A)**

En cuanto a Wakemore Investments Inc., inicialmente figura como accionista de Cinolsa hasta setiembre de 1995 y en el libro de actas correspondiente vuelve a

ENTREVISTADO : Nada, ósea solamente me dijeron que por favor, como Ud. dice que soy persona de confianza que sea representante de Corporación Agua Blanca.

INDECOPI : Frente a qué, es decir qué tipo de labor hacía?

ENTREVISTADO : No, eso ya lo hacían ellos yo desconozco, y esas cosas de ahí que yo he hecho como le estoy diciendo son de Corporación Agua Blanca, que eran copias certificadas.

INDECOPI : Y las órdenes de Corporación Agua Blanca las daban los Sres. Osterling?

ENTREVISTADO : Sí.

(...)

ENTREVISTADO : Yo les he hecho como dos ó tres asuntos notariales a ellos.

(...)

INDECOPI : No se acuerda qué trámites notariales hacía?

ENTREVISTADO : Déjeme acordarme, porque yo ahorita ya no trabajo para ellos, yo no he hecho nada para ellos. Creo que eran copias de Corporación Agua Blanca.

INDECOPI : Corporación Agua Blanca?

ENTREVISTADO : Sí, creo que era su testimonio.

INDECOPI : De Corporación Agua Blanca?

ENTREVISTADO : De Corporación Agua Blanca.

INDECOPI : Y porqué sale la factura a nombre de Oleaginosa?

ENTREVISTADO: Ellos me dijeron que ponga ese nombre.

INDECOPI: Quiénes?

ENTREVISTADO: Los Sres. Osterling. Creo que es de Corporación Agua Blanca no me acuerdo exactamente.

(...)

INDECOPI: Ud. participó de alguna junta de CINOLSA?

ENTREVISTADO: No, nunca.

INDECOPI: Me dice que no participó en ninguna junta de CINOLSA?

ENTREVISTADO: No, en ninguna junta de CINOLSA yo he participado.

(...)

INDECOPI: Esta es su firma?

ENTREVISTADO: Sí, es mi firma.

INDECOPI: Entonces estuvo presente?

ENTREVISTADO: No, no estuve presente pero me detallaron, por eso le estoy diciendo que solo firmé el documento.

INDECOPI: Así que a Ud. lo llaman para que firme?

ENTREVISTADO: Sí.

INDECOPI: Y quiénes son los que van a las Juntas Generales?

ENTREVISTADO: No los conozco.

INDECOPI: Y quién le dice que firme, los Sres. Osterling?

ENTREVISTADO: Es decir hay una junta en CINOLSA y entonces los Sres. Osterling me explican y yo firmo.

INDECOPI: Ud. aparece como representante de la única empresa propietaria de Oleaginosa?

ENTREVISTADO: Estoy como representante, claro ese es el favor que les estoy haciendo.

INDECOPI: Ud. no cobra ningún honorario por esa representación?

ENTREVISTADO: Bueno, ellos me estuvieron dando algún dinero.

INDECOPI: O sea sí tenía relación?

ENTREVISTADO: No, relación no, porque ellos me llamaban y me decían se ha acordado esto.

INDECOPI: O sea que Ud. no estuvo presente en esta junta que firma?

ENTREVISTADO: No, no estuve presente pero ellos me indicaban había una junta pasó esto, se dijo lo otro, porque yo no puedo estar ahí.

INDECOPI: Pero porqué Ud. sale de representante si no puede asistir a las juntas?

ENTREVISTADO: Porque me dijeron que yo soy la persona de confianza. Prácticamente como le digo que Corporación Agua Blanca era accionista de CINOLSA.

aparecer como accionista en la junta general de accionistas realizada el 7 de enero de 1997. Wakemore Investments Inc. es una empresa, con acciones al portador. Si bien no se puede comprobar la titularidad de tales acciones, el señor Besich afirma que sus propietarios son los señores Osterling⁵, lo que es confirmado por las declaraciones de la señora Patricia Carrascal quien manifiesta que su representada (Wakemore Investments Inc.) es una empresa de los señores Osterling⁶.

Actualmente, Wakemore Investments Inc. es titular de un gran número de signos distintivos, parte de los cuales adquirió de Transur S.A., lo que, cuando menos, revela una significativa relación entre ambas compañías. Absolutamente todos los signos distintivos de propiedad de Wakemore Investments Inc. han sido adquiridos de Transur S.A. y de Fábrica de Chocolates El Tigre S.A. Aun cuando actualmente no figure con una participación directa en Fábrica de Chocolates El Tigre S.A., la vinculación del señor Felipe Osterling Letts con ésta ha sido pública durante el procedimiento de declaración de insolvencia seguido ante la Comisión de Salida del Mercado y ha sido expresamente reconocida por él.

En este punto debe señalarse que con fecha 7 de febrero de 1997 Wakemore Investments Inc. ha celebrado un contrato con otra empresa, Amay Commercial Inc., por el cual le transfiere los signos distintivos registrados a su nombre. Amay Commercial Inc. no cuenta con ningún título inscrito en los registros públicos, pero en los procedimientos administrativos seguidos para la transferencia de los signos, está representada por el señor Jaime Valdez Churango⁷, según poder otorgado en Panamá, señalando domicilio legal en Av. Argentina, 4650, Callao, es decir, el domicilio de Cinolsa.

Orion Overseas Inc. ha sido accionista de Cinolsa durante todo el año 1996. También es una empresa domiciliada en Panamá y con acciones al portador. Sobre esta empresa los señores Abad y Besich afirman que los verdaderos propietarios

⁵ INDECOPI: Andrés Osterling Letts.

ENTREVISTADO: Si.

INDECOPI: Cual era su relación.

ENTREVISTADO: Ha sido Director de Cinolsa y como repito, supongo prácticamente estoy en la seguridad que a que a través de Wakemore era el accionista principal como su hermano Felipe.

⁶ INDECOPI: Curiosamente uno de los accionistas es Wakemore, representada por el Sr. Alvaro Echeandía. Corporación Wakemore entonces es accionista de Agua Blanca, es accionista de Oleaginoso y a través de Agua Blanca también es accionista de Oleaginoso. Ud. puede hacerme una relación de las empresas vinculadas del grupo, lo que recuerde?

ENTREVISTADO: Lo que puedo recordar, bueno las empresas con las que yo directamente podía relacionarme eran Transur, Fábrica de Chocolates El Tigre, Wakemore, Orion, B&G en algún momento.

⁷ El señor Jaime Valdez Churango es analista contable de Cinolsa tal como se desprende de la relación de acreedores laborales presentada por la empresa con su solicitud de declaración de insolvencia.

son los señores Osterling⁸. Orion Overseas Inc. ha sido, también, accionista de Fábrica de Chocolates El Tigre S.A., tal como se desprende de la copia del Testimonio de la Escritura Pública de Aclaración de Otorgamiento de Poderes extendida el 1 de agosto de 1995 por el Notario Público de Lima, doctor Abraham Velarde Alvarez, presentado por dicha empresa en el procedimiento seguido para la declaración de su insolvencia.

Sobre Productos de Consumo Masivo S.A., que ha sido accionista de Cinolsa durante casi todo el año 1996, el señor Besich, gerente general y director de Cinolsa hasta diciembre de 1995, ha manifestado que era la anterior titular de los activos de Cinolsa⁹, lo que también consta en los acuerdos adoptados por las juntas de accionistas de ambas empresas. Dicha empresa era del Grupo de Ferrari y fue adquirida por los señores Osterling en la época en que el señor Besich se desempeñaba como gerente.

En cuanto a B & G Financiamiento, que figura como accionista de Cinolsa desde enero de 1997, ha sido también accionista de Transur S.A. durante la época de emisión de la letra de cambio materia de este procedimiento. Según la señora Patricia Carrascal que fue su representante, la empresa pertenece a los señores Osterling¹⁰. El señor Antonio Abad es del mismo parecer¹¹.

⁸ INDECOPI: Quien es el propietario de Orion.

ENTREVISTADO: Orion es una empresa constituida en el exterior, y esta representada acá en el Perú también por Giovanni Adorisio.

INDECOPI: Esta acá representada por Giovanni Adorisio.

ENTREVISTADO: Si.

INDECOPI: Sabe quienes son los propietarios de las acciones?.

ENTREVISTADO: Asumo que son los señores Osterling.

⁹ INDECOPI: Oleotécnica, que empresa es?.

ENTREVISTADO: Oleotécnica es una empresa que tengo entendido, los señores Osterling, adquirieron del grupo de Ferrari, entiendo que la empresa tenía ciertos problemas entonces se decidió formar una empresa; Cinolsa, que iba a adquirir los activos de Oleotécnica se quedó en un precio preestablecido se pagó estos activos o se iban pagando cuando yo me retire todavía no se habían terminado de cancelar los activos de Oleotécnica, en diferentes modalidades mediante pagos efectuados en efectivo, se asumió alguno pasivos de Oleotécnica.

¹⁰ INDECOPI: Después vamos a revisar las fichas, al 5 de marzo de 1996 B&G aparece como propietario de 54 ó 59 acciones comunes, y Ud. representa a B&G.

ENTREVISTADO: Si.

INDECOPI: Entonces debemos suponer que en esos momentos B&G era propiedad de los Sres. Osterling?

ENTREVISTADO: Si.

¹¹ INDECOPI: Quien es B & G Financiamiento ?

ENTREVISTADO: Es una empresa también constituida en el exterior.

INDECOPI: Y quienes son los propietarios de B & G Financiamiento. Quien cree Usted.

ENTREVISTADO: O sea afirmo lo que manifesté en un principio los señores Osterling.

(sigue...)

III.3.2. Los accionistas de Transur S.A.

Como ya se señaló, B. & G. Financial Inc. es actualmente accionista de Cinolsa y figura desde el 5 de marzo de 1995 como accionista de Transur S.A. A partir de la junta realizada el 12 de agosto de 1996, sus acciones aparecen a nombre de la señorita Gabriela Alcócer. Es representada por la señora Patricia Carrascal en las juntas de Transur S.A. Sobre su representada, la señora Carrascal manifiesta que considera que era una empresa de propiedad de los señores Osterling.

La señora Patricia Carrascal es propietaria de una acción en Transur en la misma época que su representada B & G Financial Inc. Ella afirma que el verdadero propietario de la acción que aparecía a su nombre era el señor Felipe Osterling Letts¹².

El señor Antonio Abad es titular de una acción. Se desempeñó como gerente general de Fábrica de Chocolates El Tigre S.A., hasta inicios de este año. El señor Abad, que también es Presidente del Directorio de Transur, ha manifestado, incluso, que las sesiones de Directorio eran realizadas en la sede social de Fábrica de Chocolates El Tigre S.A., empresa en la que los señores Osterling figuran como directores¹³.

