

La amenaza del acreedor fantasma. Análisis de los alcances, prioridades y conflictos del derecho persecutorio laboral dentro del sistema concursal peruano.

Carlos Alberto Fernández Gates

Alumno de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario

- I. Introducción. II. Inicio del procedimiento concursal: Cuando los acreedores se hacen visibles. 2.1 El reconocimiento de créditos. 2.2. Los órdenes de preferencia y las atribuciones de la Junta de Acreedores. III. El derecho persecutorio laboral: Concepto y aplicación del superprivilegio laboral. 3.1 Concepto. 3.2 Aplicación del concepto dentro del ordenamiento concursal. IV. Ejemplo conflictivo: aparición del acreedor fantasma. V. Privilegio contra privilegio: Debate sobre la pugna entre privilegiados. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 24 de la Constitución Política Peruana establece que *“El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”*; en el mismo sentido se pronuncia el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 856, según el cual *“Los créditos laborales a que se refiere el artículo anterior tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. Los bienes de este se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados”*.

Ambas normas consagran lo que en doctrina se conoce como el superprivilegio del crédito laboral; es decir, la preferencia de origen legal y carácter accesorio y excepcional que procura la tutela de un interés que el ordenamiento ha considerado de especial protección, cuando exista concurrencia de acreedores, sobreponiendo los créditos laborales a los demás.

En ese orden de ideas y de acuerdo con lo expuesto en las normas antes mencionadas, para que pueda hacerse efectivo el superprivilegio laboral, es necesario, en primer lugar, la concurrencia de acreedores frente a un mismo deudor, y, en segundo lugar, que éstos posean créditos originados de distinta naturaleza.

Por ello, en vista que el objeto del presente artículo es exponer, desde un punto de vista legal, los alcances, prioridades y posibles conflictos del derecho persecutorio laboral en el marco de nuestro sistema concursal; analizaremos de forma breve, cómo es que se inician los procedimientos concursales, así como el procedimiento a seguir para poder participar en ellos, para luego, una vez planteado el escenario de nuestro tema principal, analizar los posibles conflictos ya mencionados.

II. INICIO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL: CUANDO LOS ACREEDORES SE HACEN VISIBLES

El derecho concursal es el conjunto de normas que regulan las consecuencias jurídicas del estado de insolvencia¹ de un deudor, así como las vías para remediar esta situación en tutela de los intereses de los acreedores del deudor o también, si éstos convienen en ello, de los intereses del propio deudor.

Con ello se persigue fundamentalmente la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor común, ya sea liquidando el patrimonio de éste y repartiendo el producto de la liquidación entre los acreedores, o ya sea a través de un convenio que permita – de manera especial – el mantenimiento de la empresa del deudor².

El mejor ejemplo para lograr explicar de una manera práctica en que se basa el procedimiento concursal, es imaginarse a Juan como deudor de tres personas A, B y C. Al primero le debe 20, al segundo le debe 200 y al tercero le adeuda 10; sin embargo el patrimonio de Juan sólo alcanza para pagar 8. La pregunta inme-

¹ Insolvencia: Incapacidad para el pago de las deudas en el momento de su vencimiento. Aun cuando los activos totales de una empresa puedan ser superiores a sus pasivos totales, se dice que una empresa es insolvente si sus activos son de tal naturaleza que no pueden convertirse rápidamente en dinero para hacer frente a sus obligaciones normales de pago en el momento de su vencimiento. ROSEMBERG J.M. Diccionario de administración y finanzas, Barcelona, 1996.

² Cerdá Albero, Fernando e Ignacio Sancho Gargallo. Curso de Derecho Concursal. Editorial Colex. Madrid España. 2000, p 25.

diata que se viene a la mente sería a quién le correspondería cobrar y en que orden, ya que si bien existen diferencias entre los montos, la deuda de los tres acreedores excede el patrimonio de Juan.

Es allí donde se utiliza el derecho concursal con mayor frecuencia, efectivizando las reglas de concurrencia de acreedores durante la crisis de insolvencia del deudor, evitándose de cierta manera la canibalización del patrimonio del insolvente, protegiéndose el patrimonio del deudor, especificándose cómo deben cobrarse las deudas y colocándose derechos específicos tanto a los deudores como a los acreedores.

Así, cuando el deudor se halla en la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones, el ordenamiento jurídico prevé un juicio que involucra todo su patrimonio y a todos sus acreedores. A este juicio se le denomina juicio concursal, procedimiento concursal o, más simplemente concurso, porque todos los acreedores son llamados a concurrir para ser tratados en pie de igualdad a prorrata de sus respectivos créditos, salvo las preferencias de ley³.

Lo contrario a un procedimiento concursal, sería aquel en que existiendo concurrencia de acreedores, cada uno de ellos intente de manera separada, ver cobrada su deuda bajo la ejecución individual de bienes pertenecientes a su deudor.

Sin embargo, es preciso aclarar que cuando varios acreedores concurren sobre un mismo bien, no necesariamente hablamos de un procedimiento concursal, ya que, una ejecución colectiva no implica concursalismo, aún cuando normalmente en el concurso intervenga más de un acreedor.

Este procedimiento va mucho más allá de la simple ejecución colectiva siéndole aplicable principios procesales y sustanciales propios y exclusivos, puesto que éste tiene por mira la importancia patrimonial del deudor, es decir, el estado de cesación de pagos (presupuesto objetivo) y la calidad que deberá reunir aquel que debe (presupuesto subjetivo) para dar orden y satisfacción a los acreedores de manera general y no individual⁴.

³ Tonón Antonio. Derecho Concursal I Instituciones Generales. Editorial Depalma. Buenos Aires Argentina. 1992, p. 9.

⁴ Bonfanti, Mario Alberto y José Alberto Garrone. Concursos y Quiebras. 6ta Edición Actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina. 2000. pp.43 y 44.

Al respecto cabe resaltar que dicha cesación de pagos o insolvencia es un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente los compromisos que lo afectan⁵.

En ese sentido, de acuerdo con la Ley General del Sistema Concursal (en adelante LGSC) existen diversos supuestos en los cuales tanto el deudor como el acreedor pueden solicitar el inicio de un procedimiento concursal, con el fin de solucionar sus problemas financieros de la manera más ordenada posible.

Dicha solicitud deberá ser presentada ante la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI (en adelante la Comisión) la cual, luego de constatar que la empresa o persona deudora se encuentra dentro de los presupuestos establecidos en la norma, declarará el inicio del procedimiento concursal ordinario correspondiente, difundándose el mismo en el diario oficial *El Peruano*, momento a partir del cual los acreedores deberán acudir al INDECOPI en busca del reconocimiento de los créditos que mantuviesen frente a la persona jurídica o natural concursada.

2.1 El reconocimiento de créditos

La verificación y graduación de créditos es una pieza maestra del instituto concursal, tendiente a controlar los auténticos titulares de derechos en el marco del concurso, determinando su número, monto, naturaleza, grado, etc., e incidiendo sobre cuestiones tales como su participación en las impugnaciones, el cobro de cuotas en el concurso preventivo o del dividendo en la liquidación del activo de su deudora⁶.

Al igual que en el procedimiento de postulación al inicio del concurso, la LGSC establece requisitos para efectos de la demostración de veracidad de los créditos invocados, siendo estos, el origen, existencia, legitimidad y cuantía de los mismos.

