

LOS CRÉDITOS CONCURSALES Y POST CONCURSALES Y SU PAGO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL Y LIQUIDACIÓN AL AMPARO DEL DECRETO SUPREMO Nº 014-99-ITINCI

JOSÉ FRANCISCO ZARAGOZÁ AMIEL⁽¹⁾

Abogado.
Master en Derecho de la Empresa
por la Universidad Pompeu Fabra.

SUMARIO

I. Introducción - II. Aspectos generales: Procedimientos Concursales - III. Créditos Concursales y Créditos no Concursales o Post Concursales: Generalidades y Características - 1. Preferencia en el Pago de los Créditos Post Concursales sobre los Concursales - 2. Las razones de la preferencia - 3. Posición de las Comisiones de Indecopi - 4. El Proyecto de Ley General del Sistema Concursal - IV. Pago de los Créditos Concursales y Post Concursales en un Procedimiento de Reestructuración Patrimonial - V. Pago de los Créditos Concursales y Post Concursales en un Procedimiento de Liquidación - VI. Reflexión Final.

I. INTRODUCCIÓN

Un tema de gran importancia en la práctica concursal y que no ha merecido mayor atención por parte de los operadores (Abogados, Entidades Liquidadoras, Indecopi y Oficinas Delegadas) de la Ley de Reestructuración Patrimonial, es el referido al pago de los créditos devengados con posterioridad a la publicación de la declaración de insolvencia del deudor o de su acogimiento al procedimiento de Concurso Preventivo y los conflictos que pueden suscitarse entre los distintos acreedores de la empresa. Este tema reviste gran interés si se tiene en cuenta el gran número de empresas que en los últimos años han sido sometidas a procedimientos de reestructuración y principalmente a procedimientos de liquidación por parte de su Junta de Acreedores¹, y si se tiene en cuenta que las empresas sometidas a liquidación tienen que continuar contratando hasta su total extinción.

El análisis que haremos tendrá como base lo señalado al respecto por el Decreto Supremo Nº 014-99-ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial (en adelante el "TUO"), y no pretende ser la respuesta al problema, sino una reflexión sobre el mismo, es por ello, que quizás algunos de los temas planteados no encuentren respuesta en este artículo y generen más discusión o dudas al respecto, lo cual es nuestro propósito.

II. ASPECTOS GENERALES: PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

En términos muy generales los procedimientos concursales² establecidos en nuestra legislación buscan la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor común básicamente mediante dos mecanismos:

¹ A Riofo, en otro.

² El presente trabajo contiene las opiniones personales del autor y no compromete al área financiera y de reestructuración del Estudio BENTES, MERCADO & UGAZ.

De acuerdo con el Documento de Trabajo Nº 006-2000 "Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial" elaborado por el Área de Estudios Económicos del Indecopi publicado el 27 de agosto del 2000, desde el año 1993 al 2000 del total de empresas sometidas a procedimientos de insolvencia en el 75% de los casos la Junta de Acreedores ha decidido someter a las mismas a un proceso de declaración y liquidación.

Los procedimientos concursales más importantes regulados por nuestra legislación son los siguientes: Reestructuración Patrimonial, Liquidación, Concurso Preventivo y Procedimiento Transitorio.

a) Estableciendo un convenio (Plan de Reestructuración Patrimonial, Acuerdo Global de Refinanciación de Obligaciones, Convenio de Reprogramación de Pagos) entre los acreedores y el deudor común que permita la continuidad de las actividades de éste último, en caso tenga posibilidades de recuperación, y con el fin de que en un periodo determinado de tiempo cumpla con el pago total de sus obligaciones; y,

b) Liquidando el patrimonio del deudor común y repartiendo entre la totalidad de sus acreedores, de acuerdo a los ordenes de prelación establecidos en el TUO, el producto obtenido por la venta y/o transferencia de los bienes que integran el patrimonio liquidado.

Resulta importante tener presente que los mecanismos antes señalados son excluyentes entre sí, y las reglas a las que se someten los acreedores en uno y otro caso son distintas. La principal, acaso sea que en la reestructuración de empresas en crisis, la preferencia de pago de los créditos la establecen los propios acreedores al adoptar el acuerdo de reestructurar a su deudor y posteriormente aprobar el Plan de Reestructuración; mientras que en caso de liquidación el pago de los créditos de los acreedores está sometido a las normas de preferencia para el pago de los créditos establecida en el artículo 24⁹⁹ del TUO, norma que es de orden público, y por tal razón, de estricto y obligatorio cumplimiento.

III. CRÉDITOS CONCURSALES Y CRÉDITOS NO CONCURSALES O POST CONCURSALES: GENERALIDADES Y CARACTERÍSTICAS

Nuestra legislación concursal, como casi todas las legislaciones en la materia, considera que existen créditos a los cuales le son aplicables las normas del concurso y otros a los que no; ello se encuentra regulado de manera expresa en el artículo 36^o del TUO que señala que:

"Artículo 36^o. - CRÉDITOS COMPRENDIDOS EN LOS PROCEDIMIENTOS. - Quedarán sujetos a los procedimientos de reestructuración patrimonial, disolución y

⁹⁹ Artículo 24^o.- ORDEN DE PREFERENCIA.- El orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

1. Los créditos que tengan como origen el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, los créditos por aportes pagados al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse.

Los créditos por aportes pagados al Sistema Privado de Pensiones incluyen expresamente los conceptos a que se refiere el artículo 30^o del Decreto Ley N^o 25967.

2. Los créditos alimentarios, incluyendo intereses devengados y gastos, en el caso de insolventes personas naturales inaherentes.

3. Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del insolvente, siempre que la garantía o la medida cautelar correspondiente haya sido constituida habido o ejecutada con anterioridad a la fecha de declaración de insolvencia del deudor.

También están comprendidos en el presente orden de preferencia los créditos garantizados por cualquier otro tipo de derecho que grave el patrimonio del deudor y que reúna las condiciones previstas en el párrafo anterior, siempre que cumpla los formalizados de la legislación correspondiente.

4. Los créditos de origen tributario del Estado, incluidas las del Seguro Social de Salud - ESSALUD, sean éstas tributos, multas, intereses, moras, costas y recargos, de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario o en la legislación respectiva, y;

5. Los demás créditos; la parte de los créditos tributarios que, conforme al numeral 1 del artículo 50 de esta ley sean transferidos del cuarto al quinto orden, y el saldo de los créditos del tercer orden no cancelados con el producto de los bienes afectado a su pago.

La preferencia de los créditos implica que los de un orden anterior excluyen a los de un orden posterior, según la prelación establecida en el presente artículo, hasta donde alcanzan los bienes del insolvente, sin perjuicio del pago preferente establecido en el numeral 3 del artículo 47^o. Los créditos correspondientes al primer, segundo y cuarto orden, se pagan al interior de cada orden de preferencia a prorrateo entre todos los créditos reconocidos del respectivo orden. Los del tercer orden pagan con el producto de la transferencia de los bienes del insolvente afectadas, bajo cualquier modalidad, al pago de dichos créditos. Los del quinto orden, se pagan según su antigüedad; si tienen la misma antigüedad y concurren en un registro, se pagan según el orden en que han sido inscritos en el mismo y, si no se puede establecer de manera cierta la antigüedad, se pagan a prorrata.

Cualquier pago efectuado por el insolvente a alguno de sus acreedores, en ejecución del Plan de Reestructuración, el Convenio Concursal o el Convenio de Liquidación, será imputado, en primer lugar, a las deudas por concepto de capital. Una vez cancelado el capital, los pagos se imputarán a gastos de intereses, en ese orden. A partir de la declaración de insolvencia queda suspendida toda la capitalización de intereses, ya sea convencional o legal. En ambos casos procede el pago en contrario por parte de la Junta.

liquidación y concurso de acreedores, los pasivos del deudor insolvente devengados hasta la fecha en que se efectúa la publicación establecida en el artículo 8° de la presente Ley.

Las deudas derivadas de actos posteriores a la fecha mencionada en el párrafo anterior, serán pagadas en forma regular a su vencimiento, no siendo de aplicación en estos casos las disposiciones contenidas en los artículos 16° y 17° de la presente Ley. (...)».

Del artículo transcrito se infiere fácilmente que los créditos comprendidos en los procedimientos concursales de Reestructuración Patrimonial, Concurso Preventivo, y Disolución y Liquidación, son únicamente aquellos pasivos u obligaciones del deudor insolvente devengados hasta la fecha en que se efectúa la publicación establecida en el artículo 8°⁴ del TUO, que es la fecha en la cual la Comisión de Reestructuración Patrimonial de Indecopi publica en el Diario Oficial "El Peruano" la relación de acreedores cuya declaración de insolvencia o solicitud de acogimiento al procedimiento de Concurso Preventivo ha quedado consentida o ha sido admitida a trámite, respectivamente.

A la mencionada fecha de publicación se le conoce comúnmente con el nombre de "fecha de corte", y son los créditos devengados hasta la "fecha de corte" los únicos incorporados a los procedimientos concursales y a los únicos a los que le son oponibles las disposiciones del TUO. Los créditos devengados después de la "fecha de corte", no están comprendidos, por expresa disposición del artículo 38° del TUO, en los procesos de Reestructuración Patrimonial, Disolución y Liquidación y Concurso Preventivo y, deberán ser pagados por el deudor de manera regular a su vencimiento. Además, dichos créditos al no estar comprendidos en los procesos antes indicados no le son oponibles las disposiciones del TUO y, en especial, no le son oponibles las disposiciones sobre inexigibilidad de obligaciones del deudor (artículo 16°)⁵ e inejecutabilidad de su patrimonio (artículo 17°).⁶

Como es la fecha del devengo la que determina si un crédito está incorporado o no al procedimiento concursal, antes de continuar resultaría importante definir cuando

⁴ Artículo 8° - RESERVA E INFORMACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS - (párrafo cuarto) - La Comisión que tenga a su cargo el trámite del proceso, semanalmente dispondrá la publicación en el Diario Oficial El Peruano de un listado de la relación de deudores que en dicho lapso hayan quedado sometidos al régimen establecido en alguno de los procedimientos contenidos en la presente ley. La publicación referida se efectuará una vez consentida la resolución de declaración de insolvencia o la que admite a trámite el pedido de concurso preventivo o de procedimiento simplificado.

Artículo 16 - SUSPENSIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE OBLIGACIONES.- A partir de la fecha en que se efectúa la publicación a que se refiere el artículo 8, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el insolvente tuviera pendientes de pago a dicha fecha, en que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a estas, cuando correspondiere, la tasa de interés que estuviese pactada o, a falta de pacto, la legal. En este caso, no correrán intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses.

La suspensión mencionada en el párrafo durará hasta que se apruebe un Plan de Reestructuración, convenio de liquidación o convenio concursal en los que se establezcan condiciones diferentes, referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable en cada caso. Lo establecido en el Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Convenio Concursal respecto de la exigibilidad de las obligaciones será oponible a todos los acreedores.

La inexigibilidad de las obligaciones del insolvente en los supuestos a que se refiere el presente artículo, no afecta la posibilidad de que los acreedores del insolvente puedan dirigirse contra el patrimonio de aquellos terceros que hubieran constituido garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original.

De igual forma, en los casos de insolvencia de una sucursal de una principal situada en territorio extranjero, la inexigibilidad de las obligaciones de la sucursal declarada insolvente, no afecta la posibilidad de que los acreedores puedan dirigirse por las vías legales pertinentes contra el patrimonio de la principal.

Artículo 17° - MARCO DE PROTECCIÓN LEGAL DEL PATRIMONIO.- A partir de la publicación a que se refiere el artículo 8° de la presente ley, el Juez, Corte, Arbitro, Tribunal Arbitral, Ejecutor Coactivo, Administrador del Almacén General de Depósito, Registrador Fiscal o persona, según sea el caso, que conoce de los procesos judiciales, arbitrales, coactivos, o de venta extrajudicial seguros contra el insolvente, suspenderá toda responsabilidad, la ejecución de los embargos y de las demás medidas cautelares tomadas sobre bienes, dinero o derechos del mismo.