Gabriela Alcócer aparece como accionista mayoritaria de Transur desde el 12 de agosto de 1996. Ella es propietaria de 54 de las 56 acciones emitidas. Su relación

¹² INDECOPI: Para confrontar la información que ha sido presentada por las empresas, yo tengo aquí en la fotocopia del libro de actas de Transur, un acta del 5 de marzo de 1996 en la que Ud. aparece como representante de la empresa, ah no, como propietaria de esa acción común de Transur.

ENTREVISTADO: Sí.

INDECOPI: Mantiene esa acción todavía?

ENTREVISTADO: Yo solicité en el momento en que presenté mi renuncia, que la acción fuera transferida porque yo no tenía ninguna vinculación con la empresa.

INDECOPI: Eso quiere decir que la acción no fue suya?

ENTREVISTADO: No, la acción no era mía.

INDECOPI: Nunca fue suya?

ENTREVISTADO: Nunca fue mía.

INDECOPI: De quién era?

ENTREVISTADO: La acción era del Sr. Felipe Osterling.

INDECOPI: Es decir que Ud. aparecía como accionista de Transur en representación del Sr. Felipe Osterling?

ENTREVISTADO: Si.

¹³ INDECOPI: Dónde se reunían para la sesión de directorio?

ENTREVISTADO: Las últimas fueron en El Tigre.

con Cinolsa, no obstante, es evidente. Según los señores Osterling¹⁴, Hidalgo y Cáceres¹⁵ ella se desempeña como asistente del área legal de Cinolsa. Esto último se confirma con dos documentos que obran en el expediente: (i) una solicitud presentada por la señorita Gabriela Alcócer a la Oficina Registral de Lima y Callao el 9 de diciembre de 1996, para la inscripción de acuerdos de junta general de accionistas de Cinolsa; y (ii) el acta de la junta general de accionistas de Cinolsa, realizada el 7 de enero de 1997, en la cual se le autoriza para suscribir documentación vinculada a un acuerdo adoptado en esa oportunidad.

Es innegable que existe una relación entre la actual accionista principal de Transur S.A. y Cinolsa. Así, siendo la señorita Alcócer accionista mayoritaria de Transur S.A., se acordó - en una junta general de accionistas que ella presidía - la presentación de la solicitud de declaración de insolvencia de la empresa para la cual trabaja como practicante.

Miguel Augusto Hartmann figura como propietario de una acción al momento en que se acordó la presentación de la solicitud de insolvencia de Cinolsa. Sin embargo, él también es, asistente del Departamento de Planeamiento de Cinolsa, tal como consta en la documentación que la empresa adjuntó a su solicitud de declaración de insolvencia. Su calidad de trabajador de Cinolsa es reconocida, asimismo, por los señores Cáceres¹⁶ y Felipe Osterling Letts¹⁷.

¹⁴ INDECOPI: Conoce a la Sra. Gabriela Alcócer?

ENTREVISTADO: Sí, ella trabaja ocasionalmente como asesora legal nuestra.

¹⁵ INDECOPI: Siempre en Cinolsa.

A ver Gabriela Mariela Alcócer Succero.

ENTREVISTADO: Bueno, es una niña que esta haciendo sus prácticas en Compañía Industrial Oleaginosa.

INDECOPI: Prácticas de qué.

ENTREVISTADO: En la parte legal, creo que lleva los papeles, trabaja en el directorio. A mí me llega a través de las facturas que ella emite y yo autorizo que se pague, yo autorizo ósea, como es el procedimiento, llega una factura, llega a mis manos y yo autorizo que se paga y que no se paga.

¹⁶ INDECOPI: Perfecto, Qué me dice de Miguel Hartmann Pérez.

ENTREVISTADO: Miguel, Miguel es mi Jefe de Planeamiento.

INDECOPI: Jefe de Planeamiento.

ENTREVISTADO: Si de mi, de Compañía Industrial Oleaginosa.

INDECOPI: Ya.

ENTREVISTADO: El trabaja conmigo, esta a mi cargo.

INDECOPI: Ya, usted es su superior.

ENTREVISTADO: Yo soy su superior.

¹⁷ INDECOPI: Al Sr. Antonio Hartmann Pérez?

ENTREVISTADO: El tiene alguna relación con el área de costos de las empresas.

III.3.3. Pruebas adicionales sobre la vinculación entre Cinolsa y Transur S.A.

Las declaraciones de la señora Carrascal y los señores Abad, Besich, Hidalgo y Picaza, confirman la existencia de la vinculación entre ambas empresas. En ese sentido, en relación a su condición de accionista de Transur S.A., la señora Carrascal ha declarado que los señores Osterling eran los verdaderos propietarios de la acción que ella representaba, así como eran propietarios de B & G Financial Inc., sociedad a la que ella representaba en las juntas de accionistas de Transur.

Por su parte, el señor Abad reconoce que hay vinculación entre Cinolsa y Transur S.A. y presume que, tanto éstas como Orion Overseas y B & G Financial Inc. son de propiedad de los señores Osterling. En el mismo sentido se pronuncia el señor Besich cuando se refiere a Cinolsa como una empresa de los señores Osterling, cuya propiedad tienen a través de Wakemore Investments Inc. que, junto con Corporación Agua Blanca S.A., también reconoce como empresas de los señores Osterling.

El señor Picaza manifestó que, cuando trabajó en Molinera del Pacífico S.A. sabía que ésta era de propiedad de los señores Osterling, del mismo modo que sabía que ellos habían comprado Fábrica de Chocolates El Tigre S.A.¹⁸ En cuanto a su participación como accionista de Corporación Agua Blanca S.A., declaró que él nunca asistió a las juntas de accionistas y que se limitaba a suscribir las actas que le presentaban los señores Osterling, quienes le pagaban, por cuenta de Cinolsa, tanto las sumas que recibía por aparecer como accionista de Corporación Agua Blanca S.A., como los gastos por los trámites que realizaba para esta empresa.

De otro lado, de la información obtenida tanto de los registros públicos, como de los libros de actas y testimonios que en copia obran en el expediente (la misma que es confirmada por algunas declaraciones brindadas a la Secretaría Técnica), se ha verificado un permanente tráfico de bienes entre las empresas involucradas, que se detalla en el Anexo C de esta Resolución, el mismo que además de ser una prueba adicional sobre la vinculación, proporciona alguna idea de los fines para los cuáles han sido creadas algunas de las empresas involucradas en la investigación.

III.3.4. Conclusiones sobre la vinculación entre Cinolsa y Transur S.A.

¹⁸ “Todos los empleados lo sabían, el que entraba ahí sabía que eso era - Molinera El Pacífico - de los señores Picasso y de los señores Osterling”(…) Sí sabía cuando entré a trabajar ahí que los Picasso y los Osterling eran accionistas de Molinera El Pacífico, como todo empleado sabía”

(…)

“Yo sabía que El Tigre lo habían comprado los Picasso con los señores Osterling cuando trabajaba yo en Molinera”

De lo expuesto, fundamentalmente en base a la información obtenida de las entidades públicas a las que recurrió las Secretaría Técnica, queda acreditado que existe una evidente vinculación entre Cinolsa y Transur S.A.

Debe tenerse presente que, de las tres personas que, como accionistas de Transur S.A. figuran acordando pedir la declaración de insolvencia de Cinolsa, el señor Abad era en esa fecha gerente general de Fábrica de Chocolates El Tigre S.A., mientras que el señor Hartmann y la señorita Alcócer trabajaban para la propia Cinolsa.

Asimismo, la señora Carrascal y el señor Llanos, que en esa época eran Directores de Transur S.A., también trabajaban el Fábrica de Chocolates El Tigre. Por su parte, el señor Hidalgo, que representa a Transur S.A. en este procedimiento, es asesor contable de Cinolsa, tal como lo han manifestado el señor Cáceres (gerente comercial de Cinolsa), los analistas contables de dicha empresa, señores Valdés y Ortiz y el señor Abad.

Orion Overseas Investments, B & G Financial Inc., Wakemore Investments Inc., Corporación Agua Blanca S.A. y Productos de Consumo Masivo S.A., empresas que son o han sido accionistas de Cinolsa y Transur S.A. también están vinculadas a los señores Osterling. Aun cuando respecto de las empresas extranjeras no puede determinarse la titularidad de sus acciones, por tratarse de acciones al portador, la vinculación ha sido declarada por varias de las personas entrevistadas por la Secretaría Técnica, tal como consta en el propio expediente.

Queda entonces claro que la titular de 54 de las 56 acciones representativas del capital Social de Transur, que solicita la insolvencia de Cinolsa, trabaja como asistente legal en la propia Cinolsa. Además los otros dos accionistas trabajaban en Fabrica de Chocolates El Tigre S.A., perteneciente al mismo grupo, y en la propia Cinolsa, respectivamente.

Si bien la existencia de vinculación económica y de gestión entre Transur y Cinolsa no impide “per se” que la primera solicite la insolvencia de la segunda, si constituye un elemento a ser tomado en cuenta al momento de evaluar la existencia del crédito en base al cual se solicita la insolvencia o cuyo reconocimiento se reclama, imponiendo en la autoridad a cargo del procedimiento concursal la responsabilidad de investigar con mayor cuidado y detalle.

El procedimiento concursal es uno en el cual los intereses en juego trascienden los del solicitante y su deudor. El procedimiento concursal no esta diseñado para

frustrar los créditos de los demás acreedores, sino por el contrario para proceder a su cobro ordenado evitando la canibalización innecesaria de la empresa. Para ello el procedimiento concursal permite, entre otras medidas, la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones pendientes de la insolvente. Es una medida excepcional, que solo puede proceder en los casos taxativamente contemplados en la ley, y que reflejan una situación de crisis económica.

En consecuencia si se simularan los supuestos contemplados en la ley para declarar la insolvencia se estaría desvirtuando sus fines, impidiendo que los acreedores puedan ejecutar o exigir sus legítimas acreencias. Pero además la simulación de un crédito perjudica a los demás acreedores por que reduce su participación porcentual en las votaciones en las juntas de acreedores.

Las razones expuestas justifican el especial celo que debe poner la autoridad administrativa en estos casos, en especial si existen indicios o pruebas de la existencia de una vinculación económica o de gestión entre el solicitante y el deudor.

La Sala considera que, dadas las pruebas existentes sobre la vinculación entre las empresas y que han sido enumeradas líneas arriba, se justificaba profundizar las investigaciones para determinar si existe realmente el crédito en base al cual se obtuvo la declaratoria de insolvencia de Cinolsa y así preservar los derechos de los demás acreedores de dicha empresa.

III.4. La letra de cambio presentada por Transur S.A. en el procedimiento y la verificación del crédito invocado.

Transur, solicitó la declaración de insolvencia de Cinolsa por mantener frente a ella créditos exigibles y vencidos ascendentes a S/.146,000.00, incorporados en una letra de cambio aceptada por el señor Picaza, en la cual Cinolsa intervino avalando al mencionado aceptante.

III.4.1. El origen de la letra de cambio.