⁵ Puga Vial, Juan Esteban. Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras. Tomo I. 3era Edición. Editorial Jurídica de Chile. 1999. Santiago Chile, p. 56

⁶ Flaibani, Claudia Cecilia. Concursos y Quiebras. Los Concursos en General y el Concurso Preventivo Tomo I. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. 1999, p.429.

Tal disposición, nace con el fin de respetar el principio de concursabilidad, el cual consiste en la transformación del derecho individual de crédito, mediante la incorporación al juicio concursal por intermedio del procedimiento típico de la verificación, y su transformación en una facultad de participar, en la medida fijada por la Ley en el acuerdo o para obtener un derecho al dividendo⁷.

De esta manera, se establece un modo específico para el acceso de los acreedores al concurso, debiendo someterse, aquellos que consideren poseer tal calidad, al procedimiento que prescribe la ley cumpliéndose con el principio de concurso, en vez de procederse como hubiera podido hacerse si el proceso concursal no existiera, prohibiéndose así, los juicios individuales de cobro⁸.

Una vez presentada la documentación pertinente por parte de los posibles acreedores, la Comisión verificará y constatará detalladamente cada una de las solicitudes, emitiendo posteriormente de ser el caso, una resolución indicando el nombre completo del acreedor, así como el monto del capital, intereses y gastos reconocidos, junto con el orden de preferencia que le corresponda al momento del cobro.

Ello debido a que un elemento primordial para el desarrollo eficiente de los procesos concursales, es la identificación certera de la totalidad de créditos reconocidos dentro del concurso, es decir, del universo de pasivos del deudor que quedarán sujetos al procedimiento.

Ahora bien, cabe resaltar que para poder determinar cuales son los créditos que quedan comprendidos en el procedimiento concursal, es preciso además diferenciar si el trámite del mismo ha derivado en su reestructuración o en su liquidación.

En un primer momento, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la LGSC⁹, la publicación del concurso afecta únicamente a las obligaciones

⁷ Escuti, Ignacio (h) – Junyent Bas, Francisco. Instituciones de Derecho Concursal, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998. p.166.

⁸ Mafia, Oswaldo. Derecho Concursal Tomo I, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1993, p.338.

⁹ **Artículo 15°.- Créditos comprendidos en el concurso** Quedarán sujetas a los procedimientos concursales:

15.1 Las obligaciones del deudor originadas hasta la fecha de la publicación establecida en el artículo 32°, con la excepción prevista en el artículo 16.3.

devengadas con anterioridad a dicho acto, situación que permanece invariable si es que la Junta de Acreedores opta por la reestructuración patrimonial del deudor.

Es decir, salvo que el proceso conlleve la disolución y liquidación, únicamente se verán afectados con la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones y el marco de protección legal, los créditos devengados antes de la publicación del concurso. Asimismo, la cancelación de estos créditos deberá darse dentro del mismo procedimiento, de acuerdo a las disposiciones contenidas en la LGSC.

Como contrapartida a lo anterior, tales créditos son los únicos que conceden a sus titulares el derecho a participar en la Junta de Acreedores, siempre y cuando su reconocimiento haya sido solicitado dentro de los 30 (treinta) días hábiles posteriores a la publicación del concurso.

En tal sentido, los créditos generados con posterioridad a la publicación del concurso no se incorporan al procedimiento y, por ende, tampoco se ven afectados con las disposiciones que salvaguardan el patrimonio del deudor concursado. A dichos créditos se les denomina “créditos corrientes”, puesto que no confieren ningún derecho a sus titulares para participar en la Junta de Acreedores y pueden ser cobrados a su vencimiento fuera del proceso concursal, para lo cual, además, mantienen vigentes todos los mecanismos de cobranza, judicial, extra judicial o administrativa, que les pueda corresponder.

Por otro lado, en caso que el deudor quedase sometido a un proceso de liquidación, por cualquiera de los supuestos previstos a su vez, en la norma; quedan incorporadas al procedimiento, además, las obligaciones asumidas por el deudor después de la apertura del concurso e incluso las originadas durante la misma liquidación, con excepción de los honorarios del liquidador y los gastos en los que tenga que incurrir para el desarrollo del procedimiento; tal como lo establecen los artículos 16.3¹⁰ y 74.5¹¹.

15.2 Las obligaciones asumidas por el deudor derivadas de contratos de arrendamiento financiero celebrados hasta la fecha indicada en el párrafo anterior, siempre que el titular de los créditos manifieste expresamente su decisión de incorporar al concurso las cuotas originadas con posterioridad a la fecha mencionada, con la presentación de la solicitud de reconocimiento de créditos respectiva, sometiéndose al Plan, Convenio y demás acuerdos que adopte la Junta a partir de su incorporación.

15.3 En el caso de sucesiones indivisas se considera como obligaciones, además de las deudas descritas en el Código Civil, las cargas referidas en el artículo 869º del Código Civil.

¹⁰ Artículo 16.- Créditos generados con posterioridad al inicio del concurso

3.3 En los procedimientos de disolución y liquidación serán susceptibles de reconocimiento los créditos.../

Con relación a este punto, dentro de la Exposición de Motivos de la LGSC, se explicó que el privilegio de los créditos corrientes frente a los créditos concursales se sustentaba en la necesidad de fomentar que las empresas en crisis puedan acceder a nuevos financiamientos, debido a la necesidad de llevar a cabo procesos de reestructuración que cuenten con las alternativas suficientes para su efectivo cumplimiento.

Por ello, de acuerdo a nuestros legisladores, este privilegio se encuentra orientado a incentivar la inversión de empresas en crisis, ya que se brinda a todo inversionista la clara señal que en caso éste apueste por la reestructuración de una empresa en concurso, cualquier incumplimiento en el pago, será tratado fuera del concurso, pudiendo operar las vías que mejor considere pertinentes para recobrar su dinero dentro de los mecanismos que establece la ley.

2.2. Los órdenes de preferencia y las atribuciones de la Junta de Acreedores

Siendo la finalidad del régimen concursal atender situaciones de crisis, la legislación ha establecido un régimen de privilegios destinado a reducir el costo que genera la asignación de derechos en supuestos en los que se presume que el patrimonio de deudor no es suficiente para el pago de todas las obligaciones. Estos privilegios que se determinan legislativamente en atención a prioridades establecidas por el legislador basadas en el interés colectivo, permiten al titular de los créditos oponer a los demás acreedores de un deudor común su mejor derecho de cobro.

En atención a lo expuesto, en lo referente a los órdenes de preferencia de cobro, la LGSC, respetando la naturaleza social y alimenticia que poseen los créditos de origen laboral y en virtud de las normas mencionadas dentro de la parte primera de presente artículo, nuestra legislación ubica a las acreencias laborales

/...generados con posterioridad a la fecha en que se efectúa la publicación establecida en el Artículo 32.

¹¹ Artículo 74.- Acuerdo de Disolución y Liquidación

74.5 Se encuentran comprendidos en el procedimiento de disolución y liquidación, los créditos por concepto de capital, intereses y gastos generados durante la vigencia de dicho procedimiento; con la excepción de los honorarios del liquidador y los gastos necesarios efectuados por éste para el desarrollo adecuado del proceso liquidatorio.

en el primer orden de preferencia¹² frente al resto de acreedores reconocidos, inclusive frente aquellos que posean garantías reales inscritas, otorgadas por parte del deudor.