En caso que las indicadas medidas hayan sido ordenadas pero aún no trabadas, el Juez, Arbitro, Tribunal Arbitral, Ejecutor

es que un crédito se ha “*devengado*” para efectos del TUO; y el devengo ocurre cuando el acreedor adquiere el derecho a alguna percepción o retribución por parte del deudor en razón de algún trabajo, servicio u otro título.

Para los efectos, interesa que la obligación por parte del deudor en favor del acreedor haya surgido, aún cuando ésta (la obligación) aún no sea exigible o no se encuentre vencida. Es decir, se entiende que un crédito se ha devengado, para efectos concursales, en el momento en que el deudor se obliga frente al acreedor al pago de una cantidad determinada o determinable o a la obligación de entregar en propiedad un bien o de prestar un servicio aún cuando la obligación aún no sea exigible o no se encuentre aún vencida.

Siendo los créditos devengados hasta la “fecha de corte” los únicos que pueden ser comprendidos en los procedimientos de Reestructuración Patrimonial, Disolución y Liquidación y Concurso Preventivo, los acreedores por dichos créditos son los únicos con derecho a participar en la Junta de Acreedores del deudor concursado, para lo cual, previamente deben solicitar ante la autoridad competente (Comisión de Reestructuración Patrimonial de Indecopi u Oficinas Delegadas) la verificación o reconocimiento de sus créditos, tal como lo señala el artículo 22º del TUO.⁷

“Artículo 22º.- ACREEDORES HÁBILES PARA PARTICIPAR EN LA JUNTA.- Sólo tendrán derecho a participar en la Junta convocada conforme al artículo anterior, los acreedores que hasta el vigésimo día hábil posterior a la publicación de la declaración de insolvencia de su deudor a que se refiere el artículo 8º de la presente ley, presenten ante la Comisión los títulos que acrediten la existencia, origen, titularidad y cuantía de los créditos devengados, se encuentren o no vencidos, debiendo identificar los créditos invocados por concepto de capital, intereses y gastos y señalar el orden de preferencia correspondiente”.

El citado artículo confirma lo indicado en el artículo 38º antes referido con relación a los créditos que pueden ser incorporados a los procesos de Reestructuración Patrimonial, Disolución y Liquidación y Concurso Preventivo. A decir del artículo 22º

Coactivo, Administrador del Almacén General de Depósito, Registrador Fiscal o persona, según corresponda, se acordará de acuerdo. Dicha abstención no alcanza a las medidas que sean pasivas de registro ni a cualquier otra que no signifique la disposición de bienes del deudor o afecte el funcionamiento del negocio.

Tantándose de bienes en peligro de detrimento o pérdida, el Juez, Arbitro o Administrador del Almacén General de Depósito, según sea el caso, podrá apremiarlos con concurrencia de la Comisión. El producto de la venta de dichos bienes deberá ser destinado al pago de los créditos comprendidos en el procedimiento, respetando el orden de preferencia establecido en el artículo 24º de la presente Ley.

No se levantarán con publicación a que se refiere el artículo 9º, los embargos en forma de inscripción trabados sobre inmuebles o muebles registrables, los mismos que continuarán inarbitros. Tampoco se levantarán aquellas medidas cautelares que no signifiquen la disposición de bienes del deudor o las que por su naturaleza no afecten el funcionamiento del negocio. Sin embargo, tales medidas cautelares no podrán ser materia de ejecución.

Asimismo, por el mérito de la publicación mencionada, y durante los procesos derivados de la aplicación de la presente Ley, se suspenderán todos los procesos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial pendientes que se organicen contra el mencionado insolvente y que tengan como objeto la ejecución de garantías reales, embargos o cualquier otra medida ordenada sobre sus bienes.

La suspensión dispuesta en los párrafos anteriores, no alcanza a las etapas del proceso destinadas a determinar la existencia, origen, titularidad, legitimidad o cuantía de créditos frente al insolvente. Los procesos continuarán su tramitación hasta que la resolución final quede consentida, luego de lo cual la ejecución será suspendida quedando sometida a lo establecido en el artículo anterior.

En ese sentido, la suspensión dispuesta en el presente artículo no podrá afectar las atribuciones de la autoridad judicial para continuar conociendo el proceso en trámite hasta emitir pronunciamiento final, de conformidad con los principios y derechos de la acción jurisdiccional establecidos en el artículo 135º de la Constitución Política del Perú. Sin perjuicio de ello, una vez emitido el pronunciamiento final, la autoridad que conoce del trámite deberá suspender cualquier medida de ejecución del patrimonio del deudor, teniendo en consideración la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones a que se refiere el artículo 16 de la presente ley.

Es importante concordar el artículo 20º con el segundo párrafo de la definición de acreedor contenida en el artículo 1º del TUO. En este se señala que: “Luego de la declaración de insolvencia, para efectos de ser considerado acreedor con derecho a participar en el procedimiento no es requisito que el crédito correspondiente sea exigible y basta que haya sido reconocido por la Comisión”.

únicamente tienen derecho a participar en la Junta de Acreedores del deudor, aquellos acreedores por créditos comprendidos en los procedimientos antes señalados, es decir, los acreedores por créditos devengados hasta la "fecha de corte", ya que los acreedores por créditos devengados con posterioridad a dicha fecha, al no estar comprendidos en los procesos no pueden solicitar el reconocimiento de su crédito o mejor dicho no pueden ser reconocidos como acreedores y, menos aún, participar en la Junta de Acreedores de su deudor; Junta que adopta las decisiones más importantes sobre el patrimonio del deudor al interior de los procedimientos concursales y Junta que adopta las decisiones sobre el pago de los créditos incorporados al proceso.

Queda claro entonces que únicamente pueden solicitar el reconocimiento o la verificación de sus créditos ante la Comisión y, por ello, participar en la Junta de Acreedores de su deudor únicamente los acreedores por créditos incorporados al proceso, es decir, por créditos devengados hasta la "fecha de corte"; los acreedores por créditos devengados después de la "fecha de corte" no pueden ser incorporados al proceso ya que el TUO expresamente los ha excluido, tampoco pueden ser reconocidos como tales por la Comisión y no pueden por ello participar de las Juntas de Acreedores de su deudor.

Habría que agregar que los acreedores por créditos devengados a la "fecha de corte" no tienen obligación legal de solicitar ante la Comisión el reconocimiento de sus créditos o no están obligados a verificarse en el concurso, ello queda a su entera voluntad y conveniencia. Sin embargo, la participación en la Junta de Acreedores esta reservada exclusivamente para aquellos acreedores que habiendo solicitado ante la Comisión el reconocimiento de su crédito son reconocidos como tales, y son éstos los únicos que tienen voz y voto en la Junta; por el contrario, aquellos acreedores cuyos créditos se devengaron hasta la "fecha de corte" pero que no solicitaron ante la Comisión el reconocimiento de su crédito no forman parte de la Junta de Acreedores, y por ello, tampoco tienen voz y voto en la misma.

A los acreedores que solicitan ante la Comisión el reconocimiento de sus créditos y son reconocidos como tales se les denomina "**acreedores concurrentes**" y a los acreedores que pudiendo verificarse como tales en el proceso y no lo hacen se les denomina "**acreedores no concurrentes**", y por el hecho de no concurrir al proceso pudiendo hacerlo no forman parte de la Junta de Acreedores y no tienen por tanto voz y voto en la misma, siendo además que los acuerdos que adopta la Junta de Acreedores le son oponibles de conformidad con el artículo 48^º del TUO.

Es importante indicar, que tanto los "**acreedores concurrentes**" como los "**acreedores no concurrentes**" son titulares de créditos que son incorporados a los procesos, por haberse devengado estos hasta la "fecha de corte". Sin embargo, los primeros participan activamente del proceso concursal al cual se encuentra sometido su deudor mediante su voz y voto en las Juntas de Acreedores, mientras que los segundos no, lo cual no implica que estén excluidos del proceso y de las decisiones que adoptará la Junta de Acreedores, ya que éstas igualmente les serán oponibles.

Ahora bien, el artículo 38^º dispone expresamente que aquellas **deudas derivadas de actos posteriores** a la publicación a que se refiere el artículo 8^º del TUO (*fecha de corte*), serán pagadas **en forma regular a su vencimiento**, no siendo

^º Artículo 48: - Oponibilidad del Plan de Reestructuración.- El Plan de Reestructuración aprobado por la Junta de Acreedores obliga al deudor y a todos sus acreedores, sin cuando se hayan opuesto a los acuerdos, ni hayan asistido a la Junta por cualquier motivo, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos (...)

de aplicación para estos créditos las disposiciones contenidas en los artículos 16° y 17°, referidas la primera de ellas a la inexigibilidad temporal de las obligaciones del deudor y la segunda a la suspensión de la ejecución del patrimonio del deudor.

Consecuentemente, y a manera de resumen, se puede distinguir que dentro de los procedimientos de Reestructuración Patrimonial, Disolución y Liquidación y Concurso Preventivo, existen dos clases de créditos:

a) Los **"concursoales"** a los cuales se les aplican las reglas del concurso por haberse devengado hasta la *"fecha de corte"*, siendo que los acreedores por créditos concursoales pueden o no concurrir al proceso solicitando ante la Comisión el reconocimiento de su crédito, y éstos créditos se pagan de acuerdo a lo que establezca el Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Acuerdo Global de Refinanciación de Obligaciones que apruebe la Junta de Acreedores; y,

b) Los **"post concursoales"** o **"corrientes"**, devengados luego de la *fecha de corte*, motivo por el cual, no se les aplica las normas concursoales, no pueden ser reconocidos, y se pagan de manera regular a su vencimiento. A estos créditos además por no serles de aplicación las disposiciones de la Ley no se les puede oponer lo establecido en los artículos 16° y 17° del TUO.

1. Preferencia en el pago de los créditos post concursoales sobre los concursoales

En el orden de ideas expuesto, queda claro que la legislación concursal ha diferenciado a los créditos que se les aplica las normas y principios concursoales, de aquellos a los que no se les aplican y se rigen por las normas del derecho común.

Ahora bien, pese a que el artículo 38° del TUO señala claramente que los créditos corrientes se pagan de manera regular a su vencimiento, han surgido serias dudas respecto de si estos créditos se pagan antes o después que los créditos concursoales en un proceso de disolución o liquidación.

Para aclarar dicha duda, como primera fuente de interpretación recurriremos a la propia **"Exposición de Motivos"** del TUO, la misma que con relación al artículo 38° ha señalado expresamente lo siguiente:

*"Respecto de los créditos comprendidos en los procedimientos se introducen precisiones de tal manera que quede claro que éstos son, en todos los casos, los devengados hasta la fecha en que se declara la insolvencia del deudor. Bajo este mecanismo, contemplado en el artículo 38° y 55°, se entiende que los créditos devengados a partir del día siguiente de dicha fecha deben ser considerados como créditos frente al proceso y, **por lo tanto serán pagados en forma PREFERENTE, con anterioridad a los créditos incorporados en el procedimiento**".* (Lo resaltado y subrayado es nuestro).

Para efectos de dar mayor claridad al tema cabría precisar que preferir el pago de un crédito frente al pago de otro, significa sencillamente que el crédito "preferido" debe pagarse antes que el crédito no preferido. Así, por ejemplo cuando en el artículo 24° del TUO se establecen "Órdenes de Preferencia" para el pago de los créditos, se dice que: *"La preferencia de los créditos implica que los de un orden anterior excluyen a los de un orden posterior (...) hasta donde alcancen los bienes del insolvente"*.