En la copia del libro de actas de juntas generales de accionistas presentada por Cinolsa, obra una del 9 de mayo de 1996, en la cual consta un acuerdo para avalar al señor Picaza por S/. 146,000, con la finalidad de adquirir aceite crudo de pescado. Según se señala en el acta, la razón para otorgar el aval es que *“el señor Diego Alfredo Picaza Riques, proveedor de insumos de nuestra fábrica, viene gestionando ante la empresa TRANSUR S.A., un préstamo por la suma de CIENTO CUARENTISEIS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 146,000.00) a efectos de utilizar dichos fondos para la compra de aceite crudo de pescado, el*

cual una vez adquirido será entregado a COMPAÑIA INDUSTRIAL OLEAGINOSA S.A. (CINOLSA), debido al pedido que le hiciéramos y a la falta temporal de liquidez que lo afecta.”

Transur adjuntó a su solicitud presentada a la Comisión de Calificación Empresarial, copia de un acta de junta de accionistas, fechada el 12 de agosto de 1996, en la cual aparece el acuerdo para solicitar la insolvencia de Cinolsa ante la Comisión de Calificación Empresarial del Colegio de Contadores Públicos de Lima la declaración de insolvencia de Cinolsa “... en razón de que la empresa en mención le adeuda a nuestra sociedad la cantidad de CIENTO CUARENTAISEIS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES (146,000.00), representada en la Letra Nro. 05-01, crédito que se encuentra vencido en demasía al plazo de 30 días calendarios”. En la misma acta consta el nombramiento del Oscar Hidalgo López como representante de la empresa en el procedimiento.

Las declaraciones de los señores Osterling, Picaza, Abad e Hidalgo coincidieron con los acuerdos citados. Sin embargo, precisaron que la letra de cambio sería endosada en favor de un tercero, para que éste provea de los recursos necesarios para la compra de los insumos que Cinolsa requería¹⁹. No se trataba, entonces, de

¹⁹ Declaración del señor Felipe Osterling:

INDECOPI: Sí, pero de qué se trataba, porqué Transur gira esa letra aceptada por el señor Picaza, qué operación fue?

ENTREVISTADO: Bueno fue una operación en la cual CINOLSA en el mes de mayo o junio, estaba atravesando una situación económica muy difícil, las letras de CINOLSA no las tomaba el sistema financiero y entonces se planteó que Transur intermedie una operación de compra por cuenta de CINOLSA, es decir actúe como puente por cuenta de CINOLSA y por dicho efecto hubo un acuerdo de honorarios de Transur y del señor Diego Picaza. Transur va con la letra a descontarle a los Bancos, el señor Picaza ni CINOLSA califican, la operación se cae y obviamente un costo un reconocimiento de honorarios de éxito, en reconocimiento de que no tenía nada que ver con la operación y ahí es cuando Transur repite contra CINOLSA y contra Diego Picaza.

Declaración del señor Abad:

ENTREVISTADO: Si claro esta operación me fue presentada a mi, ósea como un financiamiento para la compra de crudo de pescado, donde Transur fungía de comisionista, para eso tenía que buscar los fondos a través del Sr. Picaza. Ante la falta de información crediticia del señor Picaza, entonces se solicito el aval a los señores Picaza, a través de algunas empresas como este caso Cinolsa, por que el crudo iba a ser destinado para esa fábrica.

Declaración del señor Picaza:

ENTREVISTADO: A él si lo conozco.

INDECOPI: En qué circunstancias lo conoció?

ENTREVISTADO: Era representante de Transur, entonces casualmente con él entablé sobre una letra que los Sres. Osterling me mandaron a llamar, me ubicaron, me llamaron porque en ese tiempo la empresa CINOLSA estaba mal, entonces me llamaron para ver si yo podía conseguirles aceite crudo, porque ellos producen aceite, manteca y jabón, entonces me preguntaron si yo podía conseguirles y les dije que tenía una persona para poder sacarle un dinero, pero siempre y cuando me pagaran mi comisión.

Entonces hablé con el señor Oscar Hidalgo, como él era representante de Transur, le dije para sacar una letra a mi nombre, yo he firmado la letra pero eso sí como el beneficio se lo iba a llevar y quien iba a pagar la letra era CINOLSA, les dije que me avalaran porque el beneficio iba a ser para ellos, yo solo cobro mi comisión y listo, entonces le hablé al señor Oscar Hidalgo también sobre una comisión, por decir yo me iba a ganar el 10% y yo le ofrecí el 5% al señor Oscar (sigue...)

una deuda directa del señor Picaza o de Cinolsa frente a Transur S.A., sino que esta empresa sólo serviría como intermediaria en una operación crediticia que Cinolsa no podía llevar a cabo por sí misma, dada la mala situación económica por la que pasaba en esa época.

Consultados sobre la razones para utilizar ese mecanismo de financiamiento, las explicaciones de los declarantes conducen a una situación evidentemente contradictoria: a) se optó por el descuento de la letra girada por Transur S.A. porque Cinolsa no era sujeto de crédito; b) por el contrario, Transur S.A., que no operaba desde inicios de 1995 según declaraciones de la señora Carrascal (última gerente de la empresa)²⁰ y del señor Abad (último presidente del directorio)²¹, tendría una mejor posición crediticia; y c) a decir del señor Abad²² y tal como lo manifiesta el propio señor Picaza²³, éste no era sujeto de crédito y por ello se tuvo que recurrir al aval de Cinolsa.

Hidalgo, en caso de que saliera la letra, entonces él estuvo negociando la letra en varios Bancos, pero no salió el dinero que iba a ser de ciento sesenta mil soles, pero él ha hecho varios gastos, por ejemplo el ir a varios Bancos a los que se ha presentado y a mí me quería cobrar todo eso, entonces le dije, tú como yo íbamos a ganar una comisión más bien tú arregla ya con CINOLSA, yo te presento habla con los Sres. Osterling preséntales tus gastos y ya luego lo cobras, entonces le dije más bien yo quiero esa letra porque el perjudicado soy yo porque me protestaron la letra y le digo yo cualquier préstamo que le quiero sacar a un Banco, como por ejemplo ahora que estoy viendo un negocio que aún está en proyecto, pero ya más o menos para marzo voy a lanzar mi propio negocio casualmente de abarrotes porque esa es mi rama, entonces le digo yo no quiero tener problemas con los Bancos porque yo voy a abrir mi propia cuenta y sabes que cuando uno tiene un problema, un protesto y el Banco te cierra las puertas ya es una cosa mala para una persona, entonces le pedí que por favor me entregaran la letra, hablé con los Sres. Osterling, arreglaron todo y me la entregaron cancelada, entonces yo tengo en mis manos las letras para hacer la anulación de protesta.

²⁰ INDECOPI: Cuándo Ud. renunció a Transur, qué tipo de operaciones realizaba?

ENTREVISTADO: Ya no realizaba operaciones.

INDECOPI: Ya no operaba?

ENTREVISTADO: No, no han operado.

INDECOPI: Por lo tanto no tendría razón de ser una operación comercial al mes siguiente o a los dos meses, o a los seis meses de que Ud. renunció, salvo que hubiera reiniciado sus labores?

ENTREVISTADO: Claro.

²¹ INDECOPI: Que es Transur?.

ENTREVISTADO: Transur es una empresa dedicada o fue una empresa dedicada a lo que es transporte.

INDECOPI: Y ahora no opera.

ENTREVISTADO: No opera desde cuando, desde todo el 95.

INDECOPI: Prácticamente todo el 95 no ha hecho operaciones.

²² INDECOPI: Entonces Cinolsa avalaba a Diego Picaza, que era una persona que no tenía crédito.

ENTREVISTADO: Picaza, aparentemente los créditos que buscamos en su momento, no tenía no contaba, para poder avalar esa operación de semejante envergadura.

²³ INDECOPI: Pero Ud. no tiene ningún historial de esa magnitud de crédito personal, o sí?

ENTREVISTADO: No, nunca he pedido esa cantidad de dinero.

INDECOPI: No tiene pues, Ud. como persona natural no pasaba por un crédito de ese monto.

ENTREVISTADO: Exactamente.

Como se ve, el argumento es contradictorio pues, para salvar la situación de Cinolsa, que no podía obtener créditos directos, se recurrió a otra persona que tampoco podía acceder a ellos y, para dar una mejor posición crediticia al supuesto deudor, se usó el aval de la empresa que tuvo que utilizar este mecanismo de financiamiento por no ser sujeto de crédito. Esto conduce a considerar que el sustento de la existencia de la supuesta operación de crédito a ser otorgado por Transur S.A. al señor Picaza con el aval de Cinolsa es, en el mejor de los casos, incoherente y contradictorio.

III.4.2. La emisión y registro contable de la letra de cambio.

Según el señor Picaza la letra fue girada - y aceptada por él - en julio de 1996,²⁴ versión similar a la del señor Abad, quien ha manifestado que el título valor se emitió entre junio y julio de 1996²⁵. Ello significa que la letra no se emitió realmente el 16 de mayo de 1996, como figura en el título, sino posteriormente, en una fecha más cercana al 19 de julio de 1996, día establecido para su vencimiento.

Respecto de la oportunidad y circunstancias de la emisión y aceptación de la letra de cambio, las versiones también son contradictorias. Mientras el señor Picaza manifestó haberla elaborado luego de hacer las coordinaciones pertinentes con el

²⁴ INDECOPI: Cuándo firmó la letra?

ENTREVISTADO: Yo la he firmado en julio del año 1996.

INDECOPI: Está seguro?, señor Picaza le agradecería.

ENTREVISTADO: Claro yo la he firmado antes, porque esto ya lo habíamos procedido.

INDECOPI: Cuándo la ha firmado?

ENTREVISTADO: En Julio, iba donde él y me decía hazme esta transacción y la hice.

INDECOPI: Asegura que en julio del año 1996.

ENTREVISTADO: En julio de 1996, pero la fecha era esta fecha de vencimiento.

INDECOPI: Dónde la firmó, dice Ud.?

ENTREVISTADO: Yo la he firmado en mi casa.

INDECOPI: La fecha es mayo.

ENTREVISTADO: En mayo se giró.

INDECOPI: En julio venció?

ENTREVISTADO: No, yo lo he firmado en julio, los primeros días de julio?

INDECOPI: Es decir que Ud. ha hecho la letra en julio, pero vencía el 16 del mismo mes.

ENTREVISTADO: Exactamente, vencía el 16 de julio

²⁵ INDECOPI: Cuando fue firmada la letra?.

ENTREVISTADO: En junio , julio , junio del año pasado.

INDECOPI: Junio del año pasado.

ENTREVISTADO: En julio se venció la letra.

INDECOPI: Una pregunta ahí tengo una duda grande la letra es de mayo.