Usualmente, cuando hablamos de la asignación de un privilegio preponderante a los créditos salariales, ésta recibe una explicación de tipo asistencial: evitar la devaluación de éstos créditos llamados a cubrir las necesidades vitales del trabajador.

Las razones que se dan para prevenir tal devaluación son múltiples, pero todas ellas responden a un solo denominador que es el paliar la pretendida incapacidad de los trabajadores para contratar garantías.

Así, se afirma que existen asimetrías informativas que impiden a los trabajadores conocer el estado patrimonial del empleador, también se invoca a la infravaloración por parte de aquellos del riesgo de insolvencia, o incluso, su debi-

¹² Artículo 42.- Orden de preferencia

42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen expresamente los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley N° 25897, con excepción de aquellos establecidos en el literal c) de dicho artículo;

Segundo: Los créditos alimentarios, hasta la suma de una (1) Unidad Impositiva Tributaria mensual;

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el Artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberá estar inscrita en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aún cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos;

Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud - ESSALUD, sean tributos, multas, intereses, moras, costas y recargos; y

Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del Artículo 48.3, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos.

lidad o el difícil acceso de los mismos al mercado de las garantías, por último se apunta la menor capacidad de los trabajadores para resistir el impacto del incumplimiento al no ser capaces de diversificar el riesgo.

Sin embargo, si el crédito salarial se contrata sin garantías aun a riesgo de verse devaluado, no es porque el trabajador no tenga fuerzas para contratarlas, sino por la propia idiosincrasia de su crédito, ya que éste es uno en su mayoría de corto plazo y renovable durante el tiempo que dure el contrato¹³.

El segundo orden de preferencia le corresponde a los créditos de origen alimentario, el tercero a los créditos garantizados con anterioridad a la fecha de publicación del inicio del concurso, el cuarto a los créditos de origen tributario del Estado y el quinto a todos aquellos créditos no comprendidos en los órdenes precedentes, así como los comerciales no garantizados.

Al respecto cabe precisar, que si bien nuestra legislación prevé el reconocimiento de privilegios u órdenes de prelación dentro del procedimiento concursal, entendiéndolo como válido y acertado, existe cierta parte de la doctrina que imputa a dichos privilegios el empobrecimiento del patrimonio concursal, la reducción del valor de los créditos y la aniquilación del principio de paridad en perjuicio de los acreedores ordinarios.

Para ellos, la satisfacción preferente de estos créditos detrae buena parte del valor que existe en dicho patrimonio en beneficio de los acreedores protegidos.

De este modo, los privilegios reducen su valor y, con ello, el de los demás créditos. Asimismo, se considera que al legitimar la satisfacción de unos créditos a costas de otros, estos privilegios imposibilitan la distribución de las pérdidas que persigue el modelo concursal tradicional, con lo que dan al traste con el objetivo de dicho procedimiento¹⁴.

Con relación a esta postura, somos de la opinión, que sin bien uno de los objetivos del procedimiento concursal, es respetar el principio de colectividad de

¹³ Bermejo Gutiérrez, Nuria. *Créditos y Quiebra*. Civitas Ediciones S.L. Madrid España. 2002, p. 296 y 297.

¹⁴ Bermejo Gutiérrez, Nuria. *Op.cit.* p. 280 y 281.

todos los acreedores inmersos en él, es necesario también, ordenar dichas acreencias por órdenes de preferencia en el cobro, debido a la propia naturaleza de los créditos originados, no pudiendo pretenderse que el inicio de un concurso, equivalga a la desaparición de los beneficios intrínsecos de la propia relación jurídica que dio nacimiento a la obligación original.

Es claro pues, que a pesar de encontrarse envueltas dentro del mismo concurso, no todas las obligaciones poseen las mismas características ni garantías, por lo que otorgar a todas los mismos privilegios en aras de proteger el principio de paridad entre los acreedores no sólo ocasionaría graves perjuicios a aquellos que posean acreencias mejor respaldadas sino que beneficiaría injustamente, a otros, que fuera de la vía concursal, les sería en extremo difícil llegar a cobrar parte de sus acreencias sin que antes no lo hicieran los antes mencionados.

Ahora bien, una vez conformada la totalidad de acreedores reconocidos, se instala la Junta de Acreedores, siendo ésta, la instancia máxima en donde se llevan a cabo las decisiones más relevantes sobre el destino de la empresa o persona natural deudora.

Debido a que el sometimiento del deudor al Procedimiento Concursal Ordinario presupone que el patrimonio en crisis resulta inferior que las obligaciones que respalda, la norma concursal transfiere el control de la empresa a los acreedores.

Por ello, si bien se encuentran comprendidos en el proceso concursal todos los créditos originados con anterioridad a la publicación del concurso o incluso los posteriores si se opta por la liquidación de la empresa, tal como lo explicamos en el punto anterior, únicamente participarán en la Junta aquellos acreedores que hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos.

Como consecuencia de esto, aquellos créditos cuyo reconocimiento hubiera sido invocado tardíamente, es decir, luego de los 30 días hábiles posteriores a la publicación del concurso, no le conceden a su titular el derecho a participar con voz y voto en las sesiones de la Junta; salvo que el proceso derive en la liquidación del deudor, supuesto en el que, conforme lo dispuesto en la Directiva N° 001-2003/CCO-INDECOPI, los créditos tardíos se integran a la Junta, conjuntamente con los, hasta ese momento, créditos corrientes.

En estas Juntas de Acreedores, se manejan las posibilidades de proponer mecanismos de mejora para el cumplimiento de sus acreencias, trayendo consigo este tipo de actos, la certeza de que son los directamente afectados los que se encargarán de decidir la forma más eficiente para la satisfacción de sus obligaciones pendientes.

Otro beneficio que brinda la conformación de los créditos reconocidos dentro de la junta, es el hecho que una vez instalada, los acreedores tienen conocimiento del monto total de sus créditos, así como de sus reales posibilidades de cobro en atención a los órdenes de prelación que le correspondan.

Claro está que en muchos casos, por no decir la inmensa mayoría de ellos, muchos acreedores no poseen ninguna posibilidad real de cobro, ya sea por la totalidad del monto de la deuda excede largamente el patrimonio del deudor o porque su orden de preferencia se encuentra detrás de la amplia mayoría.

En atención a ello, es que, el contar con el conocimiento oportuno de la totalidad de miembros que conforman la junta, hace que cada uno de los participantes obtenga una idea veraz y adecuada del posible cause que pueda tomar el concurso del que son partícipes, ayudando esto a una mejor toma de decisiones.

Visto de otra manera, el proceso de verificación es un trámite que tiende a dejar bien establecido quiénes son los acreedores, por qué monto, de qué obligaciones surgieron y con qué privilegios cuentan esos créditos.

Se ha dicho que el proceso de verificación es un proceso contencioso de conocimiento causal, típico y necesario, que tiene por finalidad declarar la calidad de acreedor del actor con relación al concursado, y frente a los demás acreedores, fijando su posición relativa a ellos, y otorgarle, en consecuencia, derecho a participar de las deliberaciones y votaciones de las propuestas preventivas o resolutorias del concurso, y cobro del dividendo que le corresponda en la distribución con arreglo a su graduación¹⁵.