Lo indicado en la **"Exposición de Motivos"** no deja dudas a nuestro entender,

ya que ella señala, claramente, que los créditos post concursales o corrientes, a los cuales no se les aplica las disposiciones del TUO, deben ser pagados preferentemente sobre los créditos concursales y a los que sí se les aplica las disposiciones del TUO; pero además la "Exposición de Motivos" va más allá y señala de manera expresa y muy clara que los créditos post concursales o corrientes se pagan con anterioridad a los créditos incorporados en el procedimiento. Es decir, para poder pagar los créditos concursales se deberá haber cumplido con pagar el íntegro de los créditos post concursales o corrientes, ya que estos últimos tienen "preferencia" de pago sobre los primeros.

2. Las razones de la preferencia

No obstante, lo señalado creemos pertinente profundizar en el análisis del tema y determinar cuáles son en nuestra opinión las razones del por qué de la preferencia de pago de los créditos post concursales frente a los créditos concursales.

Cuando una empresa es declarada insolvente, esta declaración de insolvencia no supone en absoluto la paralización de sus actividades y, por ende, la empresa no está impedida de contratar⁸⁰, lo mismo sucede cuando una empresa es sometida a un procedimiento de Disolución y Liquidación por acuerdo de su Junta de Acreedores; en este caso la extinción de la empresa no se realiza de manera inmediata a la adopción del acuerdo de liquidación, sino que, entre el acuerdo y la extinción definitiva de la empresa -con la cancelación de su partida registral- puede transcurrir un largo periodo de tiempo; periodo durante el cual la empresa se ve necesariamente obligada a contratar.

Las razones por las cuales una empresa en proceso de Disolución y Liquidación debe contratar pueden ser innumerables. Sin embargo, para darse una idea de ello, cabría la pena que tener presente lo dispuesto en el artículo 77º del TUO.

El indicado artículo señala, por citar algunas, cuales son las facultades y atribuciones del liquidador:

- **Actuar en resguardo de los intereses de la masa o del insolvente, en juicio o fuera de él, con plena representación de ésta y de los acreedores.** Así, para desempeñar esta función es probable que el liquidador deba contratar, a nombre de la empresa, uno o varios abogados o uno o varios Estudios de Abogados.

- **Disponer de los bienes muebles e inmuebles, acreencias, derechos, valores y acciones de propiedad del insolvente.** Para cumplir esta función es probable que el liquidador deba contratar un perito tasador, quien establezca el valor de los bienes, para que luego de ello, el liquidador pueda transferirlos o venderlos, obteniendo de ellos un mejor valor.

⁸⁰ Para que entendamos qué es una preferencia, DIEZ PICALDO "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I, Introducción - Teoría del Comercio - Las relaciones obligatorias". Ed. Tecnos, Madrid 1993, pag. 764 explica que el carácter de privilegio de un crédito consiste en una ruptura o excepción al principio de igualdad de trato de los acreedores en un procedimiento concursal (por crédito creditorem), igualmente agrega el citado autor, que los privilegios son otorgados por Ley y no le confiere la facultad de cobrar antes que otros acreedores de un mismo deudor o acreedores denominados "ordinarios". El citado autor afirma que la razón de ser y el fundamento de los privilegios no son homogéneos en la doctrina, pero que en el derecho moderno, los privilegios se otorgan debido a la causa y/o naturaleza del crédito. En el presente caso resulta lógico que el privilegio (superprivilegio) otorgado a los créditos post concursales radica en función de que en el derecho moderno, la utilidad de que la empresa deudora someta al procedimiento concursal radica o que la liquidación se efectúe de manera eficiente, de forma que el acceso a nuevos créditos de una empresa en crisis o en liquidación no sea costoso.

⁸¹ Habría que precisar que el artículo 19º de la Ley impone ciertos límites a las posibilidades de contratación de una empresa declarada insolvente, estos límites están referidos básicamente a transacciones que no se refieren al desarrollo normal de las actividades del insolvente, y que por ello, pueden afectar su patrimonio, en la medida que éste se constituye en prenda general para el pago de los créditos.

- **Continuar provisionalmente con el giro del negocio del insolvente.** Es decir, el liquidador puede, si así lo autoriza el Convenio de Liquidación, continuar realizando las actividades que corresponde al objeto social de la insolvente. Para ello, será necesario, por ejemplo, que la empresa continúe contratando con sus proveedores, será necesario que la empresa siga realizando operaciones de crédito con las distintas instituciones financieras, será necesario que la empresa pague sus tributos, será necesario que la empresa pague la remuneración de los trabajadores, que eventualmente contrate personal nuevo, etc. Éste es quizás el ejemplo más claro del por qué una empresa en liquidación debe contratar, y del por qué los créditos post concursales deben pagarse antes que los concursales, ya que de no ser ello así, ¿Quién otorgaría crédito a una empresa en liquidación, cuya Junta de Acreedores al aprobar el Convenio de Liquidación ha acordado la continuación de sus actividades?. Es preciso hacer la salvedad que la continuación del giro del negocio (durante el proceso de liquidación) puede durar años, pero finalmente tal continuidad debe conducir irremediablemente, y de manera gradual, a su extinción total.

- **Celebrar los contratos que fuesen necesarios y transigir y realizar, con garantías o sin ellas, las operaciones de crédito estrictamente necesarias para cubrir los gastos y obligaciones que demande la liquidación.** Para ello, el liquidador deberá por ejemplo constituir garantías a favor de los bancos que le otorguen crédito, lo cual genera no solo gastos (notariales) sino una obligación de pago.

Ahora bien, pensemos por un momento en las dificultades que tendría para contratar una empresa sometida a un procedimiento de liquidación si los créditos post concursales estarían subordinados al pago de los créditos concursales. Pensemos por un momento cuanto se encarecería en esos casos el acceso al crédito para una empresa en proceso de liquidación, y que seguridad tendría el acreedor de cobrar su crédito post concursal si existiese la posibilidad de que su pago este subordinado al pago de otros créditos, como los concursales. De ser ello así, en nuestra opinión, sería casi imposible que una empresa sometida a un proceso de liquidación pueda contratar y menos acceder a cualquier clase de crédito, primero porque el acceso al crédito le sería muy oneroso y segundo porque ningún tercero se expondría a que su crédito, pese a que debe ser pagado a su vencimiento por ser corriente, pueda verse subordinado, en una eventual liquidación de su deudor, al pago de otros créditos como los concursales.

Es por tales razones, que a nuestro modesto entender, el TUO ha preferido o privilegiado el pago de los créditos post concursales sobre el pago de los créditos concursales, ya que de no ser así los mayores perjudicados serían los propios acreedores por créditos concursales, debido a que el procedimiento de liquidación no se podría llevar a cabo y, por ende, no verían satisfecho su crédito o el procedimiento de liquidación sería extremadamente oneroso, ya que los costos de transacción serían altísimos y nadie estaría dispuesto a contratar u otorgar crédito a una empresa sometida a tal procedimiento por temor a que el pago del crédito corriente sea subordinado o preferido al pago de otros créditos.

Las razones que hemos expuesto con relación a lo prescrito en el artículo 38º del TUO, respecto del pago de los créditos post concursales o corrientes durante un procedimiento de liquidación, se aplica con mayor razón, fuerza y claridad para el caso de empresas sometidas por acuerdo de su Junta de Acreedores a procedimientos de Reestructuración Patrimonial. Para este caso, la "Exposición de Motivos" de la Ley ha señalado de manera expresa que:

"Lograr reducir los costos de acceso al crédito para empresas en proceso de reestructuración, sin duda sería una medida que coadyuvaría a la reconversión económica y tecnológica de los sectores que actualmente se encuentran en crisis. Sin embargo, dicha reducción de costos no debe crearse "artificialmente" por Ley, sino que debe ser la consecuencia de otros factores que permitan a las empresas o entidades financieras dispuestas a financiar empresas en crisis reducir los riesgos de pérdida de sus créditos.

Para tal efecto, por ejemplo, se ha previsto que los créditos devengados durante el desarrollo del proceso deberán ser pagados a sus respectivos vencimientos, de tal forma que si el deudor insolvente incumple con el pago de los mismos, la entidad financiera o la empresa que aportó créditos nuevos, tendrá la posibilidad de ejecutar el patrimonio del deudor insolvente y, en consecuencia, cobrar antes que los acreedores reconocidos. Se ha consagrado a favor de estos créditos nuevos lo que en doctrina se conoce como "superprivilegios", los mismos que al reducir el riesgo de pérdida del crédito, se constituyen en una medida eficaz de reducción de sus costos".

De esta manera, queda claro que nuestra Ley concursal otorga preferencia de pago a los créditos post concursales o corrientes respecto de los concursales, con el propósito de abaratar el costo de los mismos y puedan acceder a ellos las empresas en crisis; de manera tal, que proveedores e inversionistas tengan el incentivo necesario para apoyar la recuperación de aquellas empresas que consideren viables, conociendo de antemano que en caso de liquidación de la misma los nuevos créditos (los post concursales o corrientes) que otorgaron gozaran del "super privilegio" de ser pagados en forma preferente, es decir, antes que los créditos concursales.

Este criterio encuentra también sustento legal en la doctrina extranjera, así *Reyes Villamizar*¹⁷ al comentar los nuevos cambios en la legislación concursal colombiana señala que:

"Lo que resulta verdaderamente novedoso es la calificación preferente que se le otorga a los denominados **créditos posconcordatarios**, cuyo cobro puede exigirse por la vía judicial, sin sujeción a la fórmula de arreglo que determinen los acreedores de deuda concordataria propiamente dichas. Así, el artículo 147° de la Ley N° 222 de 1995 dispone con toda claridad que: "... los gastos de administración, los de conservación de bienes del deudor y las demás obligaciones causadas durante el trámite del concordato y la ejecución del acuerdo concordatario y las calificadas como posconcordatarias, serán pagados de preferencia y no estarán sujetos al sistema en que el concordato se establezca para el pago de las demás acreencias, pudiendo los acreedores respectivos acudir a la justicia ordinaria para el cobro de los mismos"; ...La concepción introducida en la Ley N° 222 de 1995 favorecerá, sin duda, a los empresarios en concordato por cuando podrán obtener con mayor facilidad recursos frescos para capital de trabajo, sin someter a sus acreedores a una gravosa contingencia de pérdida. Estos últimos, por su parte, podrán otorgar préstamos en condiciones de mayor seguridad a sociedades en crisis".

Igualmente, el profesor brasileño *Rubens Requiao*¹⁸ señala lo siguiente:

"Los acreedores posteriores al concordato (como puede entenderse fácilmente)

¹⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco, "Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos" Segunda Edición, Editorial TEMS S.A. Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1999, Págs. 390 y 391.

no están sujetos a los efectos del proceso. Sujetarlos al pago de sus créditos a los términos del acuerdo concordatario sería alejarlos, evidentemente, de cualquier operación a crédito con el deudor. Estos acreedores, por lo tanto, tienen las manos libres para actuar en caso de mora del concordato".

Pese a lo expuesto, el tema de la preferencia de pago de los créditos post concursales o corrientes frente a los concursales no está exento de discusión, ya que en nuestro medio existen quienes opinan en el sentido que la preferencia de los créditos post concursales sólo se aplica para los casos en que la Junta de Acreedores decide la Reestructuración Patrimonial del insolvente, pero que para los casos de Disolución y Liquidación (por efectos del artículo 64^o¹³ del TUO) a los créditos post concursales se les aplica también la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor y el marco de protección de su patrimonio. Según quienes defienden esta teoría, muy respetable por cierto, el artículo 64^o contiene un marco de protección legal del patrimonio del deudor insolvente adicional al contenido en el artículo 17^o del TUO.

Consecuentemente, señalan que, si la publicación de la declaración de insolvencia suspende las ejecuciones destinadas al cobro de la deuda concursal, la disposición del artículo 64^o solo puede ser aplicada a suspender las ejecuciones destinadas al cobro de la deuda post concursal en el marco de un procedimiento liquidatorio.