ENTREVISTADO: Si conforme.

señor Hidalgo²⁶, el señor Abad sostuvo que dicha labor corrió por cuenta de Transur S.A.²⁷ El señor Hidalgo declaró que su intervención antes del procedimiento se limitó a absolver una consulta contable sobre el particular.²⁸

De otro lado, el aval recién fue registrado en la contabilidad de Cinolsa el 11 de diciembre de 1996, es decir, luego del inicio de la investigación dispuesta por esta Sala. Ello puede comprobarse fácilmente, ya que en la documentación contable presentada por Cinolsa con su solicitud de declaración de insolvencia, no figura registrado el aval, que sí consta en la información contable presentada por Cinolsa en esta instancia. Este hecho es también confirmado por el analista contable de Cinolsa, señor Víctor Ortiz, quien declaró que el aval se registró entre diciembre de 1996 y enero de 1997 y que antes de esa oportunidad no tuvo conocimiento de la operación.²⁹

²⁶ INDECOPI: Ud. aceptó una letra a favor de Transur?

ENTREVISTADO: Exactamente.

INDECOPI: Dónde la firmó?

ENTREVISTADO: Yo la firmé solo, ósea yo hice esta letra.

INDECOPI: Ud. la hizo?

ENTREVISTADO: Sí, esta la he hecho en mi casa.

(...)

ENTREVISTADO: Yo se la entregué al señor Hidalgo, para que él la descontara, él la estuvo moviendo y yo lo llamaba por teléfono para ver si salía y nada.

²⁷ ENTREVISTADO: Bueno, primero aceptó la letra el Sr. Diego Picaza, después nosotros la firmamos.

INDECOPI: El se la dio a Ud.?

ENTREVISTADO: No, Diego Picaza se acercó a firmar la letra.

INDECOPI: La letra la tenían Uds.?

ENTREVISTADO: Sí.

INDECOPI: El Sr. Picaza no la hizo, sino que él fue a El Tigre a firmar?

ENTREVISTADO: Sí, efectivamente.

²⁸ ENTREVISTADO: Del procedimiento. Yo les indique como tenía que ser la Letra nada mas.

INDECOPI: Solo al señor Abad ? . Con ninguna otra persona.

ENTREVISTADO: Con ninguna otra persona.

INDECOPI: Y el señor Picaza dice que Usted se ofreció hacer las gestiones en los bancos, y que el las firmo frente a Usted.

ENTREVISTADO: Lo que yo estoy diciendo es mi realidad.

²⁹ INDECOPI: Le pregunto la solicitud que se presenta al colegio de contadores es de agosto, Usted me dice que ha ingresado el registro del aval en mayo.

ENTREVISTADO: Físicamente no.

INDECOPI: Como que físicamente no .

ENTREVISTADO: O sea en el mes de mayo no la ingrese.

INDECOPI: Cuando la ingreso.

ENTREVISTADO: Ingreso en el mes de diciembre, no perdón en enero .

INDECOPI: En enero de este año, recién en enero de este año ha registrado el aval.

ENTREVISTADO: Así es.

Las partes en el procedimiento no han podido brindar una explicación coherente o razonable de por que una operación de aval llevada a cabo en mayo de 1996, no aparece registrada contablemente a la fecha de la solicitud de insolvencia originalmente planteada por Cinolsa, indicando los elementos probatorios existentes de que dicho registro recién se produce luego de iniciada la investigación dirigida a determinar la existencia o no del crédito invocado.

III.4.3. La ejecución de la operación.

Son ilustrativas las discrepancias que hay respecto de ciertos detalles de la operación. El señor Abad, por ejemplo, afirma que el crédito lo iba a gestionar el señor Picaza ante algún proveedor de crudo de pescado en Chimbote³⁰, mientras que los señores Picaza³¹ y Osterling³² sostienen que el financiamiento iba a provenir del sistema financiero.

Cabe resaltar que ni la operación ni los términos en que ésta se desarrollaría se explican de las actividades anteriores de Cinolsa, ya que ésta no registra operaciones anteriores con Transur S.A. ni con el señor Picaza, como se puede

³⁰ ENTREVISTADO: Como sujeto de crédito, en el sistema financiero no pero como persona para otras empresa si; no se si me dejo entender.

INDECOPI: Pero accedieron al sistema financiero solo para saber, por que la versión de las otras personas es querían acceder al sistema financiero para descontarla ahí, pero no para una operación en Chimbote.

ENTREVISTADO: La idea al final fue endosarla a un proveedor en Chimbote.

INDECOPI: Como les fue en la operación?.

ENTREVISTADO: No se pudo conseguir.

INDECOPI: Lo que paso es que no se pudo conseguir proveedor en Chimbote.

ENTREVISTADO: No se pudo conseguir proveedor en Chimbote, pero había proveedor que quisiera tomar la Letra como una dación de pago alguno.

³¹ ENTREVISTADO: Claro, antes de hacer la de CINOLSA, porque como ya comenzaron a fallarme también con la paga, peor era para mí porque yo saco el crédito y tengo que pagarlo, entonces me dijeron para ver si les podía hacer tal y tal cosa y les dije si se puede hacer yo encantado de la vida como cualquier persona lo hace, esa letra se iba a descontar al Banco y si descontaban los que tenían que pagar era CINOLSA porque el beneficio iba a ser para ellos, yo cobraba mi comisión y listo acababa mi asunto.

³² INDECOPI: Sí, pero de qué se trataba, porqué Transur gira esa letra aceptada por el señor Picaza, qué operación fue?

ENTREVISTADO: Bueno fue una operación en la cual CINOLSA en el mes de mayo o junio, estaba atravesando una situación económica muy difícil, las letras de CINOLSA no las tomaba el sistema financiero y entonces se planteó que Transur intermedie una operación de compra por cuenta de CINOLSA, es decir actúe como puente por cuenta de CINOLSA y por dicho efecto hubo un acuerdo de honorarios de Transur y del señor Diego Picaza. Transur va con la letra a descontarle a los Bancos, el señor Picaza ni CINOLSA califican, la operación se cae y obviamente un costo un reconocimiento de honorarios de éxito, en reconocimiento de que no tenía nada que ver con la operación y ahí es cuando Transur repite contra CINOLSA y contra Diego Picaza.

apreciar de la documentación contable presentada por Cinolsa y de las declaraciones del señor Picaza.

Asimismo, en la visita realizada a las oficinas de Cinolsa se pudo comprobar que, además del acta antes mencionada, no existe ningún documento referido al crédito materia de este procedimiento, ni correspondencia alguna entre Cinolsa y Transur S.A. sobre esta operación.

Por su parte, pese a los reiterados requerimientos, Transur S.A. no ha presentado documentación alguna referida a la operación o al crédito, ni la información contable solicitada por la Sala. Solamente consta la declaración verbal del señor Abad referida a su participación en la negociación de la letra de cambio y el acta de junta general de accionistas en que se acordó iniciar el procedimiento de declaración de insolvencia.

III.4.4. El crédito invocado por Transur.

Contra lo que se afirma en la solicitud de insolvencia de Transur, en relación a la existencia de un crédito por S/. 146,000, las propias declaraciones y pruebas que obran en el expediente demuestran que, en el mejor de los casos, los monto adeudados serían substancialmente menores a lo alegado y no hubieran permitido, ni remotamente, solicitar la insolvencia de Cinolsa. Los señores Felipe Osterling Letts, Picaza y Abad coinciden en que Transur S.A. recibiría un importe equivalente al 5% del monto total incorporado en la letra de cambio, como contraprestación por su intervención en la operación de financiamiento. Sin embargo, según el señor Felipe Osterling Letts, este monto se pactó por concepto de honorarios de éxito, no obstante lo cual, el señor Abad dijo que Transur S.A. debía recibir el 5% pactado, aun cuando la operación fracasara.

Asimismo, mientras los señores Osterling y Picaza manifestaron que el total de la comisión pactada era el equivalente al 10% del monto de la letra, de los cuales 5% serían para Transur S.A. y 5% para el señor Picaza, el señor Abad sostuvo que el total de la comisión pactada era sólo el 5 % y que no conocía del pacto entre el señor Picaza y el señor Felipe Osterling Letts.

De la misma forma, los mismos tres declarantes han reconocido que Transur S.A. nunca desembolsó en favor del señor Picaza o de Cinolsa los S/. 146,000.00 invocados en su solicitud. Resulta claro que el único crédito que podía mantener Transur S.A. frente a Cinolsa ascendía, en el mejor de los casos y dependiendo de la naturaleza de la comisión supuestamente pactada, al 5% del monto consignado en la letra de cambio presentada en el procedimiento, es decir a S/.7,300. Dicho

monto es realmente diminuto si se tiene en cuenta que se requiere un mínimo de 50 UIT's para poder solicitar la insolvencia de una empresa. Así, en la hipótesis de que hubiera efectivamente existido un crédito en favor de Transur, éste hubiera sido substancialmente menor al invocado en la solicitud de insolvencia.

Habiendo tenido que reconocer la inexistencia del crédito por S/. 146,000, tanto el señor Felipe Osterling Letts como el señor Abad se ampararon en el principio de literalidad de los títulos valores para alegar la legalidad de sus actos sosteniendo, como por ejemplo lo hizo el señor Felipe Osterling Letts, que él consideraba que Cinolsa estaba obligada por el total de la letra avalada. Este tema será analizado más adelante.

Posteriormente, la versión es variada al punto que, mediante escrito presentado el 11 de febrero de 1997 el señor Felipe Osterling Letts afirmó que, *“mi representada se allana a la solicitud de insolvencia presentada por Transur S.A. respecto de nuestra empresa, dicha decisión tuvo la única intención de proteger por igual a todos nuestros acreedores con el patrimonio de la empresa, ya que en aquella época manteníamos un litigio muy importante para nuestros intereses con el Banco del Progreso (...) Tal hecho ponía en eminente (sic) peligro la continuidad de nuestra fábrica, implicando ello la desprotección de todos los demás acreedores”*.

Igual posición mantuvo el señor Abad en su declaración rendida el 12 de febrero de 1996, en la cual proporcionó nueva información sobre los aspectos previos al inicio del procedimiento de declaración de insolvencia. Así, el señor Abad ha manifestado en reiteradas ocasiones durante su declaración, que fue el propio señor Felipe Osterling Letts quien le solicitó que Transur S.A. presente la solicitud de declaración de insolvencia y quien se encargó de pagar los gastos del procedimiento. Coincidiendo con la nueva versión del señor Felipe Osterling Letts, el señor Abad agregó que éste le había formulado tal pedido atendiendo a que la actitud asumida en esa época por el Banco del Progreso, de ejecutar los activos de Cinolsa, iba a perjudicar a su empresa y a los demás acreedores.

El señor Felipe Osterling Letts ya había declarado que ellos, refiriéndose a Cinolsa, “habían defendido una insolvencia”, porque el Banco del Progreso quería rematar la planta principal de la empresa. De estas declaraciones y del escrito antes mencionado, se desprende claramente que Cinolsa no se allanó a la solicitud de Transur por carecer de capacidad de pago, sino por evitar la ejecución pretendida por el Banco del Progreso, lo cual evidentemente apuntaría en el sentido de que el referido crédito no existió, y que por el contrario fue utilizado solo para conseguir la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones de los verdaderos acreedores de

Cinolsa, sin que la empresa se encontrase realmente en la situación tipificada en la ley para su declaratoria de insolvencia. Así se estaba haciendo uso de un procedimiento excepcional para fines distintos a aquellos perseguidos por el procedimiento concursal.