¹⁵ Szeimbaum, Boris Mario. El Procedimiento de Verificación de Créditos, LL 149-889

La idea pues, de poseer el conocimiento exacto de los acreedores inmersos en el procedimiento, brinda a todos los participantes la seguridad de conocerse unos a otros y de acuerdo a un breve análisis, optar por las decisiones más adecuadas para cada interés particular.

En el caso específico de los acreedores laborales, el conocer el número preciso de los acreedores de su mismo origen que participan en el concurso, hace que todos ellos puedan prever de una manera más acertada su propia posibilidad de cobro, esto debido a que en la mayoría de procedimientos de disolución y liquidación, las entidades liquidadoras, pagan a prorrata con lo obtenido por la venta del patrimonio del empleador, siendo en estos casos importante saber entre cuantos acreedores se dividirá el monto, ello sin contar la posibilidad de constatar si el patrimonio del deudor podrá cubrir aunque sea, el monto correspondiente a su orden de prelación.

Lo importante a estas alturas del trabajo, es notar la importancia que reviste el conocer a la totalidad de integrantes de la Junta de Acreedores, así como los montos y órdenes de prelación que éstos representan, y con mayor énfasis en el caso de los laborales, puesto que ellos son los que cuentan con la primera opción de cobro ante cualquier decisión de la junta.

Incluso, dentro del procedimiento de reconocimiento de créditos explicado en párrafos anteriores, existe uno llamado el registro de créditos contingentes, que se basa en hacer conocer a la Comisión, de la existencia de un derecho potencial que posea cualquier acreedor de recibir de la empresa deudora una cosa, por lo general dinero, y cuya entrega o pago se encuentra condicionada al reconocimiento de su derecho, ya sea por la vía judicial, arbitral o por acuerdo de las partes involucradas.

Dicho procedimiento se encuentra recogido en el artículo 39.5¹⁶ de la LGSC, entendiéndose de esta manera que, no obstante dichos montos no son considera-

¹⁶ Artículo 39.- Documentación sustentatoria de los créditos

39.5 Los créditos controvertidos judicial, arbitral o administrativamente serán registrados por la Comisión como contingentes, siempre que dicha controversia esté referida a su existencia, origen, legitimidad, cuantía o titularidad, y el asunto controvertido sólo pueda dilucidarse en el fuero judicial, arbitral o administrativo por ser competencia exclusiva de la autoridad a cargo. Serán también registrados como contingentes, los créditos derivados de cartas fianza no ejecutadas y de cartas de crédito, en tanto al momento de su presentación a la Comisión no haya vencido el plazo para su honramiento.

dos aún como acreencias frente al deudor, éstos se encuentran registrados como posibles créditos contando por ello con determinados derechos, ello entre otras razones, debido a la necesidad que posee el universo de acreedores reconocidos, de tener conocimiento de la existencia de algún posible acreedor pendiente de reconocer dentro del procedimiento.

III. EL DERECHO PERSECUTORIO LABORAL: CONCEPTO Y APLICACIÓN DEL SUPERPRIVILEGIO LABORAL

3.1 Concepto.

El derecho persecutorio de los créditos laborales se deriva del privilegio consagrado en el artículo 24 de la Constitución a favor de los mismos, y se encuentra regulado en nuestro ordenamiento en el Decreto Legislativo N° 856.

Este derecho, establece una excepción al principio de especialidad y de seguridad de las garantías, suponiéndose la existencia de una carga que gravita sobre todos y cada uno de los bienes del empresario, de carácter tácito y legal a favor de los trabajadores.

Este superprivilegio, se configura como un privilegio general, que por lo tanto, no se encuentra limitado a determinados bienes concretos, sino a cualquier bien perteneciente al deudor, pudiendo el trabajador satisfacer su necesidad de pago, ya sea con bienes presentes o futuros de su ex empleadora.

Por tales motivos, la cobranza y su enunciado tienen su base en el carácter protector del Derecho Laboral, debido a que el crédito laboral tiene preferencia sobre acreencias civiles más antiguas y públicas tales como las hipotecas¹⁷.

Sin embargo, a pesar que dicho privilegio se antepone a las hipotecas y demás derechos reales de garantías, cabe resaltar que el mismo, no configura ningún gravamen real, ya que precisamente es sólo un privilegio por lo que carece de tal atributo.

¹⁷ Toyama Miyagusuku, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. 2004, p. 360.

Así, tal como mencionamos en el punto primero del presente artículo, el privilegio laboral tiene por objeto, tutelar los derechos del trabajador haciéndolos primar sobre los demás acreedores del empleador. En tal sentido, en caso los créditos laborales no fueran honrados por el empleador, el trabajador podrá hacer efectivo su derecho dirigiéndose contra su patrimonio, con prioridad sobre los demás acreedores de distinta naturaleza.

De acuerdo con lo establecido en la Casación N° 851-2001 LIMA,

“La acción persecutoria de beneficios sociales se enmarca necesariamente a partir de dos presupuestos: a) la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores; y b) su abono con carácter prioritario.

La acción persecutoria tiene por finalidad apremiar a los bienes del empleador o empresario deudor, pues éstos constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales. Para el ejercicio del carácter preferencial o prioritario de los adeudos laborales con carácter persecutorio en caso de simulación o fraude, deben darse dos condiciones previas: a) que exista extinción de las relaciones laborales; y b) incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores; de lo contrario la conducta del empleador no contendrá el elemento de fraude. La prioridad o preferencia también se ejerce cuando en un proceso judicial el empleador no pone a disposición del Juzgado el bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales”.

En virtud de lo expuesto, atendiendo a que el patrimonio del empleador constituye finalmente el medio a través del cual el trabajador impago podrá hacer efectivos sus derechos, la normativa vigente regula supuestos en los que cuando se constate o presuma que el empleador disminuyó su patrimonio para evadir el pago de estos créditos, transfiriéndolo a terceros, los acreedores laborales mantienen su derecho de hacer efectivo el cobro de los mismos contra el nuevo adquirente.

En consecuencia, la finalidad del derecho persecutorio es el hacer efectivo el superprivilegio del crédito laboral en los supuestos en los cuales se presuma o constate que el empleador haya disminuido intencionalmente su patrimonio y, con ello, afectado la posibilidad de que estos créditos puedan ser satisfechos.

Claro está que, considerando que el derecho persecutorio de los trabajadores no debería afectar la seguridad jurídica de las operaciones realizadas en forma legítima, el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 856¹⁸, establece en forma taxativa los supuestos bajo los cuales se aplica este derecho.

Por otro lado, es preciso destacar que el derecho persecutorio se ejerce sobre bienes y no sobre personas, es decir, que el adquirente de un activo del empleador comprendido en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3 antes citado, no asume la obligación laboral impaga, sino que ésta constituye, como ya lo mencionamos, una suerte de carga del bien adquirido, por lo que el trabajador no podría dirigirse contra la totalidad del patrimonio del tercero, sino únicamente contra el bien materia de persecución.