Para reforzar esta teoría, quienes creen en ella utilizan como argumento adicional el artículo 67^o inciso 1)¹⁴ del TUO, el mismo que señala que desde la celebración del Convenio de Liquidación se produce un estado indivisible entre el insolvente y sus acreedores, que comprende **todos los bienes y obligaciones de éste**, entendiendo por ello que el estado de indivisibilidad afecta también a los acreedores por créditos post concursales, ya que dicho artículo señala expresamente que incluye **todas** las obligaciones del deudor dentro de las cuales habría que considerar las post concursales.

Sin embargo, en éste caso los defensores de esta teoría olvidan que el artículo 67^o inciso 1) en su parte final señala que tal estado de indivisibilidad comprende **todos los bienes y obligaciones del insolvente, salvo los bienes y las obligaciones que la ley expresamente exceptúa**, y nuestra legislación concursal en su artículo 38^o ha exceptuado de la aplicación de la misma a los créditos post concursales, por

¹³ REQUIAO, Rubens: "Curso de Derecho Patrimonial, segundo volumen", 8^a edición, Editorial Sanja, Sao Paulo, 1996, Pág. 26, citando en el libro de Reyes Vilaniza, Francisco, loc. cit. Pág. 292.

¹⁴ Artículo 64^o - INSCRIPCIÓN Y PUBLICIDAD DEL CONVENIO - Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de celebrizado el Convenio de Liquidación, el Liquidador deberá solicitar su inscripción en el Registro pertinente. Dentro del mismo plazo, el liquidador deberá presentar copia del Convenio de Liquidación, certificada por el Presidente de la Junta y por el representante de la Comisión, ante el Juez, Arbitro o Tribunal Arbitral, Ejecutor Coactivo, Administrador del Almacén General de Depósito, Registrador Fiscal o persona, según sea el caso, que concierne de los procesos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta estandarizada, seguidos contra el insolvente. El vencimiento del plazo señalado no impedirá la presentación del Convenio de Liquidación, siendo el Liquidador responsable, frente a los acreedores y demás interesados, por los efectos que hubiese ocasionado su demora. La presentación de copias certificadas del Convenio de Liquidación suspenderá la ejecución de todos los procesos judiciales, arbitrales y administrativos, incluidos los ejecutivos y coactivos, que se dirijan contra el patrimonio del insolvente, y cuya prestación sea el de cobro de créditos. Asimismo, a partir de la presentación de dicho Convenio de Liquidación se suspenderá la ejecución de los embargos y las demás medidas cautelares que sean incompatibles con lo dispuesto en éste. La suspensión dispuesta en el párrafo anterior no aplica a las etapas del proceso destinadas a determinar la existencia, origen, cantidad o monto de créditos frente al insolvente, las mismas que continuarán en trámite hasta que la resolución final quede consentida. Luego de lo cual la ejecución será suspendida quedando permitida a lo establecido en el párrafo anterior. Concluida la etapa de determinación de los créditos, los expedientes correspondientes deberán ser entregados a la Comisión a fin de que ésta disponga la inscripción de los acreedores a la Junta de Acreedores. La Comisión solamente podrá pronunciarse

lo que éste argumento, en nuestra opinión, carece de validez alguna.

En nuestra modesta opinión, el artículo 64^º no pretende suspender las ejecuciones destinadas al cobro de la deuda post concursal, ya que a ésta no se le aplica ninguna disposición del TUO debido a que el artículo 38^º las ha excluido del proceso, sino que, la suspensión establecida en el artículo 64^º se aplica a aquellos créditos concursales que habiéndose devengado antes de la "fecha de corte" no se encontraban vencidos¹⁵ y, por tanto, no eran exigibles contra el deudor a la fecha en que fue declarado insolvente.

No hay que olvidar que los créditos concursales son todos aquellos créditos del deudor insolvente devengados hasta la "fecha de corte", y para que éstos sean sometidos al concurso no es necesario que se encuentren vencidos o que sean exigibles¹⁶. Por tanto, un crédito que no se encontraba vencido antes de la "fecha de corte" no era exigible contra el deudor, por lo que, existe una imposibilidad material de aplicarle la suspensión a que hace referencia el artículo 17^º del TUO, ya que el acreedor de dicho crédito mientras el mismo no éste vencido esta impedido de accionar contra su deudor a fin de exigir su pago o ejecutar su patrimonio ya que su crédito es aún inexigible. Sin embargo, en el caso de créditos que se han devengado pero que no han vencido antes de la "fecha de corte", y luego de la "fecha de corte" vencen o vencen durante el inicio del procedimiento de liquidación, entonces ha dichos créditos, que se han hecho exigibles después de la "fecha de corte", se les aplicaría la suspensión del artículo 64^º ya que la del 17^º era imposible de aplicársele. Esa en nuestra opinión, sería la razón de ser del artículo 64^º del TUO aun cuando en realidad creemos que tal artículo sobra.

Sostener lo contrario nos llevaría a admitir que la Ley concursal contiene una seria contradicción entre lo dispuesto en los artículos 38^º y 64^º, ya que el primero de ellos excluye del ámbito de aplicación del TUO a los créditos devengados después de la "fecha de corte" y el segundo los incluiría pese a haber sido excluidos anteriormente. Además de ello, la Ley contendría dos artículos que regularían lo mismo, es decir, la suspensión de la ejecución del patrimonio del deudor, como son el 17^º y el 64^º.

sobre aquellos elementos respecto de los cuales la autoridad jurisdiccional, arbitral o administrativa no hubiese fijado el monto definitivo. Sin embargo, para el pronunciamiento de la Comisión sobre las costas y costas del proceso, se requiere del pronunciamiento previo de la autoridad jurisdiccional.

En ese sentido, la suspensión dispuesta en el presente artículo no podrá afectar las atribuciones de la autoridad judicial para continuar con el proceso en trámite hasta emitir pronunciamiento final, de conformidad con los principios y derechos de la acción jurisdiccional establecidos en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Sin perjuicio de ello, una vez emitido el pronunciamiento final, la autoridad que conoce del trámite deberá suspender cualquier medida de ejecución del patrimonio del deudor, teniendo en consideración la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones a que se refiere el artículo 16 de la presente ley y lo establecido en el Convenio de Liquidación, el liquidador deberá publicar en el Diario Oficial El Peruano y en otro diario de circulación en la provincia en la que se tramita el procedimiento, un aviso haciendo público el inicio de la disolución y liquidación de la empresa.

En caso de incumplimiento por parte del obligado, cualquier interesado podrá tramitar el procedimiento a que se refiere el presente artículo.

Artículo 67^º - EFECTOS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONVENIO. - Son efectos inmediatos de la celebración del Convenio de Liquidación, los siguientes:

1) Produce un estado indivisible entre el insolvente y sus acreedores, que comprende todos los bienes y obligaciones de éste, aun cuando dichas obligaciones no sean de plazo vencido, salvo los bienes y obligaciones que la ley expresamente exceptúa.

Hay que recordar que para efectos del reconocimiento de los créditos, no es necesario que éstos se encuentren vencidos bastando únicamente que se hayan devengado antes de la declaración de insolvencia del deudor, tal como lo dispone el artículo 22^º de la Ley.

Artículo 1^º - DEFINICIONES. - Para efectos de la aplicación de las normas de la presente ley, se tendrá en cuenta las definiciones siguientes:

Acreedor - ()

Luego de la declaración de insolvencia, para efectos de ser considerado acreedor con derecho a participar en el procedimiento se requerirá que el crédito correspondiente sea exigible y bastará que haya sido reconocido por la Comisión.

Los defensores de esta teoría no se han detenido a explicar, y ni siquiera han analizado, algunos aspectos que resultan trascendentales y los cuales pasaremos mencionar. Si de acuerdo a esta teoría a los créditos post concursales se les aplica las disposiciones del TUO en caso de liquidación, y el pago de los mismos deberá realizarse, ya no ha su vencimiento como lo ordena el artículo 36^o, sino, de acuerdo a la prelación establecida en el artículo 24^o; entonces cabría hacerse las siguientes preguntas: ¿Por qué los acreedores por dichos créditos (post concursales) no pueden votar en las Juntas de Acreedores que se celebren luego de su inclusión al procedimiento?; ¿Por qué habiendo sido incluidos en el procedimiento deben estar sometidos al voto de otros acreedores que también están sometidos al procedimiento, pero cuyo crédito se devengó antes de la "fecha de corte"?; ¿Por qué los créditos devengados hasta la "fecha de corte" tienen mayores derechos (voz y voto en la Junta) que los créditos devengados después de la "fecha de corte", cuando ambos son incluidos al procedimiento?; ¿Si la aprobación y suscripción del Convenio de Liquidación genera una nueva "fecha de corte", por qué no es posible incluir en el procedimiento a los créditos post concursales?; y finalmente, ¿Pueden ser reconocidos los créditos devengados después de la "fecha corte" una vez que son sometidos a las disposiciones del TUO?

Las respuestas a estas preguntas son a nuestro juicio vitales para sustentar una teoría como la indicada y mientras ellas queden sin respuestas tal teoría, en nuestra opinión, no es completa y menos sustentable, ya que sólo analiza un aspecto del problema. Además, si esta teoría fuera cierta tendríamos acreedores sometidos a un mismo procedimiento (liquidación) pero con distintos derechos; por un lado, los acreedores concursales que pueden hacer reconocer sus créditos ante Indecopi, que tienen voz y voto en las Juntas de Acreedores y que tienen la facultad de decidir sobre los derechos de los acreedores post concursales; y por otro lado, los acreedores post concursales que no pueden hacer reconocer sus créditos ante Indecopi, no tienen voz y voto en la Junta de Acreedores de su deudor, y se encuentran sometidos a las decisiones que sobre el pago de sus créditos adoptaran los acreedores concursales.

Otra razón que a nuestro juicio sustenta la preferencia de pago de los créditos post concursales frente a los concursales, responde a que son los acreedores por créditos concursales los únicos facultados por el TUO a decidir el destino del patrimonio de la insolvente (Reestructuración o Liquidación), su régimen de administración o su liquidador, y por tanto son los acreedores por créditos concursales los únicos facultados a controlar cuál será el nivel de endeudamiento de créditos corrientes o post concursales, créditos éstos últimos que además se toman en su beneficio. Por tanto, desde nuestro punto de vista, siendo los acreedores concursales los únicos que tiene el poder de controlar el nivel de endeudamiento de la empresa en liquidación, no resulta lógico que habiendo la administración elegida por ellos endeudado a la insolvente con créditos post concursales que no puede pagar a su vencimiento, sean los acreedores de éstos últimos créditos quienes se subordinen en el pago respecto de los acreedores concursales, cuando los acreedores post concursales no tienen la capacidad para tomar ninguna decisión sobre la empresa y sus administradores.

3. Posición de las Comisiones de Indecopi

El tema que nos ocupa, no había sido materia de pronunciamiento por parte del Indecopi y sus Oficinas Delegadas; sin embargo, en el año 2001, tomamos conocimiento de una serie de resoluciones emitidas por las distintas Comisiones al respecto. Entre dichas resoluciones, vale la pena citar la Resolución N° 728-2001/

CRP-ODI-UL, la Resolución N° 1801-2001/CRP-ODI-CCPL y la Resolución N° 3413-2001/CRP-ODI-CCPL, la misma que a continuación pasamos a transcribir en parte por considerar que el criterio aplicado por la Comisión concuerda con lo establecido por la doctrina mayoritaria y con lo señalado en este trabajo.

El artículo 38º del Derecho Legislativo N° 845 (...), ha definido cuáles son los créditos que quedan sujetos al régimen que supone la insolvencia:

"Artículo 38º: CRÉDITOS COMPRENDIDOS EN LOS PROCEDIMIENTOS.

Quedarán sujetos a los procedimientos de reestructuración patrimonial, disolución y liquidación y concurso de acreedores, los pasivos del deudor insolvente por conceptos de capital, intereses y gastos devengados hasta la declaración de insolvencia".

Las deudas derivadas de los actos posteriores a las fechas mencionadas en el párrafo anterior, serán pagadas en forma regular a su vencimiento, no siendo de aplicación en estos casos los artículos 16º y 17º de la presente Ley.