Esta conclusión se ve reforzada por un hecho de especial significado en el proceso investigatorio: luego de rendido el primer informe oral ante esta Sala, y conscientes de la disposición que había en el sentido de investigar el crédito, el representante de Transur S.A. presentó un escrito desistiendo del procedimiento de declaración de insolvencia, por haber logrado el pago de su crédito.

Si bien no se dio trámite a dicho desistimiento por cuanto la Sala no tenía competencia para pronunciarse sobre el procedimiento originario, sino sólo respecto de los vicios de nulidad cuya existencia hasta ese momento se presumía, al solicitar información sobre el pago de la deuda, la Secretaría recibió, nuevamente, versiones contradictorias que sólo confirmaron la simulación investigada.

III.4.5. Conclusiones sobre el crédito invocado por Transur S.A. en el procedimiento.

En atención a la verificación efectuada se ha determinado la inexistencia del crédito por S/. 146,000 con el cual Transur S.A. sustentó su solicitud para que se declare la insolvencia de Cinolsa y que, por el contrario, la letra de cambio presentada para tales efectos fue utilizada con el único propósito de permitir que Cinolsa se acoja al marco de protección legal establecido en la Ley de Reestructuración Empresarial, en perjuicio de los demás acreedores.

Por ello, sin perjuicio de las otras consecuencias que este hecho pueda tener, respecto de los temas de competencia de esta Sala, ha quedado demostrado que al momento de pedir la declaración de insolvencia de Cinolsa, Transur S.A. no era titular de un crédito exigible y vencido por más de treinta días, superior a cincuenta UIT's, abriéndose así el camino a perjudicar y defraudar los legítimos derechos de otros acreedores de la empresa.

III.5. La participación de Transur S.A. y sus representantes en el procedimiento.

Los señores Abad e Hidalgo³³, último presidente del directorio de Transur y representante de dicha empresa en este procedimiento, respectivamente, han dicho

³³ INDECOPI: En qué términos fue la conversación?, ósea, el señor Osterling apoyaba, le pedía, se oponía.

ENTREVISTADO: No, definitivamente no se iba a oponer, no.

INDECOPI: Por qué?, porque no se iba a oponer.

(sigue...)

que la presentación de la solicitud de Transur S.A. se debió a un pedido del señor Felipe Osterling Letts, quien ha tenido, además, una intervención directa en la participación de esta empresa en el procedimiento, desde el nombramiento del representante de la empresa en el procedimiento, tal como se muestra en las siguientes transcripciones:

Extracto de las declaraciones del señor Antonio Abad:

(...)

ANTONIO ABAD: *Perdón, la puesta de esto en Indecopi, es a solicitud del señor Osterling, que quede claro.*

INDECOPI: *Usted presento la Letra al Colegio de Contadores a solicitud del señor Osterling?.*

ANTONIO ABAD: *Le digo.*

INDECOPI: *El dice que Usted lo presionaba para el pago.*

ANTONIO ABAD: *Le explico para que quede claro, a solicitud de él, del señor Osterling en vista de que tenía problemas con un acreedor bancario, lo tenía presionado y en virtud de cautelar los intereses de los demás acreedores me solicitó de que presentara esta Letra a Indecopi.*

INDECOPI: *Usted me esta diciendo que el señor Osterling le pidió a Usted que presente la Letra a Indecopi para evitar el remate a Probank?.*

ANTONIO ABAD: *Si, efectivamente.*

INDECOPI: *Ese fue el objeto de la presentación de la solicitud. Usted no lo sugirió, no lo presionó a él.?*

ANTONIO ABAD: *Lo que le he manifestado, es.”*

En el mismo sentido, existe discrepancia respecto de la intervención de Transur en el procedimiento, puesto que tanto el señor Hidalgo como el señor Abad niegan haber sido quienes decidían las acciones a seguir o quienes elaboraban los escritos presentados por su representada.

ENTREVISTADO: Ustedes mismos no están diciendo, que al final sin saber ni leer, ni escribir, en buen romance, a él le conviene, no, le convenía.

INDECOPI: Ya, cual, que actitud note usted en el señor Osterling?.

ENTREVISTADO: Sobre esto.

INDECOPI: Si

ENTREVISTADO: El estaba de acuerdo.

INDECOPI: Casi le rogaba, que presentara la solicitud.

ENTREVISTADO: No, no tanto así.

INDECOPI: Pero si se lo pedía.

ENTREVISTADO: Si me dijo, después de que ya Antonio Abad me había dicho también.

III.6. El domicilio señalado por Transur S.A. en el procedimiento.

Tal como consta en la solicitud que presentó a la Comisión de Calificación Empresarial, Transur S.A. señaló como domicilio procesal, Av. Nicolás Dueñas Nº 475, Cercado.

Como también se desprende del trámite seguido en primera instancia, la Comisión de Calificación Empresarial no tuvo problema alguno al momento de notificar a Transur S.A., ya que no obra en el expediente documento alguno que de cuenta de este hecho y, por el contrario, toda actuación producida en esa entidad delegada aparece debidamente notificada, contando los cargos de notificación, inclusive, con sellos en los que aparece la denominación social de dicha empresa.

Sin embargo, iniciada la tramitación del procedimiento de nulidad en esta Sala, se detectó que en el domicilio antes señalado no funcionan las oficinas de Transur S.A. sino que, por el contrario, se trata de un inmueble en estado de abandono, tal como se acredita con los reportes del servicio de notificaciones del Indecopi y con la constancia emitida el 6 de enero de 1997, por el Notario Público de Lima, Fidel D'Jalma Torres-Zeballos.

Ello ha sido confirmado, además, con la declaración de la señora Carrascal quien informó que el inmueble ubicado en Av. Nicolás Dueñas Nº 475, Cercado, fue transferido a fines de 1995 al Banco Wiese Ltda.³⁴ y por el señor Abad, quien reconoció que en esa dirección ya no funciona la empresa³⁵.

³⁴ INDECOPI: El inmueble, solo quiero saber si en esos momentos tenía el inmueble o ya no lo tenía?

ENTREVISTADO: Si mal no recuerdo a fines de diciembre, tendría que confirmar la fecha, si suscribí la minuta de transferencia del inmueble a favor del Banco Wiese.

INDECOPI: Pero digamos que en enero, febrero ya no era de ellos, el inmueble ya no era de Transur?

ENTREVISTADO: Supongo que no, ellos tendrían que haber hecho la transferencia inmediatamente, no?

INDECOPI: Ya, yo no tengo más preguntas, Ud.?

Quiero hacer una primera aclaración, cuando se refiere al inmueble, éste estaba ubicado en Nicolás Dueñas 475?

ENTREVISTADO: Si, ese es el inmueble que se transfirió al Banco Wiese.

³⁵ ENTREVISTADO: Lo que he visto es que Oscar Hidalgo en una de sus cartas da como domicilio la oficina del Dr. Alvarado.

INDECOPI: Usted no sabía que le había dado el domicilio del Dr. Alvarado.

ENTREVISTADO: Le estoy contando como han sido las cosas.

INDECOPI: Según el Sr. Hidalgo ese escrito fue hecho por Usted señalando el domicilio del Dr. Alvarado. Quien recoge

ENTREVISTADO: El Sr. Hidalgo.

INDECOPI: Ahí dice, es mas que la notificación hecha en Nicolás Dueñas y ni siquiera sabía que estaba citada.

ENTREVISTADO: Puede que sea cierto por que en Nicolás Dueñas en cierta fecha ya no había nadie.

Para mantener la celeridad y eficacia del procedimiento, en la reunión que sostuvieron en las oficinas de Cinolsa el 21 de enero de 1997, el Secretario Técnico de la Sala solicitó al señor Felipe Osterling Letts, que contacte con los representantes de Transur S.A. y les informe de su pedido para que señalen un nuevo domicilio procesal.

Al día siguiente de esa reunión, el 22 de enero de 1997, Transur S.A. señaló como nuevo domicilio procesal Jr. Natalio Sánchez N° 244, oficina 201, Jesús María, el mismo que corresponde al estudio jurídico del señor Fernando Alvarado Cerro, abogado patrocinante de Cinolsa en el procedimiento.

El 24 de enero de 1997, Cinolsa presentó un escrito al cual adjuntó tres anexos. En el reverso de uno de éstos, fotocopia de una copia literal del acta de junta general de accionistas de Cinolsa realizada el 12 de julio de 1996, aparece el borrador de un escrito similar al que, con algunas modificaciones y correcciones, presentó el señor Hidalgo, el 22 de enero de 1997 señalando nuevo domicilio.

Consultado sobre este hecho, el señor Felipe Osterling Letts declaró lo siguiente: *“Puede ser un proyecto en el cual Transur puede haber acudido a la empresa y bueno ahora cómo respondo, qué es lo que debo hacer y la empresa le puede haber sugerido un texto de respuesta para poder encaminar el procedimiento en la mejor forma, pero eso no quiere decir en primer lugar que la empresa actúe en nombre de Transur, ni segundo que la empresa haga las comunicaciones ni se apersona en nombre de Transur.”*

Por su parte, el señor Alvarado, alegando haberlo hecho para satisfacer el pedido del Secretario Técnico, reconoció que proporcionó su domicilio a sugerencia del señor Osterling.

Además de ratificar la vinculación demostrada entre Cinolsa y Transur S.A. los hechos expuestos confirman que la participación en el procedimiento de esta última empresa, que no tenía actividad comercial alguna, fue dirigida por el señor Felipe Osterling Letts.

III.7. La declaración de nulidad de los actos administrativos.

Cinolsa a señalado en su defensa que la Sala carece de las facultades de investigación en ejercicio de las cuales se obtuvieron las pruebas y declaraciones citadas en la presente resolución y que han permitido concluir en la existencia de vinculación entre Cinolsa y Transur y en la inexistencia de un crédito por 50 UIT's que

serviera de sustento a la solicitud de declaración de insolvencia presentada por Transur.

Sin embargo, debe tenerse presente, además del análisis que se hará posteriormente sobre las facultades de la Sala, que la declaración de nulidad de un acto administrativo, se tramita en un procedimiento especial en el cual debe desvirtuarse la presunción de legitimidad propia de los actos administrativos, lo que requiere de un especial nivel probatorio, toda vez que lo que se está cuestionando es la actuación de la propia administración pública.

Cuando se tramita un procedimiento para declarar la nulidad de un acto administrativo, ya sea de oficio o porque el vicio ha sido invocado por un particular, lo que está en controversia no es la evaluación hecha por el órgano administrativo respecto de la pretensión de los administrados, sino la legalidad o ilegalidad de la actuación de tal órgano. Cuando se evalúa la posible nulidad de un acto administrativo no se hace, en estricto, una revisión del análisis efectuado para emitir el pronunciamiento, sino la validez del pronunciamiento por sí mismo. La revisión de la evaluación hecha por el órgano administrativo se logra con el uso de los medios impugnatorios que la legislación ha previsto para tal fin.