3.2 Aplicación del concepto dentro del ordenamiento concursal

El literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 856, establece que el trabajador tendrá derecho a hacer efectivo el cobro de sus créditos contra el patrimonio de su empleador transferido a un tercero cuando concurren los siguientes supuestos:

- Que el empleador haya transferido un bien que constituía parte de su activo fijo o de negocio.
- Que antes de seis meses de efectuada ésta transferencia, haya sido declarado insolvente.

¹⁸ Artículo 3 .- La preferencia o prioridad citada en el artículo precedente se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, sólo en las siguientes ocasiones:

- a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor;
- b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo.

- Que el procedimiento concursal haya derivado en la liquidación del empleador.

En cuanto al primer requisito descrito en la norma, el hecho que se refiera exclusivamente a “*las transferencias*”, nos indica que el acto por el cual el o los activos del empleador derivaron al patrimonio de un tercero fue un acto voluntario, por ejemplo, una compraventa o una dación en pago.

La declaración de insolvencia, ahora denominada sometimiento al Procedimiento Concursal Ordinario y el plazo previo de 6 meses antes de dicho acontecimiento, constituyen el segundo supuesto para la aplicación de la norma.

Entendemos que la lógica de este supuesto radica en que la insolvencia de la empresa usualmente no es un hecho imprevisto e intempestivo, sino que se va gestando paulatinamente en la mayoría de casos, salvo los casos de pérdidas de grandes cantidades de dinero de forma sorpresiva, por lo que, el legislador presume que 6 meses antes que ésta sea verificada y declarada por la autoridad concursal, el empleador podía prever su situación por lo que transfirió aquellos bienes precisamente para lograr que no formen parte de la masa concursal sobre la cual los créditos laborales tienen el primer orden.

Aquí, es clara la suposición del dolo que se tiene por parte del concursado, ya que, asumiendo que éste tenía conocimiento de la proximidad de su crisis financiera, transfiere sus bienes a terceros, con el único fin de proteger su patrimonio de futuros posibles acreedores o incluso cancelar deudas correspondientes a preferencias no privilegiadas, perjudicando y vulnerando el derecho de los créditos laborales.

En este punto además, es preciso detallar las diferencias existentes entre el ya descrito derecho persecutorio laboral y la ineficacia concursal¹⁹, referida al derecho de los acreedores de accionar judicialmente la ineficacia de los actos de

¹⁹ Artículo 19.- Ineficacia de actos del deudor

19.1 El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación.

disposición patrimonial realizados por el deudor que impliquen una reducción de su patrimonio a vísperas del inicio de concurso, mediante actuaciones no vinculadas al giro regular de la misma²⁰.

En principio, la ineficacia concursal tiene por objeto recomponer el patrimonio del deudor, en beneficio de todos los acreedores reconocidos dentro del procedimiento, mientras que el derecho persecutorio laboral, únicamente busca beneficiar a aquellos titulares de créditos laborales frente al empleador, por lo que este último no supone, necesariamente, que el mismo se encuentre en concurso.

Otra diferencia que encontramos, es que por efectos de la ineficacia concursal los bienes del deudor, indebidamente dispuestos regresan a su propiedad, siendo por el contrario en el derecho persecutorio laboral, que la titularidad de los bienes transferidos no se ve afectada, a pesar que éstos deberán responder por las obligaciones laborales de quien se los transfirió.

19.2 Los actos de disposición que se realicen en virtud a cualquier cambio o modificación del objeto social del deudor, efectuado en el período anterior, serán evaluados por el juez en función de la naturaleza de la respectiva operación comercial.

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

- a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;
- b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;
- c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;
- d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores;
- e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el insolvente con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito;
- f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste;
- g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y
- h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimento patrimonial.

19.4 El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho del deudor que en el Registro pertinente aparece con facultades para otorgarlo, no resultará afectado con la ineficacia a que se refiere el presente artículo, una vez inscrito su derecho.

²⁰ Dichas disposiciones, se entiende que son realizadas durante el “período de sospecha” que establece la norma, debiendo contarse las mismas a partir de un año de la presentación de la solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, desde la notificación de la resolución de emplazamiento o desde la notificación del inicio de la disolución y liquidación respectivamente.

Así, una tercera diferencia que notamos, es que dentro de la ineficacia concursal no resulta afectado el tercero adquirente de buena fe registral, no siendo este el caso en el derecho persecutorio laboral, debiendo el bien transferido responder siempre por las deudas laborales de su ex empleadora.

Sin embargo, para que se logre configurar el supuesto que habilita al trabajador a hacer efectivos sus derechos contra los activos transferidos, es necesario que dentro del procedimiento concursal, la Junta de Acreedores haya decidido como destino de la empleadora, la disolución y liquidación de la misma; es decir, si se llegasen a configurar los dos supuestos anteriores y el deudor fuera sometido a un proceso de reestructuración no cabrá la aplicación del derecho persecutorio.

Con relación a dicho requisito, debemos manifestar nuestra extrañeza ante la decisión del legislador, toda vez que resulta poco claro que se pondere un derecho tan importante como el derecho de persecución laboral y por otro lado, se establezca que durante la ejecución de un Plan de Reestructuración Patrimonial, éste quede excluido.

¿Cuál es la lógica? ¿Es que acaso, durante la ejecución del Plan de Reestructuración el acreedor laboral tiene tan garantizada su posibilidad de cobro que no necesita de este derecho que le respalde?

Entendemos que el fin de la norma, es el respetar por sobre encima de otros derechos, la decisión mayoritaria de los participantes dentro del concurso, Por ello es que en aras de fomentar una herramienta más práctica para la solución de la crisis, se respeta lo establecido en la ejecución del Plan de Reestructuración debido al compromiso existente del pago de la totalidad de las deudas, sin embargo, aun así no nos queda clara la necesidad de permitir el uso del derecho persecutorio laboral en un destino y prohibirlo en otro, más aún cuando no necesariamente lo acordado en un Plan de Reestructuración reviste al trabajador de una mayor protección.

Por último, el segundo supuesto al que se refiere la norma no hace mención alguna al procedimiento concursal en el que podría encontrarse el deudor, estando más bien referido básicamente a aquellos casos en los que, mediando fraude a la ley, el empleador pretende evadir el pago de los beneficios sociales de sus traba-

jadores detrayendo de su patrimonio determinados bienes que responderían por ellos.

El ejemplo típico de aplicación de este precepto lo constituyen aquellos casos en los que el empleador cierra la empresa para continuar con su actividad productiva bajo una nueva persona jurídica, a la que, precisamente, aportó los bienes de la primera.

IV. EJEMPLO CONFLICTIVO: APARICIÓN DEL ACREEDOR FANTASMA

Luego de haber descrito de forma general, como es que se lleva a cabo el procedimiento de reconocimiento de créditos dentro de un procedimiento concursal, haber indicado la importancia que tiene el mismo para el mejor funcionamiento en la toma de decisiones por parte de los acreedores, y después de haber señalado a su vez el concepto y objeto del derecho persecutorio laboral, vemos por conveniente contrastar dichos supuestos en aras de esclarecer una duda que nos surge a raíz de los mismos.