Como lo precisa la propia norma, sólo se encuentran sujetos a los procesos concursales, los pasivos del insolvente devengados hasta la declaración de insolvencia. Las deudas derivadas de actos posteriores a dicha actuación, serán pagadas en forma regular a su vencimiento, sin necesidad de un pronunciamiento de la autoridad concursal como en el caso de los créditos involucrados en el proceso y, en consecuencia, no siendo de aplicación a las mismas las medidas de protección al patrimonio, tales como la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, la suspensión de la ejecución de determinadas medidas cautelares, la nulidad de determinadas medidas cautelares, la nulidad de determinados acuerdos que reducen el patrimonio del insolvente, entre otros.

En tal sentido, cuando la norma señala que estas deudas deben ser pagadas en forma regular a su vencimiento, no está reconociendo sino el carácter "superprivilegiado" de los créditos post concursales por sobre los créditos concursales.

Cabe señalar que nuestra ley no es explícita en cuanto a la justificación y fundamento de este carácter y de la distinción entre los créditos concursales y los post concursales. Sin embargo, de una revisión de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 845, se advierte claramente que la opción de política legislativa que trasluce nuestra ley ha sido la de priorizar el pago de estos últimos por sobre los concursales. En efecto, en dicho documento se señaló lo siguiente:

"Respecto de los créditos comprendidos en los procedimientos se introducen precisiones de tal manera que quede claro que estos son, en todos los casos, los devengados hasta la fecha en que se declara la insolvencia del deudor. Bajo este mecanismo contemplado en los artículos 38º y 55º, se entiende que los créditos devengados a partir del día siguiente de dicha fecha deben ser considerados como créditos frente al proceso y, por lo tanto serán pagados en forma preferente, con anterioridad a los créditos incorporados en el procedimiento (Art. 38º y 55º)." (el subrayado es nuestro)

La doctrina también es clara en este aspecto. La opinión de los autores se inclina por reconocer como créditos preferentes a aquellos nacidos durante el desahucio del proceso concursal, también denominados créditos contra la masa o predecucibles, respecto de las deudas en la masa o del insolvente. Así, Emilio Beltrán

al reseñar las características de los créditos del primer tipo, señala lo siguiente:

"Evidentemente, la calificación de los créditos prededucibles (...) como créditos preferentes obliga a distinguirlos de los créditos privilegiados (...); de una parte, los créditos prededucibles no se sujetan al procedimiento de examen y reconocimiento (...) característico de los créditos concursales, incluidos los privilegiados (...); de otra, los créditos prededucibles son satisfechos antes que los créditos concursales aún dotados de privilegio (...). No es necesario esperar la liquidación del activo para satisfacer los créditos prededucibles: éstos deben ser satisfechos a medida que vencen, con total independencia de la marcha del procedimiento y fuera de él. Las diferencias de régimen mencionadas (...) obedecen en definitiva a la consideración de las deudas de la masa como deudas extraconcursoales: deudas a las que no afecta la existencia de un procedimiento concursal".¹⁷

Asimismo, como más adelante señala dicho autor:

"(...) una de las características de las deudas de la masa es el derecho de prededución, entendido como la preferencia de los acreedores de la masa sobre los concursales (quirografarios y privilegiados), que se traduce, en realidad, en el derecho a no sufrir el concurso con los otros y originarios acreedores del quebrado, de modo que la realización de su crédito queda fuera de la finalidad típica del procedimiento concursal. Se trataría, en consecuencia, de una especie de superprivilegio, puesto que las deudas de la masa se colocan en el primer puesto en el reparto, o bien antes del reparto propiamente dicho entre los acreedores del quebrado (...)

Desde esta perspectiva (...) las deudas de la masa (...) se satisfacen antes que las deudas del quebrado porque la masa debe liberarse de sus propias obligaciones antes de repartirse entre los acreedores del quebrado (...) del mismo modo que, en caso de liquidación, el patrimonio social no puede repartirse entre los socios hasta tanto no hayan sido satisfechos los acreedores sociales".¹⁸

De todas estas consideraciones, esta Comisión concluye que para el caso de las deudas post concursales, no rige el principio de colectividad que supone el establecimiento de prioridades para el cobro de las deudas contraídas por el insolvente con anterioridad a su declaración de estado de insolvencia, pues se entiende que estos créditos benefician a la masa y, por tanto, son créditos frente a ella, cuya exigibilidad escapa de los alcances de las normas concursales.

Esa es también la razón que explica porqué a los titulares de estos créditos no les está prohibido exigir el pago inmediato de su deuda vencida, ni le son oponibles las decisiones que puedan adoptarse en Junta de Acreedores respecto al patrimonio del insolvente, a diferencia de los que sucede con los acreedores concursales.

Ahora bien, debe señalarse que esta característica de los créditos post concursales no varía en función al tipo de decisión sobre el destino del patrimonio que adopten los acreedores. Tanto las deudas nacidas durante el desarrollo de un proceso de reestructuración patrimonial como de un proceso de disolución y liquidación, son deudas que deben pagarse a su vencimiento, conforme a las condiciones pactadas al momento de constituirse la obligación.

¹⁷ BELTRAN, Enriko. "Las Deudas de la Masa". Obitorio, Publicaciones del Real Colegio de España, 1996, p. 295.
¹⁸ Ibídem, pp. 299-301.

Lo anterior se explica en el hecho del desapoderamiento que se da al momento de instalarse la Junta de Acreedores, constituyéndose esta última en el principal órgano societario de la empresa insolvente y sobre la cual recaen las consecuencias de las nuevas relaciones jurídicas patrimoniales entabladas por el administrador o liquidador designados por la propia Junta.

Desde luego, lo anterior no impide que el acreedor concursal que mantenga también deuda post concursal frente a la insolvente acepte que su deuda corriente sea pagada después o conjuntamente con su deuda concursal, pues ello está dentro de la autonomía de la voluntad de los acreedores.¹⁹

La existencia de créditos post concursales no significa tampoco que el pago de los mismos no quede eventualmente sujeto a las preferencias establecidas en la legislación extraconcursal. Sin embargo, ni la Comisión ni la Junta de Acreedores cuenta con facultades para regular el pago de dicha deuda. Las preferencias no concursales rompen el principio de colectividad y, por tanto, su aplicación concierne únicamente al insolvente y al acreedor post concursal que así lo acuerde.

En ese sentido, puede concluirse que en los casos de procesos de disolución y liquidación de empresas, el liquidador deberá pagar la deuda concursal, representada en los créditos reconocidos por la Comisión e, incluso, en aquellos que no hubieran sido reconocidos pero que se encontrarán pendientes de cancelación al momento de cierre de la liquidación, en el orden de prelación previsto en el artículo 24 de la Ley de Reestructuración Patrimonial, conforme lo obliga el artículo 78 del mismo dispositivo legal²⁰, debiendo adicionalmente, pagar cualquier tipo de deuda post concursal a su vencimiento.

4. El proyecto de Ley General del Sistema Concursal

No queremos terminar este punto sin hacer una breve mención de lo que al respecto señala el proyecto de Ley General del Sistema Concursal.

El artículo 17º del proyecto de ley en su punto 17.3 señala que: *"En los procedimientos de disolución y liquidación serán susceptibles de reconocimiento los créditos generados con posterioridad a la fecha en que se efectúa la publicación establecida en el artículo 33º"*. Dicha publicación es la que efectúa semanalmente Indecopi en el Diario Oficial "El Peruano" con el fin de difundir el listado de deudores que han quedado sometidos a los procedimientos concursales.

¹⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 65º del TUO, el inciso que establece lo siguiente: "La incorporación al proceso de reestructuración de créditos derivados de actos posteriores a la decisión sobre la continuación de actividades de la empresa sustraídos respecto del titular de los créditos que hubiere manifestado su consentimiento para tal efecto".

²⁰ Artículo 78. - PAGO DE LOS CRÉDITOS POR EL LIQUIDADOR - El liquidador está obligado a pagar los créditos debidamente reconocidos por la Comisión conforme al orden de prelación establecido en el artículo 24º de la presente Ley hasta donde alcance el patrimonio del insolvente (...).

Aquellos créditos que fueren reconocidos por la Comisión después de que el liquidador ya hubiere cumplido con cancelar los créditos del orden de preferencia que se le hubiere atribuido, serán pagados inmediatamente, luego de lo cual el liquidador continuará pagando los créditos del orden de preferencia que en ese momento se encuentre cancelando.

Cuando se hayan pagado todos los créditos, el liquidador deberá entregar a los accionistas o socios del insolvente los bienes sobrantes de la liquidación y el remanente si los hubiere.

Si luego de realizar los pagos correspondientes, se odiquiera patrimonio de la empresa quedando acreedores pendientes de ser pagados, el liquidador deberá solicitar en un plazo no mayor de treinta días de la declaración judicial de quiebra de la empresa, de lo que dará cuenta la Junta, sin necesidad de reunión para tal efecto.

En caso de que al momento de cierre de la liquidación el liquidador tenga pendiente de cancelación créditos registrados en los libros de la empresa que no hubieren sido reconocidos por la Comisión, estos deberán ser pagados después de todos los créditos reconocidos por la Comisión, de acuerdo al orden de preferencia establecido en el artículo 24º de la presente ley, consignándose en el Banco de la Nación los fondos correspondientes a disposición de sus legítimos titulares, cuando su domicilio no fuere conocido.

En todo caso, los pagos se harán a cuenta de estos mismos.

De otro lado, el proyecto de ley en su artículo 74º punto 7.4 señala que: *“Conforme a lo establecido en el artículo 17.3 con el acuerdo de disolución y liquidación se genera un fuero de atracción concursal de todos los créditos, debiendo incluso, los titulares de créditos generados con posterioridad a la fecha establecida en el artículo 33, presentar sus solicitudes de reconocimiento de crédito, para efectos de su participación en la Junta y su cancelación en el procedimiento de ser el caso”.*

Como es evidente, por lo que hemos indicado a lo largo de este trabajo, nos encontramos en total desacuerdo con lo establecido en el proyecto de ley y pensamos que lo único que generará la inclusión de los créditos post concursales a los procedimientos de liquidación será el encarecimiento del crédito para los deudores sometidos a los procedimientos concursales bajo los términos regulados en el proyecto de ley. No vamos a explicar aquí las razones de nuestra posición ya que fueron expuestas anteriormente y de manera amplia en el título III y en especial en los numerales 1 y 2 de este trabajo.

También creemos que el problema del encarecimiento del crédito no se resuelve porque el proyecto de ley otorgue a los acreedores de créditos post concursales la posibilidad de hacer reconocer su crédito, y con ello la posibilidad de participar con voz y voto en la Junta de Acreedores de su deudor cuando son incluidos en el procedimiento concursal. Ello lo único que hace es igualar los derechos de todos los acreedores que son incorporados al procedimiento, lo cual es correcto si el proyecto de ley finalmente de aprueba, pero no resuelve ningún problema, sino que, generará nuevos y desconocidos problemas que habrá que solucionar.

A nuestro entender, lo correcto hubiese sido que el proyecto de ley establezca claramente la preferencia de pago del crédito post concursal sobre el concursal o viceversa y con ello terminar la discusión al establecer claramente la regla.

IV. PAGO DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES Y POST CONCURSALES EN UN PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL

Una vez determinado cuales son los créditos sometidos a los procedimientos concursales y establecido las razones para la preferencia en el pago de los créditos post concursales respecto de los concursales, resulta importante determinar cómo se deben efectuar los pagos de los créditos –incluyendo los post concursales– en un procedimiento de reestructuración patrimonial.

Los procedimientos de reestructuración patrimonial, parten de la base de que la empresa reestructurada es económica y financieramente viable y que en un determinado periodo de tiempo, previa medidas correctivas que se incorporaran al Plan de Reestructuración, la insolvente podrá cumplir con cancelar el íntegro de los créditos incorporados al procedimiento. Por tal razón, y sobre la base de que todos los acreedores verán satisfecho sus créditos, no se han regulado preferencias de pago, sino que, el pago de los créditos ha quedado a resultas de la negociación entre las partes, privilegiándose así la autonomía privada.