Como la declaración de nulidad de un acto administrativo afectará en forma específica al procedimiento en el cual tal acto fue emitido, se puede considerar que el procedimiento seguido para tal fin tiene carácter incidental respecto del procedimiento originario. Pero, como se ha visto, la controversia no está referida al tema materia de la solicitud de los administrados en cada caso en particular, sino a la validez o invalidez del acto administrativo.

En consecuencia, siendo incidental respecto del procedimiento originario, ya que repercutirá en él pudiendo afectar sus resultados, el procedimiento seguido para la declaración de nulidad de un acto administrativo adquiere independencia y vida propia desde que, como se ha señalado, la controversia radica en un asunto distinto del pedido de los administrados, es decir en el acto administrativo en sí.

Por ese motivo, el órgano encargado de pronunciarse sobre la presunta nulidad del acto administrativo, lo que supone desvirtuar la presunción legal de su legitimidad, tiene que actuar las pruebas que resulten necesarias para determinar la validez o invalidez del acto administrativo, lo que incluye la necesidad de llevar a cabo las investigaciones que considere pertinentes, tal como sostienen Dromi y Diez en las citas que se presentan a continuación:

“...En cambio en el campo del derecho público, aun cuando el acto adolezca de un vicio de nulidad manifiesta, su nulidad no puede ser declarada de oficio (...) en el sentido de que la presunción de legitimidad que tienen todos los actos administrativos obliga a realizar una investigación de hecho para determinar su nulidad.”³⁶

“La nulidad administrativa, por la presunción de legitimidad propia de los actos administrativos, no puede declararse sin una investigación previa de hecho, excepto para los actos inexistentes.”³⁷

Como ya se señaló, la obligación de investigar, impuesta a quien vaya a pronunciarse sobre la posible nulidad de un acto administrativo, responde a la necesidad de desvirtuar la presunción de legitimidad de dicho acto, que constituye el sustento de juridicidad de la actuación de la administración.

III.8. Las atribuciones de la segunda instancia para actuar pruebas e investigar hechos en los procedimientos seguidos para declarar la nulidad de actos administrativos.

Como se señaló en la Resolución N° 106-96-TDC, y como ya se ha mencionado en esta resolución, por mandato del artículo IV del Título I de la Ley de Procedimientos Administrativos, la autoridad administrativa tiene la obligación de encausar los procedimientos a su cargo, ya sea a pedido de parte o de oficio, ante cualquier error u omisión advertido en su tramitación³⁸.

Por ello, recibida la solicitud formulada por la Comisión de Salida del Mercado y atendiendo también a lo manifestado por Servitrayler S.A., esta Sala tenía la obligación de efectuar las investigaciones necesarias y actuar las pruebas que resultasen pertinentes para determinar si existían vicios que pudiesen afectar de nulidad la Resolución N°003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96 por la que se declaró la insolvencia de Cinolsa, desvirtuando la presunción de legitimidad, y, en su caso, adoptar las medidas necesarias para sanear el procedimiento.

Con este fin, en ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 33 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI y el Título I del

³⁶ Ob. cit. pp. 299-300

³⁷ Ob. cit. p. 248.

³⁸ **Ley de Procedimientos Administrativos, Título I, artículo IV.-** Toda autoridad del Estado que advierta un error u omisión en el procedimiento, deberá encausarlo de oficio o a pedido de parte.

Decreto Legislativo N° 807, se requirió la presentación de documentación a las partes y se dispuso que se cite a los representantes de Cinolsa y Transur S.A., así como a las personas vinculadas con la letra de cambio materia de investigación, para que presten sus declaraciones.

Adicionalmente, y sin perjuicio de las facultades contenidas en el Decreto Legislativo N° 807, aplicables al Tribunal, las facultades de investigación, que Cinolsa alega que corresponden únicamente a la primera instancia, han sido expresamente otorgadas al tribunal en el mencionado artículo 33 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI, en virtud del cual *"... el Tribunal podrá solicitar a las Comisiones, Oficinas y otros organismos públicos y privados, los informes y dictámenes a que se refiere el artículo 77° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y en general todos aquellos elementos de juicio para la mejor resolución del caso.*

Igualmente, podrá celebrar audiencias públicas y excepcionalmente privadas de conformidad con el artículo 14° de la Ley, para interrogar a las partes, escuchar sus alegatos y oír las opiniones de terceros con legítimo interés que así lo soliciten o que el propio Tribunal hubiere convocado."

La sola lectura de la norma citada permite concluir fácilmente que esta Sala está legalmente facultada para llevar a cabo procesos investigatorios, tal como el realizado por la Secretaría Técnica en ejercicio de la delegación recibida mediante Resolución N° 106-96-TDC.

Sin perjuicio de ello, tal como se mencionó anteriormente, debe tenerse presente que en los procesos destinados a declarar la nulidad de los actos administrativos, en los cuales la Sala debe pronunciarse respecto de la actuación de los órganos de primera instancia, ésta debe contar con las atribuciones suficientes para verificar la legalidad de todo lo actuado por el órgano cuyo acto se encuentra cuestionado. Cualquier límite a dicha posibilidad de investigación, generaría un peligroso margen de inseguridad en los mecanismos de control de los órganos administrativos.

Por ello es que, como se desprende de las anteriores citas de Dromi y Diez, para la tramitación de los procedimientos destinados a declarar la nulidad de un acto administrativo, los órganos encargados de su tramitación cuentan con las mismas facultades investigatorias que los órganos de primera instancia tienen para tramitar los procedimientos ordinarios. De esta forma, el órgano superior cumple el rol de primera instancia en la revisión y control de los actos administrativos respecto de los cuales se hubiese invocado alguna causal de nulidad.

III.9. Los hechos materia de investigación.

Tal como se menciona en la parte de antecedentes de esta Resolución³⁹, la Comisión formuló su solicitud en atención a los siguientes hechos:

- (i) la falta de poderes del representante de Cinolsa, señor Felipe Osterling Letts;
- (ii) la acumulación de procedimientos de naturaleza distinta (el procedimiento iniciado por Cinolsa para la declaración de su estado de insolvencia con el procedimiento seguido con el mismo fin a solicitud de Transur); y
- (iii) la existencia de vinculación económica entre Cinolsa y Transur, lo que ameritaría una nueva investigación para determinar la existencia o inexistencia de los créditos invocados en el procedimiento por la segunda de las mencionadas empresas.

De los tres temas planteados por la Comisión de Salida del Mercado, los dos primeros están referidos a cuestiones de puro derecho, por lo que únicamente procedía investigar si la Comisión de Calificación Empresarial cumplió su obligación de verificar por todos los medios la titularidad, la legitimidad, el origen y la cuantía de los créditos que sustentaron la solicitud presentada por Transur para la declaración de la insolvencia de Cinolsa.

Como se señaló en la Resolución N° 106-96-TDC, para determinar el cumplimiento de esta obligación por parte de la Comisión de Calificación Empresarial, se debía tener en consideración 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”*, y por ello para emitir su pronunciamiento sobre este punto, la Sala debe evaluar si la Comisión de Calificación Empresarial cumplió con verificar los créditos invocados por Transur frente a Cinolsa, conforme al mandato de la Ley de Reestructuración Empresarial y su Reglamento, en atención a de los actuados en el procedimiento.

III.10. La acumulación de procedimientos y la supuesta falta de poderes del señor Felipe Osterling Letts como causales de nulidad de la Resolución N° 003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96.

³⁹ ver p. [141111/42141414141414](#)

En aplicación de lo expuesto en los puntos anteriores y conforme a lo establecido en los artículos 43, 103 y 110 de la Ley de Procedimientos Administrativos, para declarar la nulidad de la Resolución N° 003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96, esta Sala debía verificar si al expedirla se había incurrido en algún vicio, por haber sido dictado: (i) por un órgano incompetente; (ii) en contra de la Constitución y de las leyes, o conteniendo un imposible jurídico; o (iii) prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento y de la forma prescrita por la ley.⁴⁰

Respecto de la acumulación de procedimientos dispuesta por la Comisión de Calificación Empresarial y la supuesta falta de poderes de representación por parte del señor Felipe Osterling Letts, esta Sala considera que tales hechos invocados por la Comisión de Salida del Mercado no constituyen causales de nulidad de la Resolución N° 003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96.

En el primer caso, el artículo 67 de la Ley de Procedimientos Administrativos únicamente establece como requisito para la acumulación de expedientes la existencia de conexidad de la pretensión, es decir, que estén referidos a un mismo tema, por lo que la acumulación dispuesta por la Comisión de Calificación Empresarial no debe ser tomada en consideración.

Tampoco debe considerarse la presunta falta de poderes de representación del señor Felipe Osterling Letts para efectos del procedimiento iniciado a solicitud de Transur, ya que Cinolsa le había otorgado un poder con el mismo fin, es decir representar a la empresa en un procedimiento tramitado para la declaración de su insolvencia. Adicionalmente, en caso que se hubiese considerado que los poderes eran insuficientes para el procedimiento iniciado por Transur, al haberse acumulado ambas solicitudes, el señor Osterling podía ejercer válidamente la representación de Cinolsa en el procedimiento único.

III.11. La declaración de insolvencia y la verificación de créditos en los procedimientos concursales.

⁴⁰ **Ley de Procedimientos Administrativos:**

Artículo 43.- Son nulos de pleno derecho los actos administrativos:

a) Dictados por órgano incompetente.

b) Contrarios a la Constitución y a las leyes y los que contengan un imposible jurídico.

c) Dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por la ley.

Artículo 109.- En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 43° podrá declararse de oficio la nulidad de resoluciones administrativas, aun cuando hayan quedado consentidas, siempre que agraven el interés público.

Artículo 110.- La nulidad a que se refiere el artículo anterior deberá ser declarada por el funcionario jerárquicamente superior al que expidió la resolución que se anula...

Como se mencionó en la Resolución N° 106-96-TDC, para el régimen concursal, regulado en la Ley de Reestructuración Empresarial y su Reglamento, la insolvencia es un estado de hecho consistente en la imposibilidad que tiene un deudor de cumplir, en forma temporal o definitiva, con el pago de sus obligaciones, la misma que conforme a nuestra legislación se verifica a partir de la reducción patrimonial, cuando el procedimiento se inicia a solicitud del propio deudor, o con la cesación de pagos que se evidencia cuando la solicitud para la declaración de insolvencia la han presentado uno o varios de sus acreedores con créditos superiores a 50 UIT's.

Verificado cualquiera de ambos supuestos, el régimen concursal provee a las empresas insolventes de un marco de protección legal que resguarda su patrimonio, que supuestamente será insuficiente para cubrir todas sus obligaciones, de las acciones que individualmente pudiesen ejercer cada uno de sus acreedores.