Para poder detallar de mejor manera el posible conflicto que apreciamos en ambas normas, utilizaremos como ejemplo a las empresas “A” S.A (en adelante “A”) y “P” S.A (en adelante “P”)

Para el caso, “A” es una empresa con varios años en el negocio de producción de telas, las cuáles produce sobre la base del uso adecuado de sus dos costosas y grandes máquinas de hilar y “P” es otra empresa dedicada al mismo rubro, que desde hace ya algunos ejercicios anuales, viene obteniendo resultados financieros inferiores a los esperados.

“A”, debido a los malos manejos efectuados por la actual administración y a factores externos empieza a sufrir pérdidas en sus ganancias, trayendo consigo, el atraso en el pago de sus trabajadores.

Ante tal situación, el dueño de “A”, decide, luego de ver en riesgo su propia economía, transferir a favor de “P” una de sus máquinas de hilar, con el fin de obtener dinero para él y asegurar su propia estabilidad financiera en el supuesto que su actual negocio quebrara.

Posteriormente, al notar que su empresa ya no producía ni la mitad de las ganancias de años anteriores y que las deudas crecían con el pasar de los meses, éste decide fugarse del país con el dinero obtenido por la venta de la maquinaria a favor de “P” más unos cuantos ahorros que había logrado juntar producto del ejercicio de años anteriores, dejando a la empresa abandonada.

Como consecuencia de lo ocurrido, los trabajadores de “A”, al verse desamparados e impagos por la fuga de su empleador, deciden solicitar el inicio del procedimiento concursal de su ex – empleadora, debido a que el monto adeudado y las fechas transcurridas coincidían con lo establecido como requisitos en la norma.

Iniciado el concurso, la Junta de Acreedores de la empresa “A”, decide como destino de la empresa la disolución y liquidación de la misma, sin embargo, debido al excesivo monto total de las deudas laborales, éstos descubren que el patrimonio del deudor, en este caso la única máquina de hilar que quedaba, no cubriría la deuda de todos trabajadores.

Es por ello que, valiéndose de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 856 artículo 3 inciso b) los acreedores laborales de “A” deciden ejercitar su derecho de persecución sobre el patrimonio que su ex – empleadora transfirió a la empresa “P” meses atrás, en este caso particular sobre la máquina de hilar.

Quedando claro el supuesto en el que se encuentran actualmente los acreedores laborales de la empresa “A” en nuestro ejemplo, procederemos a detallar el supuesto en el que se encuentra la empresa “P”.

“P”, tal como mencionamos en líneas anteriores, es una empresa dedicada al mismo rubro, la cual desde ya hace algunos ejercicios anuales, venía obteniendo resultados financieros inferiores a sus expectativas.

Por esa razón, el dueño de “P” decide adquirir una moderna máquina de hilar, con el fin de obtener mayor productividad y así levantar las ganancias del negocio, por lo que decide comprar la costosa maquinaria ofrecida desde hace meses por “A”²¹.

²¹ Aquí es preciso mencionar, que dentro del ejemplo asumimos que la maquinaria poseía un rubro registral en los Registros Públicos y se encontraba a nombre de “A”, motivo por el cual, se entiende la existencia

Sin embargo, debido a un mal entendimiento del mercado, una pérdida de activos en la caja y a una sobreproducción realizada erróneamente, "P" se encuentra en una crisis aun mayor con el pasar de los meses, por lo que viéndose sin salida, solicita su acogimiento a un procedimiento concursal ordinario, asumiéndose que ésta cumplía con todo los requisitos solicitados por la LGSC.

Pasado unos días la Comisión resuelve declarar iniciado el concurso de "P", motivo por el cual la totalidad de acreedores reconocidos se reúnen con el objeto de decidir el destino a seguir de la empresa deudora.

Como era de esperarse, la junta decide la disolución y liquidación de "P", debido a, entre otras razones, que los acreedores laborales representaban la mayoría en la junta y éstos luego de realizar un concienzudo estudio del patrimonio de su ex – empleadora habían determinado que el mismo alcanzaría a cubrir por completo su deuda pendiente, gracias a la llegada de la nueva y costosa máquina de hilar.

Una vez descritos los dos supuestos en ambas empresas, trataremos de detallar los conflictos que el presente caso reviste.

En primer lugar, entendiendo que los acreedores de "A" solicitarán ante la Comisión el reconocimiento de su privilegio frente a parte del patrimonio de la empresa "P" nos preguntamos ¿Podrán ser ellos declarados acreedores de la empresa "P", por su solo derecho de persecución laboral de los bienes de su ex – empleadora?

Ante tal interrogante, la Sala de Procedimientos Concursales del Indecopi²² (en adelante la Sala) ha establecido que: los derechos de garantía recaídos en bienes del deudor no dan origen a un crédito conforme a la definición contenida en la LGSC, toda vez que lo que tienen los acreedores mediante dicha garantía real es el derecho de ejecutar un bien para hacerse cobro de un crédito. La relación no se establece respecto del crédito sino sobre la posibilidad de la ejecución del bien que lo garantiza. En otras palabras, el acreedor se encuentra facultado para eje-

/...de buena fe registral de "P", motivo por el cual sería inaplicable el ejercicio de la nulidad concursal establecido en el artículo 19 de la LGSC.

²² Resolución N° 0143-2004/SCO-INDECOPI, del 05 de marzo de 2004, solicitud de reconocimiento de Rosas Moisés Robles Cribillero frente a Pesquera Santo Domingo S.A

cutar la garantía, pero no para solicitar el reconocimiento de un crédito en la vía concursal.

Expuesta la opinión de la Sala, debemos manifestar nuestra concordancia con la misma, debido a que en efecto, si bien los acreedores de "A" poseen un derecho persecutorio consagrado en el Decreto Legislativo N° 856, éstos no son en realidad acreedores laborales de "P" por lo que no deberían ser reconocidos como tales dentro del concurso.

Claro está que la posibilidad de cobro de estos acreedores, del producto de la venta de la maquinaria de "P", generará inestabilidad y desprotección a los miembros de la Junta de Acreedores de la misma, sobre todo a los laborales, toda vez que estos se verían en la obligación de ver perjudicada su posibilidad de cobro frente a un acreedor que nunca participó del concurso.

En segundo lugar, el caso no concluye allí, ya que, entendiendo que los acreedores de "A" no podrán ser reconocidos como acreedores laborales de "P", éstos deberán hacer valer sus derechos al momento de la realización del bien, naciendo las siguientes preguntas ¿Qué acreedor laboral deberá cobrar primero? ¿Los reconocidos como tales dentro del concurso y por ende pertenecientes al primer orden de preferencia de acuerdo al superprivilegio laboral o los acreedores de "A" quienes de acuerdo al Decreto Legislativo mencionado y la propia Constitución deben en todo momento cobrar primero? ¿Deberán cobrar a prorrata entre todos ellos? ¿Deberán cobrar sólo los acreedores de "A" con la realización de ese bien y el resto con el producto de otros bienes? ¿Deberían los acreedores laborales de "A" cobrar en el quinto orden de preferencia, en atención a que ninguno de ellos se encuentra en los supuestos de prelación anteriores en la norma?

Estas son las preguntas que pretenderemos contestar, estas son las interrogantes que nacen en el sistema concursal, a raíz de la aparición de estos acreedores fantasmas dentro del proceso de cobro en el concurso, hecho no regulado en la normatividad actual.