Así, por ejemplo en la Resolución N° 2557-2000/CRP-ODI-CÁMARA ha señalado lo siguiente:

“La norma no ha previsto limitaciones en el tratamiento que se le deba dar a la deuda concursal al momento de incorporarla al Plan de Reestructuración con relación al plazo en que ésta deberá ser necesariamente pagada. Es decir, la norma no limita

la posibilidad de que ciertos acreedores, por determinadas consideraciones, reciban un tratamiento diferenciado frente a otros acreedores y puedan obtener un recupero de sus créditos con anterioridad o ser beneficiados con tasas de interés mayores por ejemplo.

Dicha falta de limitación tiene por finalidad permitir la negociación entre el insolvente y sus acreedores en el ejercicio de su autonomía privada, con la finalidad de que se generen mutuos incentivos destinados a adoptar decisiones más eficientes que beneficien a los acreedores (principales perjudicados con la crisis de su deudor), al propio deudor y al mercado en general.

Uno de dichos incentivos puede estar referido, por ejemplo, a promover el otorgamiento de créditos al deudor concursado obteniendo como contrapartida un pronto recupero de las obligaciones concursales y el pago de interés con una tasa mayor a la de otros acreedores que no proporcionen créditos a la insolvente. Sostener lo contrario, es decir, que no se pueda dar un tratamiento diferenciado a los acreedores en atención a determinados parámetros objetivos como el señalado, *desincentivaría -por ejemplo en este caso- el otorgamiento de líneas de crédito a deudores insolventes*²¹.

No obstante que en la reestructuración patrimonial el pago de los créditos se efectúa de acuerdo a lo acordado por las partes; el TUO ha impuesto algunas limitaciones a la autonomía privada o a la capacidad de negociación, con el fin de proteger ciertos créditos, como los de origen laboral y tributario, y con el fin de evitar los posibles abusos que pudieran cometer los acreedores mayoritarios frente a los minoritarios quienes tienen menos poder de negociación y que por tal razón deberán someterse a lo que la mayoría establezca.

Así, respecto de los créditos de origen laboral el artículo 47^o ²¹ del TUO ha señalado que necesariamente los Planes de Reestructuración deben contemplar que de los fondos que se destinen al año para el pago de los créditos, por lo menos un 30% se asignará al pago de los créditos de origen laboral. Con ello se asegura que los trabajadores o ex trabajadores de la insolvente cobren sus créditos de manera preferente a los demás acreedores y que no puedan ser postergados en el cobro mientras otros acreedores vienen beneficiándose de él, cumpliéndose también con lo dispuesto en el artículo 24^o de la Constitución Política del Perú.

También como medida de protección del crédito de origen laboral el artículo 54^o del TUO ha establecido que en caso los Planes de Reestructuración contemplen la venta o transferencia de activos fijos²² de insolvente, el producto de lo obtenido por tales transferencias o ventas deberá distribuirse entre los acreedores preferentes, de acuerdo a los ordenes de prelación señalados en el TUO.

Como en los procedimientos de reestructuración patrimonial, no se aplican las preferencias de pago señaladas en el artículo 24^o del TUO, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 54^o pretende evitar que a través de la reestructuración patrimonial se disfraze una liquidación, cobrando sus créditos acreedores mayoritarios que gozan de una preferencia de pago menor que la de otros que son minoritarios.

²¹ Artículo 47^o.- CONTENIDO DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN.- (CUARTO PÁRRAFO).

"El programa deberá prever que, de los fondos que se destinen al año para el pago de los créditos, por lo menos un 30% se asignará al pago de las obligaciones laborales, salvo que el representante de dichos créditos declare esta preferencia. La decisión del representante deberá estar sujeta en publicaciones expresas de cada año de sus representados".

²² Hay que tener mucho cuidado con esta norma, ya que hace mención a la venta o transferencia de activos fijos y no de activos corrientes.

Asimismo, la norma del artículo 54^o busca que ante un eventual cambio de destino del patrimonio del insolvente de reestructuración a liquidación, los acreedores laborales tengan como cobrar sus créditos aún en el supuesto que durante el desarrollo del proceso de reestructuración la insolvente haya transferido sus activos.

Respecto de los créditos de origen tributario, el TUO en su artículo 50^o ha establecido que los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores son oponibles a los créditos de origen tributario en las mismas condiciones aplicables a la mayoría de los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos, que no mantengan vinculación con el deudor en los términos del artículo 5^o del TUO. Es decir que, el tratamiento que deberán tener los créditos de origen tributario no podrá ser menos ventajoso que el que se otorga a la mayoría de acreedores, podrá ser igual o mejor pero nunca menos ventajosos.

En ese sentido, el TUO ha dispuesto que para el tratamiento de los créditos de origen tributario se deberá tener presente necesariamente las condiciones siguientes:

a) Los créditos de origen tributario calculados hasta el momento del acuerdo de Junta no devengarán ni generarán moras, recargos ni multas por falta de pago.

b) La tasa de interés compensatorio de la reprogramación de créditos será la que la Junta apruebe para la mayoría de acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista mayor número de créditos reconocidos, que no mantengan vinculación con el deudor en los términos del artículo 5^o de la presente Ley.

c) El plazo de la reprogramación de los créditos no podrá exceder del plazo que sea aprobado para la mayoría de los acreedores incluidos en el orden de preferencia en el cual exista el mayor monto de créditos reconocidos, que no mantengan vinculación con el deudor en los términos del artículo 5^o de la presente Ley.

d) No serán capitalizados ni condonados los créditos.

Como mecanismos de protección de las minorías²³ se ha establecido en el artículo 49^o²⁴ del TUO dos reglas básicas que tienen que ver con la capitalización de créditos y con la condonación de los mismos. Resulta importante destacar que lo señalado en el artículo 49^o del TUO ha sido recogido en términos muy similares en el artículo 67^o²⁵ del Proyecto de Ley General del Sistema Concursal.

Con relación a la capitalización de créditos se ha establecido que: Los acuerdos de capitalización de acreencias no podrán dar lugar a la creación de acciones que establezcan derechos distintos entre los acreedores que capitalizan.

Esta norma trata de impedir que los acreedores mayoritarios acuerden capitalizar

²³ Con relación a tema de la protección de las minorías en los procedimientos concursales, se puede revisar: ADRUWZEN, Luis Carlos, "Los límites al poder de las mayorías en las Juntas de Acreedores", En: Revista "Los y la Verdad", año X N° 20.

²⁴ Artículo 49^o - CAPITALIZACIÓN Y CONDONACIÓN DE CRÉDITOS - Cuando la Junta acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titulares de la empresa podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente. Será nulo todo acuerdo de capitalización de créditos adoptado sin haber connotado a los accionistas, asociados o titulares de la empresa. Dicho connotación se hará en el mismo aviso de convocatoria a la Junta. Los acuerdos de capitalización o condonación de acreencias surtirán efectos respecto de la totalidad de acreedores únicamente cuando estos hayan sido aprobados por las mayorías establecidas en el primer párrafo del artículo 38^o de la presente Ley. El acuerdo de capitalización no dará lugar a la creación de acciones que establezcan derechos distintos entre los acreedores que capitalizan. En el caso de acuerdos de condonación, los accionistas que hubiesen votado en contra, no hubiesen asistido a la Junta o cuyos créditos no hubiesen sido reconocidos oportunamente, el acuerdo les será oponible en los mismos términos que a los acreedores que, habiendo votado a favor del acuerdo, resultan menos afectados.

las acreencias otorgándose acciones con mejores derechos que las que obtendría la minoría que también capitaliza. Así, por ejemplo la mayoría no podría capitalizar sus créditos otorgándose acciones con derecho a voto y establecer que determinado grupo de acreedores minoritarios recibirán por la capitalización de sus créditos acciones sin derecho a voto.

Con relación a los acuerdos de condonación de acreencias se ha establecido que: En el caso de acuerdos de condonación, los acreedores que hubiesen votado en contra, no hubiesen asistido a la Junta o cuyos créditos no hubiesen sido reconocidos oportunamente, el acuerdo les será oponible en los mismos términos que a los acreedores que, habiendo votado a favor del acuerdo de condonación, resulten menos afectados con el mismo.

Esta norma pretende evitar que los acreedores mayoritarios que no condonan obliguen a condonar parte o la totalidad de los créditos de los acreedores minoritarios. Así, para evitar ello, el TUO ha establecido que la condonación de créditos será oponible para aquellos acreedores que no votaron a favor de ella, (por estar en contra de tal acuerdo, no haber asistido a la Junta que la aprobó o estar imposibilitados de votar por no formar parte de la Junta), en los mismos términos en los que se ve afectado el acreedor que votando a favor de la condonación se ve menos perjudicado con ella.

Así, por ejemplo si un Plan de Reestructuración establece la condonación de determinado grupo de créditos y no de otros; entonces, aquel acreedor que encontrándose dentro del grupo de acreedores que estarían obligados a condonar pero que voto en contra de tal medida, no estará obligado a condonar ya que la condonación le es oponible en los mismos términos de aquel acreedor que votando a favor de la condonación se vio menos afectado con ella. En este caso, como existen acreedores que votaron a favor de la condonación y no están obligados a condonar, el acreedor minoritario que voto en contra de la condonación no deberá condonar absolutamente nada.

De otro lado, y con el fin de proteger a los accionistas o asociados de la insolvente respecto de los acreedores, el TUO ha previsto que en caso la Junta de Acreedores acuerde la capitalización de acreencias, se deberá convocar simultáneamente a la Junta de Accionistas para que estos ejerzan su derecho de suscripción preferente.

Esta disposición pretende evitar que los accionistas o asociados del insolvente pierdan su porcentaje de participación en la empresa con motivo de la capitalización de acreencias acordada, razón por la cual el TUO les otorga la posibilidad de ejercer su derecho de suscripción preferente. Asimismo, pretende evitar que los acreedores se hagan dueños de la empresa en contra de la voluntad de los accionistas o asociados de la misma.

Con excepción de las limitaciones señaladas, el pago de los créditos en un procedimiento de reestructuración patrimonial no está sujeto a preferencias establecidas por Ley, sino a la voluntad de las partes y al resultado de la negociación entre ellas, lo cual nos parece acertado, en la medida que permite generar incentivos

¹⁰ La diferencia entre el actual artículo 49° del TUO y el 67° del Proyecto de Ley está en que de acuerdo con este último, el derecho de suscripción preferente que tienen los accionistas o asociados de la insolvente no tiene que ser ejercido necesariamente en una Junta que ha sido convocada de manera simultánea con la convocatoria a Junta de Acreedores, sino que ya no será necesario la convocatoria simultánea a ambas juntas si se acredita mediante documento de fecha cierta la renuncia de los accionistas o asociados a ejercer su derecho de suscripción preferente.

que pueden redundar en beneficio de la insolvente, tal como se indicó en la Resolución anteriormente citada. Como se aprecia, el TUO en este caso no ha prohibido ningún tipo de mecanismo que, a criterio de los acreedores, sea necesario para promover la reestructuración de la empresa, para ello los acreedores tienen plena libertad para elegir y negociar cualquier mecanismo de reestructuración; "se busca que sean los propios interesados quienes, en ejercicio de su autonomía privada, fijen el contenido del Plan de Reestructuración y opten por el esquema que mejor se adecue a sus intereses, siempre que respeten las formalidades y normas de orden público previstas en la legislación".²⁶

Finalmente, respecto de los créditos post concursales, se mantienen plenamente vigente la disposición del artículo 38° del TUO, en el sentido que dichos créditos deberán ser pagados por el deudor de manera regular a su vencimiento, es decir de acuerdo a lo pactado al momento de contratar.

V. PAGO DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES Y POST CONCURSALES EN UN PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, para efectos de determinar un orden de pago de los créditos en el caso de liquidación, consideramos pertinente apoyarnos en la doctrina tanto nacional como extranjera.