Así, sin dejar de reconocer que cada acreedor tiene el legítimo derecho de procurar el pago de sus créditos, se busca maximizar los beneficios patrimoniales y reducir costos de transacción, reuniendo en un único procedimiento todos los bienes del deudor y al universo de sus acreedores, de tal manera que, ya sea a través de la reestructuración, o por la vía de la liquidación ordenada, cada acreedor pueda ver satisfecho su crédito en la mejor manera posible y, en todo caso, los perjuicios de la crisis puedan ser distribuidos según las prioridades establecidas en la norma sin que las acciones individuales “canibalicen” el patrimonio de la insolvente.

Para lograr estos objetivos, la Ley de Reestructuración Empresarial establece: (i) la inexigibilidad de las obligaciones a cargo del deudor; (ii) la suspensión de las acciones destinadas a ejecutar o afectar el patrimonio del insolvente; y (iii) la conformación de la junta de acreedores, a cuyos acuerdos quedan sometidos todos los acreedores del insolvente, aun cuando se hubiesen opuesto a tales acuerdos o no se hubiesen manifestado sobre el particular.

Atendiendo a que el régimen concursal surte efectos respecto de los derechos de los acreedores que se ven temporalmente impedidos de ejercer las acciones que la legislación les provee para el cobro de sus créditos, en su aplicación se debe evitar que el esquema sea utilizado indebidamente por deudores interesados en evadir o diferir el pago de obligaciones.

Para ello, la Ley de Reestructuración Empresarial ha establecido reglas que permiten determinar en forma clara la existencia de situaciones que requieren de la aplicación de los mecanismos de protección patrimonial. Por un lado, para que el propio deudor pueda someterse a los beneficios de las normas concursales, debe acreditar haber sufrido pérdidas que superan las dos terceras partes de su

patrimonio. Igualmente, si es un acreedor quien quiere iniciar el procedimiento concursal, debe acreditar que mantiene frente a su deudor un crédito exigible y no pagado, superior a cincuenta UIT's, lo que para efectos de este procedimiento equivale a S/.110,000.00 (Ciento diez mil nuevos soles), y ante ello debe verificarse que el deudor se encuentre en incapacidad de pagar o garantizar el cumplimiento de su obligación, lo que supone una verificación de la real existencia de los supuestos mencionados.

III.12. La investigación dispuesta por la Sala.

En virtud de lo expuesto en el numeral anterior, si bien los hechos objeto de la investigación en este procedimiento resultan por si mismo contrarios a las normas y principios concursales, su tratamiento, evaluación y eventual sanción no pasarían de la esfera del derecho privado si es que el supuesto aval no hubiese sido utilizado en un procedimiento administrativo.

Sin embargo, se ha demostrado que Cinolsa y Transur S.A. han actuado en forma dolosa, simulando un crédito por S/.146,000 en favor de la segunda de las nombradas, para permitir que la primera de éstas, es decir Cinolsa, sea declarada insolvente y pueda acogerse al marco de protección legal del patrimonio establecido en la Ley de Reestructuración Empresarial y su Reglamento.

Con ello, no sólo se impediría la ejecución de bienes por parte de Probank, como sostiene el señor Felipe Osterling Letts, sino que el marco de protección afectaría a todos y cada uno de los acreedores de Cinolsa, quienes se verían impedidos injustificadamente de ejercer su legítimo derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por Cinolsa en el desarrollo de su actividad.

El proceder de Cinolsa y Transur S.A. es a todas luces contrario al interés público, en especial contrario al interés de aquellos que, presumiendo una buena práctica empresarial por parte de Cinolsa, confiaron en esta empresa y mantuvieron o mantienen vínculos comerciales con ella. Afecta además la credibilidad de los procedimientos concursales, los que deben ser considerados como medidas extremas para situaciones reales de crisis económica de una empresa según lo tipificado en la ley, y no como una forma de evadir las obligaciones pendientes con los acreedores.

Desvirtuando los fines y objetivos de las normas concursales, Cinolsa ha pretendido utilizarlas para burlar a sus acreedores y evadir el pago de sus deudas. Prácticas como ésta impiden el desarrollo de la economía y generan inseguridad jurídica en la contratación, convirtiendo a los procedimientos concursales en un sistema de

debilitamiento del crédito, y no, como debería ser, en un procedimiento que lo refuerce y consolide.

Si el régimen concursal se convierte en una herramienta de uso generalizado para dejar de pagar, o postergar pagos sin justificación válida alguna, se generará un incremento en el costo del crédito, cuyo cálculo deberá incorporar el riesgo a que los deudores eviten el pago a través de la declaración de insolvencia, y con ello una contracción de la economía como consecuencia de las menores posibilidades que tendrán los agentes del mercado para acceder a los sistemas de crédito.

Por ello, dejar de investigar y, en su caso, dejar de sancionar cuando la autoridad competente considere que existen razones justificadas para ello, sería crear un incentivo para que algunos agentes del mercado hagan uso indebido del régimen concursal con el fin de evadir el pago de sus obligaciones, lo que tendría los efectos antes mencionados.

Ello genera en esta Sala, como máxima instancia administrativa encargada de velar por el cumplimiento y respeto de las normas concursales, la obligación de verificar la existencia de los supuestos previstos en la Ley de Reestructuración Empresarial y su Reglamento para la Declaración de insolvencia de una empresa.

Asimismo, en ejercicio de su función de control administrativo, la Sala debe pronunciarse también sobre la actuación que Cinolsa, Transur S.A., sus representantes y las demás personas vinculadas con la simulada operación crediticia, han tenido durante la tramitación del procedimiento ante la Comisión de Calificación Empresarial y ante esta Sala, conforme a los principios y reglas procesales administrativas que se han analizado anteriormente.

III.13.- La verificación del crédito para efectos concursales.

Tal como se ha señalado, la aplicación de la Ley de Reestructuración Empresarial enfrenta el riesgo de que se desvirtúen los fines de sus normas y los mecanismos de protección del patrimonio se utilicen indebidamente, para evadir o diferir el pago de obligaciones.

Por ello, las normas han provisto a los órganos administrativos encargados de la tramitación de dichos procedimientos de facultades suficientes para hacer las investigaciones que resulten necesarias para verificar la real existencia del estado de insolvencia de una empresa, así como los créditos invocados frente a ella. En estos casos, la Comisión no solo actúa en atención a los legítimos intereses del solicitante (ya sea éste la empresa deudora o un acreedor), sino de todos los demás

posibles acreedores de la empresa, que podrían verse perjudicados por la simulación de un estado de insolvencia

Por eso, los órganos administrativos deben verificar que se cumplan los supuestos legales para la declaración de insolvencia de una empresa y para el reconocimiento de los créditos invocados frente a ella, ejerciendo en la etapa investigatoria de los procedimientos, las atribuciones y facultades que le confieren la Ley y el Reglamento, así como el Título I del Decreto Legislativo N° 807, a los que ya se ha hecho referencia. Tratándose de solicitudes que, como la del presente caso, han sido presentadas por un acreedor, se deberá verificar por todos los medios el cumplimiento de los requisitos a que se refieren los artículos 2 de la Ley y 2 del Reglamento, es decir la existencia de créditos superiores a cincuenta UIT's, exigibles y vencidos por más de treinta días calendario, verificando su origen, cuantía y legitimidad, tal como lo establecen los artículos 4 de la Ley y, 7 y 8 del Reglamento⁴¹.

⁴¹ **Ley de Reestructuración Empresarial:**

Artículo 2º.- Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos superen en total el equivalente a Cincuenta Unidades Impositivas Tributarias vigentes en la fecha de la solicitud, podrán solicitar la declaratoria de insolvencia del deudor, ante la Comisión de Salida del Mercado a que se refieren la Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias del presente Decreto Ley, en adelante la Comisión.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se entiende por acreedor impago a aquél cuyo crédito exigible se encuentra vencido y no ha sido pagado dentro de los treinta días naturales siguientes a su vencimiento. Tratándose de créditos que se vencen por armadas o cuotas, sólo se computarán las armadas o cuotas vencidas por cualquier causa. Asimismo, el deudor podrá solicitar su declaratoria de insolvencia ante la Comisión, siempre que acredite tener pérdidas que reduzcan su patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte.

Artículo 4º.- Solo tendrán derecho a participar en la Junta convocada conforme al artículo anterior, los acreedores que hasta el décimo día hábil anterior a la fecha señalada para la realización de la Junta presenten ante la Comisión los títulos que acrediten la existencia de sus créditos, se encuentren o no vencidos.

La Comisión reconocerá la titularidad, legitimidad y cuantía de los créditos conforme lo determine el Reglamento. Si un crédito ha sido reconocido judicialmente, mediante resolución consentida o ejecutoriada, la discusión solo versará sobre su cuantía, siempre que no esté fijada en la sentencia. Asimismo, corresponderá a la Comisión declarar la prelación de los créditos reconocidos, conforme al artículo 7º.

Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial:

Artículo 2º.- La solicitud de declaratoria de insolvencia a que se refiere el Artículo 2º de la Ley, puede ser presentada por uno o varios acreedores, cuyos créditos superen, en la fecha de su presentación, el equivalente a Cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, en total. La solicitud también puede ser presentada por el deudor, en los casos en que su patrimonio se haya reducido por pérdidas en más de dos terceras partes.

La solicitud presentada por los acreedores deberá acompañar copia de la documentación sustentatoria de los respectivos créditos. Si la solicitud fuera presentada por iniciativa del deudor, se deberá acompañar copia del Balance General y del Estado de Ganancias y Pérdidas; Estados de Cambio en el Patrimonio Neto durante los tres (03) últimos años; Estado de Flujos en efectivo en los últimos doce (12) meses y proyectado a los doce (12) meses siguientes; una breve descripción de la situación de la empresa que mencione los factores positivos y negativos que han afectado su marcha y una relación pormenorizada de acreedores con indicación de montos adeudados y fechas de vencimiento.

Dicha solicitud tendrá carácter de declaración jurada y deberá ser presentada por el representante legal de la empresa, quien será responsable de la veracidad de la información y la autenticidad de los documentos presentados, bajo pena de incurrir en los delitos contra la fe pública tipificados en el Título XIX del Código Penal.

Artículo 7º.- Los acreedores, deberán acreditar ante la Comisión la titularidad, el origen, la cuantía, incluyendo el capital e intereses y la preferencia de sus créditos.

(sigue...)

Para efectos de la verificación mencionada, los acreedores podrán presentar la documentación que sustente los créditos invocados que consideren pertinente. Sin embargo, cuando a criterio de la autoridad administrativa la documentación presentada no resulte suficiente o cuando existan elementos que le hagan presumir una posible simulación de obligaciones, o por seguridad jurídica del procedimiento, cuando se detecte la posible existencia de vinculación entre la deudora y su acreedor, se debe verificar, necesariamente, el origen del crédito, investigando su existencia, como exige el artículo 8 del Reglamento, por todos los medios.