Por ello, dentro del siguiente punto debatiremos ideas y distintas posturas sobre el conflicto, para finalmente, esgrimir la nuestra, con la dificultad que ello reviste.

V. PRIVILEGIO CONTRA PRIVILEGIO: DEBATE SOBRE LA PUGNA ENTRE PRIVILEGIADOS

De acuerdo a las preguntas vertidas en el punto anterior, recapitularemos algunas de las afirmaciones hechas en este artículo, con la finalidad de sustentar cada una de nuestras posturas de una forma coherente.

Con relación al procedimiento de reconocimientos de créditos que se realiza dentro de todo procedimiento concursal, manifestamos que éste era una pieza maestra del instituto concursal, tendiente a controlar los auténticos titulares de derechos en el marco del concurso, por lo que poseía una vital importancia dentro del mismo, toda vez que era en este momento en donde se tomaba conocimiento de la totalidad de acreencias existentes en contra del deudor, obteniéndose de esta manera el concepto real de la posibilidad de cobro de cada uno.

Afirmamos asimismo, que dicho conocimiento de los participantes en el concurso, brindaba a todos, la seguridad de conocerse unos a otros, pudiendo luego de un breve análisis optar por las decisiones más adecuadas, sobre todo en el caso de los acreedores laborales en el sentido que, tal como se da en la práctica, dentro de los procedimientos de liquidación y disolución, muchas veces las entidades liquidadoras pagaban parte de sus créditos a prorrata de acuerdo al número de trabajadores reconocidos.

Si bien es cierto durante el procedimiento, la conformación de la masa concursal puede variar, debido a la aparición de nuevos acreedores laborales, ello siempre es previsible, debido a que las deudas laborales no reconocidas pueden ser reflejadas en el balance de la empresa deudora o en los libros de planilla, boletas de pago, etc. Además, se entiende que estos nuevos acreedores ostentarían el mismo derecho que los anteriores por pertenecer a la misma empleadora, por lo que no habría forma de argumentar disconformidad por parte de los reconocidos previamente.

Finalmente, con relación al derecho persecutorio laboral, indicamos que éste era una excepción al principio de especialidad y de seguridad de las garantías, suponiéndose la existencia de una carga que gravitaba sobre todos y cada uno de los bienes del empleador, de manera tácita y legal a favor de los trabajadores.

Ahora bien, en el caso de análisis, vemos que los acreedores de la empresa “A” no son ni podrán ser reconocidos por la Comisión como acreedores del primer orden de preferencia dentro del procedimiento concursal de “P”, en razón que éstos no mantuvieron relación jurídica alguna con esta deudora.

Al respecto, consideramos que el reconocimiento de crédito y la calidad de acreedor dentro de un procedimiento concursal, nacen como consecuencia de una relación obligatoria, de aquel que posee un derecho a exigir a su favor el cumplimiento de una obligación directa con el deudor.

En tal sentido, la relación jurídica requerida por el acreedor es una directa frente al deudor, que constituya una situación de ventaja del acreedor, en virtud de la cual éste puede exigir y obligar al deudor a cumplirla.

En consecuencia, tal como lo expresamos anteriormente, somos de la idea que los acreedores laborales de la empresa “A”, carecerían de legitimidad para ser reconocidos como acreedores dentro del primer orden en el procedimiento concursal de “P”, quedándoles únicamente, el ejercicio de su derecho de persecución del patrimonio transferido por su ex – empleadora.

Ahora bien, luego de concluir que los acreedores laborales de “A” no podrían ser reconocidos como tales dentro del concurso de “P”, nos ubicamos en el supuesto que, habiendo la entidad liquidadora vendido la máquina de hilar transferida por “A” a favor de “P”, se reunieran ambos acreedores laborales solicitando la totalidad del monto recaudado.

En esta situación, asumimos que la posición que presentarían los acreedores de “A”, será la de querer obtener la totalidad del monto recaudado debido a que el bien pertenecía a su anterior empleadora, habiendo sido este transferido vulnerando su orden de preferencia en el pago, por lo que en atención a las normas ya citadas, a ellos les correspondería la totalidad de la suma recibida.

Si bien en efecto, dicho argumento es válido jurídicamente, creemos que de aceptarse tal propuesta, la totalidad de acreedores laborales reconocidos dentro del sistema concursal se verían amenazados, ello, por que su primer orden de preferencia se encontraría constantemente en suspenso, en atención a la posible

existencia de un mismo acreedor laboral que cuente con un mejor privilegio fuera del concurso.

Dicho en otras palabras, el primer orden de prelación que le da la norma a los créditos de origen laboral, ya no brindaría la seguridad total de primera opción en el cobro que intenta establecer la misma, sino que muy por el contrario, dejaría siempre abierta la posibilidad que cualquier acreedor laboral externo pueda ejercer, mediante el uso del derecho persecutorio, el mismo privilegio de los ya reconocidos o incluso uno mejor, en el caso que se decidiera que solamente éstos cobren sus deudas con la realización del bien.

Podremos notar pues, lo injusto que sería para aquellos acreedores laborales reconocidos dentro del concurso, ver relegadas sus posibilidades de cobro frente a aquellos no reconocidos que ostentan un privilegio de igual o mayor magnitud frente a ellos.

En tal sentido, creemos que la posibilidad de cobro único por parte de los acreedores de "A" frente al bien perseguido, dejando a los demás acreedores reconocidos el cobro del resto del patrimonio, no se ajustaría a lo establecido en la normatividad, dado que la protección y privilegio del crédito es otorgado a ambos acreedores por ostentar la misma calidad, no debiendo perjudicarse ninguno de ellos.

Visto de esa manera, el cobro a prorrata resultaría ser la manera más justa y equitativa de repartir el producto de la venta entre ambos acreedores, con el objeto de respetar lo que las normas han pretendido proteger. Esto es, con preferencia a aquellos que posean órdenes de prelación posteriores dentro del concurso, pudiendo cobrar los acreedores externos en el mismo momento que los reconocidos en el primer orden de preferencia de "P", configurándose de esta manera ya no sólo la amenaza establecida en el título de nuestro artículo, sino el ataque mismo del acreedor fantasma.

Sin embargo, ante la posible amenaza que podría ocasionar la existencia de estos acreedores fuera del concurso, discutimos el hecho que éstos deban cobrar junto con los del primer orden, debido a que en efecto, la relación jurídica que dio nacimiento a su obligación no se encuentra establecida dentro de los órdenes de prelación de la LGSC.

Siguiendo esta idea, cabría preguntarse ¿Por qué el privilegio de un acreedor laboral no participe del concurso, debería perjudicar a uno de igual calidad, que no sólo mantuvo, en efecto, una relación jurídica directa con la empleadora en concurso, sino que además se encuentra debidamente reconocido por la autoridad concursal? ¿Es que acaso la excesiva protección al crédito laboral puede mermar inclusive sus propios fines?

Tal como lo expusimos al inicio del artículo, lo contrario a un procedimiento concursal, es aquel en que existiendo concurrencia de acreedores, cada uno de ellos intente de manera separada, ver cobrada su deuda bajo la ejecución individual de bienes pertenecientes a su deudor.