Así, **Sobrevilla Enciso**²⁷, sobre el pago de los créditos en un procedimiento de liquidación ha señalado lo siguiente:

"El pago de los créditos debidamente reconocidos deberá hacerse con arreglo al Pto. 1° del art. 78°, esto es estrictamente en el orden prelativo establecido por el art. 24° de la Ley. Vale decir, que, en el Convenio de Liquidación, no puede estipularse modalidad distinta a la prescrita por la Ley. Sin embargo, existen, como vimos, ciertos créditos privilegiados, que gozan, frente a aquellos, de primera prioridad, debiendo por ello ser cubiertos antes que los créditos reconocidos y graduados por la Comisión. Tales créditos son, en primer término, los relativos a los gastos que demande la administración de la empresa en liquidación y el proceso liquidatorio mismo (pago de honorarios profesionales, como los que correspondan a Contadores, Abogados, Peritos, etc., concluidos los Liquidador; gastos por servicios técnicos o especializados, de cobranza, judiciales, etc.) por tratarse, como anotáramos en su momento de obligaciones del concurso. Estos gastos, de ordinario, se deducen, en primer momento, de los primeros ingresos o de los primeros productos que arroje la realización de los bienes; y en segundo lugar, los correspondientes a los Nuevos Acreedores, respecto de créditos adquiridos por la empresa (financiamiento, préstamos, inversiones, etc., con motivo de la Reestructuración que hubo derivado en un cambio de Destino: art.56°) con posterioridad a la declaración de su insolvencia (art. 38°, Pto. 2° y 55°) que, como acertadamente anota la Exp. De Mot. (Pto.VI, Nota 7, Pto. 3°), recogiendo la Doctrina al respecto, se trata de créditos súper privilegiados, o de créditos frente al proceso (concurso) que deben ser pagados en forma preferente, por cuanto estos créditos no son, como lo tiene establecido la Doctrina, créditos del deudor (Empresa) sino propios de la Masa Concursal (Concurso). Será pues así que, el Liquidador procederá a pagar, a los acreedores

²⁶ Resolución N° 3682-2011CORP-CDI-CAMARA.

²⁷ SOBREVILLA ENCISO, Tomás. "El proceso Concursal Pasivo: La Ley de Reestructuración Patrimonial". Pontificia Universidad Católica; Lima, 1999. Págs. 266 y 267.

²⁸ CERDA ALBERO, Fernando y SANCHO GARGALLO, Ignacio. "Curso de Derecho Concursal". Ed. Ciller 2009. Pág. 184.

reconocidos, en el orden establecido por el art. 24 de la Ley”.

Similar opinión tienen **F. Cerda e Ignacio Sancho**²⁸ quienes señalan que:

“Los arts. 913 y 914 Ccom no se refieren a los créditos de la masa, porque son acreedores extraconcursoales y deben ser satisfechos sin dilación por el depositario o los síndicos (art. 1357 LEC1818). Pero si el pago se hace en el momento del pago concursal, se les satisfará con absoluta prioridad, “prededuciendo” su importe del activo de la quiebra”.

Finalmente, **S. Satta**²⁹ refiriéndose a la distribución del producto de los bienes del quebrado (entiéndase liquidado) señala que:

“El orden de distribución está establecido por el artículo 111^º, que prevé tres categorías de acreedores, preferenciales la una respecto de la otra: 1) los créditos por gastos de la quiebra, incluidos los anticipados por el erario, y las deudas contraídas para la administración de la quiebra y la continuación autorizada del ejercicio de la empresa; 2) los créditos admitidos con derecho de prelación sobre cosas vendidas, según el orden asignado por la Ley; 3) los créditos quirografarios, en proporción al monto de cada uno de ellos”.

Al respecto y por lo expuesto en el presente trabajo, queda claro que nos encontramos plenamente de acuerdo con lo señalado por la **“Exposición de Motivos”** del TUO con relación al artículo 38^º que establece la preferencia de pago de los créditos post concursales sobre los concursales. No obstante, a nuestro entender habría que considerar una excepción a la preferencia de pago de los créditos post concursales, y es la relativa al pago preferente de los créditos de origen laboral (concursoales o no) respecto de los créditos post concursales en general: ello en razón de lo establecido en el artículo 24^º 30 segundo párrafo de la Constitución Política del Perú que otorga **absoluta** preferencia de pago a los créditos de origen laboral sobre cualquier otra obligación del empleador.

En nuestra opinión, como la Constitución Política del Perú establece de forma expresa la preferencia de pago de los créditos de origen laboral sobre cualquier otra obligación del empleador, sin distinguir si los créditos de origen laboral a los que hace referencia son concursales o post concursales, creemos que no existe motivo para que distingamos donde la propia Constitución no distingue, por lo que, la preferencia de pago de los créditos de origen laboral establecida en la Constitución es absoluta y aplicable tanto a los créditos de origen laboral concursales como a los no concursales.

De esta forma, en nuestra opinión, en un proceso de liquidación bajo las normas del TUO el pago de los créditos concursales debidamente reconocidos por la Comisión como el de los post concursales debería realizarse de la siguiente manera:

²⁸ SÁTTA-Santoro, “Instituciones del Derecho de Quiebra”. Ed. Jurídicas Europa-América. Pág. 138.
²⁹ Artículo 24^º.- Constitución.

()

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. (El subrayado y resaltado es nuestro)

1. Se pagan todos los créditos de origen laboral sean estos concursales o post concursales a prorrata.³¹

2. Luego se pagan todos los demás créditos post concursales o corrientes.

3. Una vez pagados todos los créditos corrientes se pagarán los créditos de segundo orden de prelación a prorrata entre los acreedores de la clase.³² Sin embargo, ello sólo se aplica a la liquidación de las personas naturales, ya que sólo en ese caso existen créditos de origen alimentario.

4. Pagados todos los créditos de segundo orden, se pagarán los créditos de tercer orden, los mismos que serán cancelados únicamente con el producto obtenido por la transferencia del bien que garantizaba el crédito.

5. Si quedaran bienes luego de pagar los créditos de tercer orden se pagan los créditos de cuarto orden de prelación a prorrata³³ entre los acreedores de la clase.

6. Por último si quedaran aún bienes o dinero luego de pagar los créditos de cuarto orden se pagan los del quinto orden según su antigüedad y si tienen la misma antigüedad se pagan primero aquellos que constan en un registro de acuerdo al orden en que han sido inscritos y si no se puede establecer la antigüedad se pagan a prorrata.

7. Si aún quedarán bienes o dinero se pagarán los créditos concursales no reconocidos por la Comisión que se encuentren registrados en los libros de la empresa.

8. Finalmente, si después de cancelar el íntegro de los créditos quedará un remanente o bienes estos deberán ser entregados a los accionistas o socios de la insolvente.

Es importante tener presente que los créditos de un orden anterior excluyen a los créditos de un orden posterior. Lo que significa en pocas palabras que, para poder pagar un crédito de segunda prelación el liquidador deberá haber cumplido con cancelar el íntegro de los créditos de primera prelación, y así sucesivamente hasta agotar el patrimonio del insolvente.

Como se podrá apreciar el motivo de la prorrata³⁴ establecida para el primero, segundo y cuarto orden no es otro más que dar a todos los acreedores de dichos órdenes de prelación el mismo derecho de cobrar en caso los bienes a ser liquidados no alcancen para cubrir los créditos de todos ellos.

Así, por ejemplo, si los acreedores laborales en su conjunto tienen créditos por

³¹ Habría que indicar que el Proyecto de Ley General del Sistema Concursal en su artículo 86^o ha eliminado la prorrata para el pago de los créditos de origen laboral, debiendo pagarse estos créditos en partes iguales. Aun cuando la Exposición de Motivos del proyecto de Ley no señale nada al respecto, creemos que el motivo de esta modificación ha sido el de corregir una situación que se venía dando y de ese modo evitar que los acreedores laborales vinculados al deudor, los gerentes de las empresas, o aquellos que ocupan cargos gerenciales y/o directivos no sean los únicos o los más beneficiados con los pagos efectuados por el liquidador, ya que en estos últimos, por lo general, tienen el mayor porcentaje de deuda laboral, y por tanto quienes se benefician mayormente de la prorrata en perjuicio de aquellos acreedores de origen laboral que no tienen vinculados alguna con el deudor o no han ocupado cargo directivo o gerencial alguno.

La nueva fórmula planteada es en nuestra opinión justa ya que permitirá a todos los acreedores laborales cobrar una misma cuota sin importar el porcentaje de su crédito respecto de los demás acreedores de la clase.

En el caso de los créditos de segundo orden el proyecto de Ley General del Sistema Concursal en su artículo 88^o ha mantenido el criterio de la prorrata.

En este caso el artículo 86^o del proyecto de Ley General del Sistema Concursal también mantiene el criterio de la prorrata.

³² Resulta interesante resaltar que el proyecto de Ley General del Sistema Concursal en su artículo 88^o punto 88.4 define a la prorrata como la "distribución proporcional al porcentaje que representan los créditos dentro del total de créditos de un orden de prelación".

100 y la masa a liquidar alcanza a 80; entonces todos ellos cobrarán a prorrata hasta por 80, y los demás acreedores de las distintas clases se quedarán sin cobrar, debiendo el liquidador en ese caso solicitar la quiebra de la empresa; pero si los créditos laborales en su conjunto suman 100 y el producto obtenido luego de liquidar la masa alcanza a 200; entonces el liquidador pagará todos los créditos laborales y con el resto pagará a prorrata los créditos de segundo orden suponiendo que no existen créditos post concursales por pagar; si aún quedaran bienes por liquidar se pagarán los créditos de tercer orden pagando a cada acreedor su crédito con el producto de la venta del bien que garantiza el mismo y no con el producto de la venta de otro bien no afecto al pago de su crédito. Si se vende un bien afecto al pago de un crédito de tercer orden y el producto obtenido no alcanza para cancelar el íntegro de crédito garantizado, entonces la parte no cubierta pasa al quinto orden y si luego de la venta del bien afecto al pago de un crédito éste es cancelado y quedara un remanente, dicho remanente pasa a pagar los créditos de cuarto orden a prorrata entre los acreedores de la clase; si aún quedarán bienes por liquidar entonces se pagarán los créditos de quinto orden según su antigüedad y así hasta agotar los bienes de la masa a ser liquidada.

Finalmente, si quedarán activos por liquidar o luego de la liquidación quedara un remanente, éste deberá ser entregado a los accionistas o socios de la insolvente de acuerdo a su porcentaje de participación en el capital social.

En otras palabras, en una liquidación se deberán pagar primero todos los créditos laborales post concursales y concursales (por excepción del artículo 24° de la Constitución), luego los créditos post concursales o corrientes (cualquier sea su origen, comerciales, financieros y tributarios y los gastos propios del procedimiento de liquidación). Seguidamente se deberán pagar los créditos concursales debidamente reconocidos por la Comisión, de acuerdo al orden de prelación establecido en el artículo 24° del TUO, pero teniendo en cuenta que, como ya fueron cancelados los créditos laborales en forma "superpreferente", corresponderá pagar a aquellos créditos de origen alimentario en caso de insolvencia de personas naturales, luego los créditos que se encuentran garantizados con activos del patrimonio del deudor insolvente, así como aquellos créditos que cuentan con medidas cautelares que recaigan sobre los activos que conforman el patrimonio del insolvente; posteriormente se pagará a los créditos de origen tributario y por último a cualquier otro crédito no contemplado anteriormente, de acuerdo a su antigüedad, si tienen la misma antigüedad se paga primero el que consta inscrito en algún registro y si no puede establecerse la antigüedad se pagan a prorrata.

Luego de pagar todos los créditos concursales debidamente reconocidos por la Comisión, se deberán pagar aquellos créditos concursales no reconocidos por la Comisión pero que consten registrados en los libros de la empresa.