En un caso como el presente, en el cual el crédito invocado está incorporado en una letra de cambio, normalmente resulta apropiado reconocer el crédito en mérito a la literalidad del título valor, en aplicación de los principios de simplicidad, celeridad y economía de los procedimientos administrativos.

Sin embargo, tal como ya se manifestó, si la autoridad administrativa presume la posible existencia de una vinculación entre las partes o tiene elementos de juicio que le haga suponer una simulación, debe necesariamente investigar la relación causal, es decir, el origen del crédito, para determinar su legitimidad.⁴²

Artículo 8°.- La Comisión o quien haga sus veces realizará el análisis de los créditos presentados para su reconocimiento, investigando su cuantía y legitimidad por todos los medios, luego de lo cual expedirá una resolución que deberá ser notificada a los acreedores, en la que constará la relación de los créditos cuya titularidad, legitimidad y cuantía se reconocen.

La resolución deberá contener:

- a) la individualización de los acreedores;
- b) el origen de los créditos;
- c) el monto de los créditos por concepto de capital e intereses; y,
- d) las preferencias de los créditos.

El acreedor que no obtenga el reconocimiento de los créditos puede apelar ante el Tribunal de la Resolución denegatoria.

⁴² Al respecto resulta apropiado citar la definición de "legitimidad" que contiene el Diccionario Jurídico Omeba, que nos permite apreciar que, la verificación de la legitimidad exigida por la legislación concursal abarca desde la existencia misma del crédito, hasta la legalidad de su origen:

"Conforme a las leyes, justo, perfecto, completo, concedido, permitido, verdadero, genuino. Dícese así: "edad prescrita por las leyes", "términos concedidos por las leyes", "pena determinada por la ley", etcétera.

Lo más frecuente es utilizar la voz "legitimidad" con referencia al estado de familia y para significar el estado o calidad de hijo legítimo o legitimado. Sin embargo, el concepto de la legitimidad es general y amplísimo, tanto como "la materia de la ley", que abarca todo lo bueno y equitativo, posible, conforme a la naturaleza y a las costumbres patrias, conveniente al lugar y tiempo, necesaria, útil y dado no para el bien privado, sino para utilidad común de los ciudadanos.

En un sistema de Derecho estricto, la cuestión de legitimidad es lo más fundamental, porque allí el legislador no deja nada librado a arbitrio de los jueces. Hay ramas que por completo pertenecen a dicho sistema, tales como el Derecho Penal, y el Tributario; en el Derecho Civil, cualquier instituto de orden público preeminente, requiere, asimismo, la rigidez; en el Derecho Procesal, también, se necesita aplicar este criterio a los plazos, requisitos formales, y a menudo con relación a pruebas que sólo pueden hacerse según a disposición de texto legal, por ejemplo, las partidas del Registro Civil y testamentos.

(sigue...)

En este caso, el reconocimiento de la obligación por parte de la empresa deudora no eximirá a la autoridad administrativa de su deber de verificación, ya que en un régimen concursal la solicitud de reconocimiento de un crédito no se opone solamente a los intereses de la insolvente, sino que también tiene efectos sobre los derechos de los demás acreedores de ésta que, con cada crédito reconocido ven reducida su participación, tanto en la junta de acreedores, como en la posibilidad de pago de sus créditos.

Tampoco resulta válido oponer la literalidad del título al deber de investigación que tiene la autoridad administrativa, ya que los procedimientos concursales no son procedimientos de ejecución en los que el objetivo es cobrar un crédito en forma directa. Los procedimientos concursales tienen como objeto el tratamiento global del patrimonio y actividad de una empresa a partir de su situación económica y financiera y por ello puede resultar imprescindible dejar de atender al mérito de un título valor para verificar la real situación de los pasivos de la insolvente, tal como lo señala Maffia en la siguiente cita:

“No basta, pues, con un cambial en forma para ingresar en la nómina de acreedores concurrentes: aun en ese caso el acreedor debe indicar la causa de su crédito. Dijimos que en el contexto de un concurso y a la hora de insinuarse al pasivo, la “causa” del crédito se identifica con los pocos y familiares negocios que estadísticamente recurren, como suministro de mercaderías, mutuo dinerario, alquileres, impuestos y muy pocos más. El tomador -o endosatario- del papel habrá de explicar a qué título lo adquirió, sea del concursado, sea de su tradens si el documento circuló; eso interesa al requisito de la causa que exige el art. 33, L.C., y

La legitimidad tiene, además, otra consecuencia importante; como quiera que allí donde el legislador quiere imperar absolutamente hasta el punto de impedir interpretaciones judiciales, con mayor razón no admite a los particulares la posibilidad de suspender los efectos mediante “modalidades” de término o condición.

Es así que el matrimonio, el reconocimiento de hijos naturales, la emancipación y la adopción, no toleran condiciones. Tampoco la toleran algunos actos jurídicos patrimoniales por ejemplo, la aceptación de la herencia, la renuncia de ésta, las disposiciones testamentarias que tiene por objeto la sola porción de la legítima o la reserva, y en el Derecho comercial, la letra de cambio.

La legitimidad es un asunto de importancia muy variable según los tiempos y lugares. Hay épocas caracterizadas por el respeto o por el desprecio de la ley; y puede agregarse sin error, que bajo circunstancias especiales, el legislador es impotente. Muchas veces ha sido señalado este hecho de la impotencia legislativa, desde los comienzos del siglo XX, de tal manera que los versos del poeta latino, aceptáronse: “Son vanas las leyes sin las buenas costumbres”.

Pero con todo, la fuerza de la ley existe y renace constantemente, no prevaleciendo lo que se le oponga, en virtud de un instinto vital de conservación de la sociedad”.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA; Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1964, Tomo XVIII, p. 207.

*también al componente de buena fe que hace a la legitimación del acreedor en un juicio tan particular como es el concurso; esto es, una presunción relativa al favor creditoris en los procesos individuales, deja su lugar al genérico deber de explicar a qué título legítimo el interesado en incorporarse al pasivo concursal invoca su derecho. Es decir, la posición del acreedor frente al concurso de ninguna manera es la misma que ante su deudor; en el juicio individual, el tenedor legitimado de una cambial disfruta de todas las ventajas que, traducidas en definitiva en limitación de las defensas oponibles, configuran el favor creditoris, Esas ventajas no rigen en caso de concurso; como veremos en VII, II, "a", no se trata de un juicio del acreedor contra el deudor, sino de un pedido para incorporarse, por la vía procesal específica establecida, al pasivo del concurso.*⁴³

Debe precisarse, sin embargo, que ello no supone que se exija a un acreedor endosatario que acredite un vínculo inexistente con la insolvente; lo que debe verificarse en este caso es que la operación que originó el título valor existió realmente y que el solicitante del reconocimiento recibió por endoso el título en forma legítima. Lo contrario sería permitir que, mediante la simulación de endosos, se evite la investigación sobre el origen del pasivo que este título representa.

III.14. La verificación del crédito de Transur S.A. y la actuación de las partes en el procedimiento.

Como se ha demostrado en esta Resolución, Transur S.A. ha solicitado la declaración de insolvencia de Cinolsa sustentando su solicitud con un supuesto crédito que, en caso de acreditarse su existencia, no cumpliría los requisitos establecidos en la legislación concursal, por tratarse de un crédito ascendente, en el mejor de los casos, únicamente a S/. 7,300. Ello, además de ser causal suficiente para declarar la nulidad de la Resolución N° 003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96, amerita que se remita al Ministerio Público copia certificada del Cuaderno de Nulidad de la Resolución N° 003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96, tramitado ante esta Sala, para que se evalúe la posible existencia de responsabilidad penal por parte de las personas involucradas en la simulación del crédito con el que se obtuvo la declaración de insolvencia en este procedimiento, en perjuicio de los legítimos derechos de los demás acreedores.

⁴³ MAFFIA. J. Osvaldo, Verificación de Créditos. Ediciones Depalma, 2da Edición, Buenos Aires- Argentina, 1989. pp. 139.

III.15. Precedente de observancia obligatoria.

En aplicación del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, la presente Resolución constituye precedente de observancia obligatoria en cuanto establece los criterios aplicables a la verificación de créditos en los casos en que la autoridad administrativa cuente con indicios sobre la posible vinculación entre el acreedor solicitante y la empresa insolvente, la existencia de irregularidades en el origen del crédito o la simulación del mismo.

IV.- RESOLUCION DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto lo siguiente:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución N° 003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96, por la cual la Comisión de Calificación Empresarial del Colegio de Contadores Públicos de Lima declaró la insolvencia de Compañía Industrial Oleaginosa S.A. - Cinolsa.

SEGUNDO: Declarar que la presente Resolución constituye precedente de observancia obligatoria en cuanto establece los siguientes criterios para la verificación de créditos invocados para la declaración de la insolvencia de un deudor o frente a éste luego de declarada su insolvencia:

Para efectos de la verificación a cargo de la autoridad administrativa, los acreedores podrán presentar la documentación que sustente los créditos invocados que consideren pertinente.

Sin embargo, cuando a criterio de la mencionada autoridad la documentación presentada no resulte suficiente, o cuando existan elementos que le hagan presumir una posible simulación de obligaciones, o cuando se detecte la posible existencia de vinculación entre la deudora y su acreedor, se debe verificar, necesariamente, el origen del crédito, investigando su existencia por todos los medios.

Cuando el crédito invocado está incorporado en una letra de cambio o cualquier otro título valor, resulta apropiado reconocer el crédito en mérito a la literalidad del título, en aplicación de los principios de simplicidad, celeridad y economía de los procedimientos administrativos.

Pero, al igual que el criterio general, si la autoridad administrativa presume la posible existencia de una vinculación entre las partes o tiene elementos de juicio que le haga suponer una simulación del crédito, debe necesariamente investigar la relación causal, es decir, el origen del crédito, para determinar su legitimidad.

En este caso, el reconocimiento de la obligación por parte de la empresa deudora no eximirá a la autoridad administrativa de su deber de verificación.

Tratándose de un acreedor endosatario, éste no requiere acreditar la existencia de un vínculo con la insolvente; lo que debe verificarse en este caso es que la operación que originó el título valor existió realmente y que el solicitante del reconocimiento recibió por endoso el título en forma legítima.

TERCERO: Disponer que la Secretaría Técnica remita copia de la presente Resolución, así como de la de Primera Instancia, al Directorio del Indecopi para su publicación en el diario oficial El Peruano de conformidad con el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807.

CUARTO: Disponer que la Secretaría Técnica remita copia certificada del Cuaderno de Nulidad y de la Resolución N° 003-96-CCE-CCPL/EXP.035-96, tramitado en esta Sala, al Ministerio Público para que éste evalúe la posible existencia de responsabilidad penal en los actos mencionados en la presente resolución.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Jorge Vega Castro y José Antonio Payet Puccio.

ALFREDO BULLARD GONZALEZ
Presidente de la Sala de Defensa de la Competencia