Ello, debido a que lo que se intenta evitar, es justamente la canibalización del patrimonio del deudor, motivo por el cual, el estado de concurso es oponible a todas las deudas originadas con anterioridad a su difusión sin excepciones, obligándose de esta manera a todo el universo de posibles acreedores a presentarse ante el Indecopi y sustentar la existencia de sus créditos bajo la seguridad que serán ellos mismos los encargados de decidir el destino y formas de pago de su deudora.

En consecuencia, dado que lo que intenta el concurso, es resguardar el patrimonio del deudor a fin de que éste sea distribuido de la forma más ordenada y equitativa, entendemos que el primer orden de preferencia, no sólo protege la primera posibilidad de cobro del acreedor laboral frente a cualquier otra obligación existente, sino que además, enmarca de legalidad al propio orden de prelación establecido, al ponderarse a pesar de existir numerosos acreedores reconocidos, a aquellos que la Constitución ha preferido.

En virtud de ello, al observar que en el caso en mención, el orden de preferencia de los acreedores laborales de "P", resguarda un derecho adicional al superprivilegio laboral, el cual es el fin mismo del derecho concursal, consideramos que éstos deberían cobrar primero y sólo de existir un excedente deberán cobrar posteriormente los trabajadores de "A".

Ahora, si bien la relación laboral que dio origen aquel derecho de persecución es existente y válida para nuestra normatividad, cabría analizar a su vez, si dicha relación externa al concurso debería ser preferida frente a ya no los acreedores

laborales inmersos en el concurso de “P”, sino a aquellos que poseen garantías frente al legítimo deudor y demás.

Frente a este tema, existe doctrina que ya se ha pronunciado²³, concluyendo que bajo ninguna circunstancia debería consagrarse una prelación que ubique créditos privilegiados (con preferencias ocultas) por sobre créditos garantizados con derechos debidamente publicitados. Dicha afirmación fue inclusive analizada desde el punto de vista de privilegios laborales de créditos participantes en el concurso, por lo que asumimos, que en el presente caso, aún con mayor razón estos créditos fuera del concurso, de acuerdo con la postura esgrimida, podrían ser considerados con menor preferencia frente a aquellos garantizados dentro del concurso.

Ello además, debido a que los costos que el desarrollo de esta política pública impone al sistema del crédito son mayores que los beneficios que puede generar para los trabajadores, ya que al reconocerse al crédito salarial una preferencia superior a la que corresponde a las garantías reales, se priva a éstas de su derecho de satisfacerse en exclusiva sobre el valor del bien entregado en garantía. De este modo se aumenta el riesgo del crédito garantizado, lo cual habrá de traducirse en un aumento de su costo, dificultando aún más el acceso al crédito para los propios trabajadores²⁴.

Ante tales posturas, el Indecopi ha manifestado²⁵ que en realidad la norma concursal sigue la misma línea de respeto a los principios constitucionales y normas laborales donde se consagra el superprivilegio laboral, implicando ello que, aún en un escenario concursal o extra concursal un acreedor beneficiario de garantía podría iniciar un proceso de ejecución de garantía y verse sin embargo preferido por un acreedor laboral del deudor en mérito a una tercería de orden preferente de pago, por lo que, el derecho concursal no estaría distorsionando la realidad, sino simplemente organizando la respuesta de los activos del concursado a sus obligaciones reflejando lo que ocurriría aún sin existir concurso.

²³ Ezcurra Rivero, Huáscar. “El Superprivilegio del crédito laboral versus el sistema de garantías reales”. En Revista Themis N° 34, Lima, pp 141-163.

²⁴ Bermejo Gutiérrez, Nuria. Op. Cit. p. 298.

²⁵ Información brindada por el Indecopi dentro del rubro Preguntas y Respuestas ubicado en su página web.

De acuerdo a nosotros, aunque dicha discusión no es parte de nuestro tema central, creemos que la protección del crédito laboral se sustenta en el carácter social del mismo, puesto que no sólo se explica sobre la base de la relación entre el trabajador y el empleador, sino entre el trabajador y la sociedad²⁶, por lo que siguiendo con la lógica mostrada por nuestra constitución, éste privilegio debería prevalecer frente a los créditos garantizados, debido a su característica excepcional y de salvaguarda.

En ese sentido, entendemos asimismo que, a pesar de que los créditos de los trabajadores de "A", no se encuentran reconocidos dentro del procedimiento concursal de la deudora, éstos ostentan la calidad privilegiada que las normas le revisten, por lo que en efecto, estaríamos de acuerdo con que los mismos cobren con anticipación a los créditos garantizados ya que, si dentro del propio sistema concursal se favorece en el orden a los créditos laborales, debería realizarse la misma preferencia con los empleados de "A" al contar con la misma naturaleza.

VI CONCLUSIONES

En atención a todo lo expuesto y dado lo analizado, consideramos, que en el caso específico de la pugna de los acreedores laborales de "A" y "P", las conclusiones deberían ser las siguientes:

- Con relación a la posibilidad que los acreedores laborales de la empresa "A", puedan ser reconocidos como acreedores dentro del concurso de la empresa "P", consideramos, al igual que la Sala, que al no existir una relación jurídica directa con la empleadora, éstos únicamente podrían invocar su derecho persecutorio, más no la calidad de acreedor reconocido en el concurso.

- En lo que respecta al orden en que los acreedores deberían cobrar lo obtenido por la realización de la venta de la máquina de hilar, creemos, tal como manifestáramos anteriormente, que en virtud de la existencia de un bien jurídico a proteger mayor, deberían ser los acreedores laborales reconocidos dentro del concurso de la empresa "P" los primeros en cobrar, y luego de existir algún remanente procederían a cobrar los acreedores laborales de "A", prefiriéndose en ambos

²⁶ Ferro Delgado Víctor. El Concepto de Remuneración. En Asesoría Laboral. Octubre 1998. p. 12.

casos a éstos por sobre los créditos reconocidos en el tercer orden de preferencia.

En este orden de ideas, consideramos que si bien nuestra legislación ha previsto un trato privilegiado para los créditos de origen laboral, éstos deberían ajustarse de tal manera, que no perjudiquen la existencia de otros bienes jurídicos protegidos, tales como el debido resguardo al patrimonio de las personas sometidas a concurso.

Sin duda alguna, la transparencia en todo acto jurídico, es un elemento básico para el buen desarrollo de los fines a seguir, por lo que, la aparición o existencia de créditos imprevisibles o *fantasmales* dentro de los procedimientos concursales, dificultan el análisis y capacidad de decisión de los miembros de la Junta ocasionando esta inseguridad a todos los participantes inmersos en el concurso.

Por otro lado, hemos considerado que la mejor opción en el orden de cobro debería ubicar siempre en primer lugar a los acreedores laborales reconocidos en el concurso, por encima de todo tipo de garantías o cargas, ya sean públicas o reservadas, ello con el afán de respetar tanto el fin proteccionista de la norma laboral, como el fin de ordenador de crisis financieras del sistema concursal.

Finalmente, no podemos obviar mencionar el hecho, que si bien los acreedores laborales reconocidos dentro del concurso no se verían afectados por la amenaza de los acreedores laborales externos al mismo, es claro que los demás reconocidos, en efecto, deberán mantener siempre el temor de verse perjudicados por la aparición de acreencias imposibles de verificar, pudiendo convertirse éste un futuro punto a debatir con relación a la seguridad proporcionada dentro del propio sistema concursal peruano.