Igualmente, debemos tener en cuenta que si bien el artículo 78° del TUO establece que el liquidador está obligado a pagar los créditos debidamente reconocidos por la Comisión conforme al orden de prelación del artículo 24° y hasta donde alcance el patrimonio del deudor insolvente, dicha norma se refiere lógicamente al pago de los créditos sometidos al procedimiento de liquidación, y no limita las facultades del Liquidador (como representante de la empresa en liquidación) a que efectúe el pago de los créditos post concursales o corrientes conforme lo expuesto.

No queremos terminar el tema del pago de los créditos en un procedimiento de liquidación sin hacer una breve reflexión sobre algunas cuestiones que se suscitan

en casi la totalidad de liquidaciones que se llevan a cabo al amparo de lo dispuesto en el TUO.

Si bien es cierto que los créditos post concursales deben ser pagados de manera regular a su vencimiento y que tienen preferencia de pago sobre los créditos concursales, y que los créditos de origen laboral (concurales o no) tienen preferencia de pago sobre los créditos post concursales; el tema de cómo deben pagarse los créditos laborales y post concursales en un procedimiento de liquidación no es tan sencillo de resolver, y existen como hemos visto al respecto distintas posturas.

La primera pregunta que surge entonces es la siguiente: **¿Con qué dinero o bienes del patrimonio del insolvente debería el liquidador pagar los créditos laborales y los post concursales o corrientes?**

Somos de la opinión que el liquidador debería pagar los créditos laborales y post concursales con los fondos (dinero) que en ese momento tenga la empresa y de no ser así, con el producto obtenido por la venta de los bienes libres, entendiendo como bienes libres aquellos bienes de la insolvente sobre los cuales no pesa ningún embargo, carga y/o gravamen a favor de algún acreedor.

Luego de lo dicho surge la siguiente pregunta: **¿Agotados los fondos y los bienes libres del patrimonio del insolvente y quedando aún créditos corrientes y laborales por cancelar, qué debería hacer el liquidador o que bienes debería afectar el liquidador para cancelar dichos créditos?**

En reiteradas oportunidades hemos señalado que los créditos post concursales o corrientes tienen preferencia de pago sobre los créditos concursales; no obstante ello, no podemos desconocer que los acreedores concursales que tienen constituidas en su favor garantías sobre bienes del patrimonio del insolvente gozan de un privilegio de pago de su crédito con el producto obtenido por la venta de los bienes que garantizan sus créditos. Así, lo establece expresamente el artículo 24º del TUO al señalar que: **“Los (créditos) del tercer orden se pagan con el producto de la transferencia de los bienes del insolvente afectados, bajo cualquier modalidad, al pago de dichos créditos”.**

Ello significa, en principio, que en un procedimiento de liquidación el liquidador **únicamente** podrá cancelar los créditos de tercer orden de prelación con lo obtenido por la transferencia del bien que garantiza el crédito; lo cual conlleva dos consecuencias:

1. Que el liquidador no puede pagar un crédito de tercer orden de prelación con fondos que no sean el producto de la transferencia del bien que garantiza el crédito.
2. Que el crédito de tercer orden de prelación solo será pagado hasta donde alcance el producto obtenido por la transferencia del bien afecto al pago del mismo; es decir que si el producto obtenido sólo alcanzó para pagar una parte del crédito, la parte no cubierta con el producto obtenido debería pagada en el quinto orden de prelación.

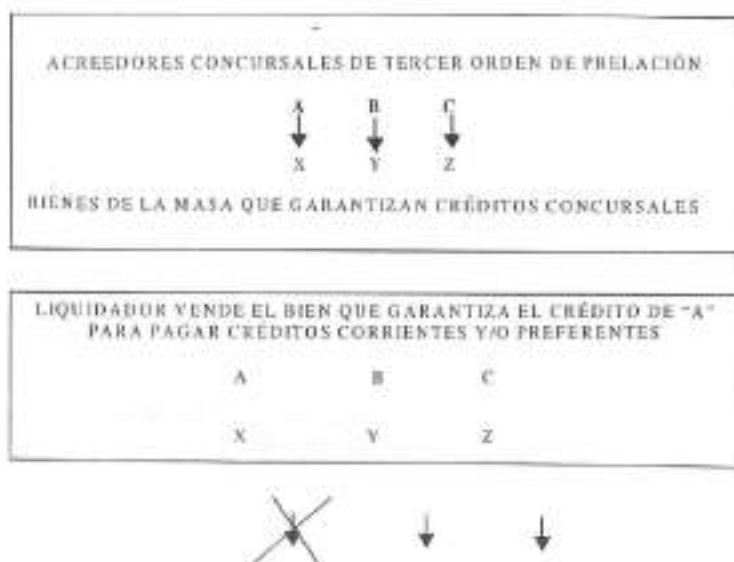
Por ello, si el liquidador vende o transfiere un bien gravado a favor de un acreedor concursal para pagar una deuda corriente, como por ejemplo la de SUNAT; ese acreedor concursal sólo podrá cobrar su crédito, con lo que reste del producto obtenido por la transferencia del bien que garantizó su crédito luego de que el liquidador haya

pagado el crédito corriente o en el peor de los casos, si no quedase nada luego de cancelar el crédito corriente el acreedor concursal habrá perdido su tercer orden de prelación y deberá cobrar el íntegro de su crédito en el quinto orden.³⁵

Por estas razones, es que opinamos que antes de que el liquidador afecte bienes que garantizan el pago de créditos concursales para pagar créditos corrientes y/o preferentes no garantizados, (el liquidador) primero deberá agotar los fondos que tenga la empresa y de no existir ellos deberá pagar los créditos corrientes y/o preferentes con el producto de la transferencia de los bienes libres.

Otro de los problemas que puede generarse si es que el liquidador estaría facultado a vender un bien del insolvente afecto al pago de un crédito concursal para pagar un crédito corriente y/o preferente, cuando existen otros acreedores concursales de tercer orden de prelación con créditos también garantizados con bienes del insolvente; es que aquel acreedor concursal que se ve afectado con la venta del bien que garantiza su crédito sea el único afectado con la pérdida de su garantía y, por ende, de su prelación, mientras que los otros acreedores de tercer orden sigan manteniendo su garantía y, por ende, también su prelación.

Así, por ejemplo, si tenemos tres acreedores concursales de tercera prelación "A", "B" y "C" que tienen sus créditos garantizados con distintos bienes del insolvente "X", "Y" y "Z" respectivamente, y el liquidador decide vender el bien "X" que garantiza el crédito del acreedor "A" para pagar créditos laborales. Entonces, el acreedor "A" será el único que pierda su garantía y por consiguiente su tercer orden de prelación, pasando por ello a cobrar su crédito en el quinto orden, lo cual le genera un perjuicio y representa una situación injusta respecto de él con relación de los demás acreedores concursales de tercera prelación que no pierden su garantía y su derecho de cobro en el tercer orden. Lo expresado se refleja gráficamente del siguiente modo:



³⁵ Otro ejemplo de ello se da cuando por alguna circunstancia se pierde o se destruye el bien que garantiza un crédito concursal; en ese caso, como el acreedor de tercer orden únicamente puede cobrar su crédito con el producto obtenido por la transferencia del bien afecto al pago del mismo, si este (el bien dado en garantía) se pierde o destruye, el acreedor garantizado pasará a cobrar en quinto orden de prelación, ya que no existió bien a transferir o vender.

"A": Pierde su tercera prelación pasando a cobrar su crédito en quinta prelación o cobra en tercera prelación con lo que resta del producto obtenido por la venta del bien luego de cancelado el crédito corriente y/o preferente cobrando la diferencia en quinto orden.

"B" y "C": Contrariamente a lo que sucede con "A" mantienen su garantía y por consiguiente su tercer orden de prelación.

En ese supuesto cabría preguntarse: ¿Por qué el liquidador puede afectar a uno y no a otros o que derecho tiene el liquidador de pasar al quinto orden de prelación a un acreedor de tercer orden y no a los otros?

La situación antes descrita y graficada no tiene respuesta en la norma, pero apoya nuestra tesis de que el liquidador deberá pagar los créditos corrientes y/o preferentes con los fondos con que cuente la empresa o con los fondos que obtenga de la venta de los bienes libres o, en todo caso, de no existir más bienes libres y quedando créditos corrientes y/o preferentes por pagar; el liquidador no deberá afectar a un acreedor de tercer orden y a los otros no. En ese caso, creemos que una solución sería que el liquidador venda todos los bienes gravados y luego de ello pagar a todos los acreedores corrientes y/o preferentes; de modo tal, que se afecte a todos los acreedores de tercer orden por igual, haciendo que todos ellos asuman por igual o a prorrata el pago del pasivo corriente y/o preferente y no sólo uno de ellos.

Otra solución sería la regulada en los artículos 42° punto 42.1 y 89° proyecto de Ley General del Sistema Concursal. Según dichos artículos, que a continuación transcribiremos, el tercer orden de prelación no se perdería porque el liquidador transfirió el bien que garantizaba el crédito del deudor, sino que éste (el deudor) mantendría su prelación hasta el monto obtenido por la venta o transferencia del bien que garantiza su crédito.

Cuando todos los bienes que garantizaban créditos de tercer orden hayan sido realizados para cancelar créditos de órdenes de preferencia anteriores, éstos créditos se pagan al interior del respectivo orden de preferencia a prorrata, entre todos los créditos reconocidos de dicho orden²⁰.

"Artículo 42°.- ORDEN DE PREFERENCIA.-

42.1 (...)

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants, derecho de retención²¹ o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido ordenada o trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 33°. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas 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.

²⁰ Ver Exposición de Motivos del proyecto de Ley General del Sistema Concursal.

²¹ La mención expresa al derecho de retención es una inclusión aclarada en nuestra opinión del proyecto de Ley General del Sistema Concursal, ya que el artículo 24° del TUO no hacía mención expresa a este derecho real de garantía con lo que surgía siempre la discusión de si era o no un derecho que otorgaba tercera prelación.

Artículo 89°.- PAGO DE CRÉDITOS GARANTIZADOS.-

89.1 *Salvo que existan créditos preferentes pendientes de pago, para el pago de los acreedores de tercer orden se aplicarán los bienes que garantizan su créditos.*

89.2 *Los créditos correspondientes al tercer orden se pagan con el producto de la realización de los bienes del deudor afectados con garantía. Sin embargo, mantendrán dicho privilegio, considerando el rango que les corresponde, conforme lo establecido en el artículo 42°, si se realizan los bienes que los garantizan para pagar créditos de órdenes preferencia anteriores. En tal caso los créditos de tercer orden se pagarán a prorrata.*

89.3 *Cuando todos los bienes que garantizaban créditos de tercer orden hayan sido realizados para cancelar los de órdenes de preferencia anteriores, aquellos créditos se pagan al interior del indicado orden de preferencia a prorrata, considerando el rango de las garantías originalmente constituidas.*

89.4 *El pago a prorrata implica que el derecho de cobro de cada acreedor se determina en proporción al porcentaje que representa su crédito garantizado respecto del universo de acreedores con créditos igualmente respaldados por garantías."*

VI. REFLEXIÓN FINAL

Como señalamos al inicio, nuestra intención al escribir el presente artículo no era la de dar respuestas, sino la de iniciar un debate, a fin de buscar soluciones a algunas cuestiones que han generado problemas al aplicar las normas del TUO. Sin embargo, la reciente publicación del proyecto de Ley General del Sistema Concursal por parte del Indecopi, hace que algunas cuestiones aquí planteadas carezcan de sentido, ya sea porque han sido recogidas en el proyecto o porque no han sido tomadas en cuenta; no obstante, como aún el proyecto no es Ley, estamos convencidos que el tema tratado continuará generando dudas y discusiones, por lo que creemos que nuestras reflexiones al respecto serán de utilidad.

Finalmente, el tiempo nos ha ganado y no hemos podido analizar el proyecto de Ley General del Sistema Concursal como hubiésemos querido, por lo que pedimos disculpas.