

# La Colectivización de los Créditos Garantizados en los Procedimientos de Disolución y Liquidación Concursal: Revisando las Reglas de Distribución de los Recursos Provenientes de la Realización de Activos Garantizados

José Antonio Jiménez Chocano\*

*“En el presente artículo, el autor nos da un mayor alcance sobre las reglas de Distribución de los Recursos provenientes de la realización de activos aprontizados, abordando el tema de orden de relación de pagos y las garantías (hipotecarias), según lo señalado en la Ley N° 28709. Asimismo, también describe con ejemplos y supuestos el pago de los créditos garantizados en un procedimiento de disolución y liquidación al amparo de la Ley, mencionada, teniendo en cuenta la aplicación de la “Regla General” como de la excepciones a la misma.”*

*Las contradicciones no existen. Cuando usted crea que está afrontando una contradicción, revise sus premisas. Usted encontrará que alguna de ellas es la incorrecta. - Ayn Rand*

## 1. Introducción

Desde la vigencia de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 28709 (en adelante la “LEY”), el uso del sistema concursal peruano no se ha caracterizado por numerosos ni importantes procedimientos concursales, y mucho menos se ha distinguido por el inicio de importantes procedimientos de reestructuración patrimonial como sí ocurrió en la década pasada. Consideramos que tal reducción de procesos concursales y en especial de los procedimientos de reestructuración patrimonial, se debe a diversos factores como la ausencia de una crisis mundial que afecte al Perú (como lo fueron las crisis asiática, rusa y brasileña) así como al evidente crecimiento continuo de la economía peruana desde hace ya varios años y la consecuente mejor solvencia de los acreedores para soportar pérdidas, en especial de los acreedores bancarios. Pero si bien en toda economía de mercado, aun en crecimiento, los problemas y las crisis empresariales nunca están ausentes (pues no existe el “mercado perfecto” y pues no todas las crisis se generan por factores externos), la importante reducción de procedimientos de reestructuración patrimonial en el Perú también podría ser explicada en parte por contar con una ley concursal

con un sesgo en favor de las liquidaciones, permitiendo quizás el paso a reestructuraciones privadas, aunque estos últimos puntos no son materia de análisis en el presente artículo.

En conclusión, podría sostenerse que el reducido número de procedimientos concursales que se inician actualmente, no son con fines de reestructuración empresarial, sino de disolver y liquidar a los deudores; y ello es cierto, pues en tanto las reestructuraciones patrimoniales se han visto disminuidas de manera drástica en los últimos años, los procedimientos de disolución y liquidación sí han aumentado de manera considerable, predominando de manera casi absoluta en el mundo concursal peruano. Prueba de ello, es que de las estadísticas elaboradas por la Comisión de Procedimientos Concursales y publicadas en la páginas Web de INDECOPI, se indica que desde el año 2006 hasta septiembre del 2007, de las 270 decisiones que las Juntas de Acreedores adoptaron respecto al destino del deudor, el 97% ha sido por los últimos años, los procedimientos de disolución y liquidación sí han aumentado de manera considerable, predominando de manera casi absoluta en el mundo concursal peruano. Prueba de ello, es que de las estadísticas elaboradas por la Comisión

\* Abogado. Master en Derecho (LLM) por la Universidad de Toronto.

de Procedimientos Concursales y publicadas en la páginas Web de INDECOPI, se indica que desde el año 2006 hasta septiembre del 2007, de las 270 decisiones que las Juntas de Acreedores adoptaron respecto al destino del deudor, el 97% ha sido por su disolución y liquidación mientras que sólo el 3% de las decisiones fueron por preferir la reestructuración patrimonial del deudor<sup>1</sup>. Ello sin conocer además, si la estadística en cuestión, únicamente contempla aquellas decisiones adoptadas por los acreedores en Junta, o por el contrario, si también comprende aquellos procesos concursales de deudores que son declarados de plano por la autoridad concursal en disolución y liquidación por encontrarse en alguno de los supuestos que para tal fin contempla la LEY, como por ejemplo, cuando el deudor cuenta con pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, superiores a su capital social pagado. Por tanto, si las estadísticas publicadas son únicamente de decisiones adoptadas en Juntas de Acreedores, no se estaría considerando el total de disoluciones y liquidaciones y por ende el porcentaje de ese tipo de procedimientos respecto del porcentaje de las reestructuraciones patrimoniales se ampliaría aun más.

No cabe duda entonces que siendo la situación actual la explicada, los usuarios de la LEY, la usan con fines eminentemente de llevar a cabo disoluciones y liquidaciones y sacar del mercado de manera ordenada a los "malos" o "ineficientes" deudores, y si lo continúan haciendo, como según se puede inferir de las estadísticas de INDECOPI antes mencionadas, la explicación podría estar dada en razón a que la LEY en tanto tiene un sesgo en favor de las liquidaciones, sí resulta eficiente para tal finalidad para los acreedores involucrados.

Es así que como consecuencia de esta tendencia de prevalecer las disoluciones y liquidaciones, la gran mayoría de los recientes problemas jurídicos en materia concursal están ligados precisamente a la aplicación en la práctica de las diferentes reglas que se utilizan en los procesos de disolución y liquidación.

De allí que el presente artículo tiene como finalidad revisar y evaluar algunos de los problemas jurídicos que se presentan en los casos de disolución y liquidación seguidos bajo las normas contempladas en la LEY, específicamente aquellos cuestionamientos que suelen presentarse en la distribución de los recursos en dinero provenientes de la venta de activos gravados o afectados con garantías reales pero cuando existen acreedores preferentes a los propios acreedores titulares de las garantías reales, siendo estos últimos afectados en el nivel de recuperación de sus créditos.

En efecto, es común entender que los derechos reales de garantía otorgan al acreedor beneficiario de las mismas el derecho de ejecutar el bien afectado y cobrarse su crédito impago hasta donde alcance el producto de la venta. Existe pues una relación directa entre el acreedor

y el bien materia de garantía para la satisfacción del crédito. ¿Pero qué ocurre en los casos de liquidación en los que el producto de la venta de los bienes afectados con garantías reales no solamente sirve para pagar las deudas garantizadas, sino que primero se utiliza para pagar créditos preferentes a los garantizados?

La LEY ha contemplado para el problema antes indicado algunas reglas que buscan resolverlo, pero que a la vez cambian aquellas normas que existen fuera del concurso sobre el derecho individual de los acreedores garantizados de cobrarse con el producto de la venta del bien que tenían en garantía, y siendo más bien un procedimiento concursal, la LEY ha optado como solución, lo que denominamos como "colectivizar" a los acreedores garantizados en el cobro, buscando reglas de pago a prorrata, pero que al final conllevan a que el acreedor que era titular de la garantía real cobre en un concurso menos de los que efectivamente podría recuperar ejecutando la garantía fuera del marco concursal. Entonces el presente artículo tiene como función revisar estas normas de distribución entre los acreedores garantizados en un proceso de liquidación concursal y revisar algunos de los diversos puntos materia de discusión que se presentan en la interpretación de las mismas.

Para analizar estos cuestionamientos y entender a cabalidad la aplicación de las normas sobre distribución de los recursos que provienen de la venta de un bien garantizado en un proceso de liquidación entre los acreedores garantizados cuando previamente se han pagado con dichos recursos créditos preferentes, en este artículo primero se examinará el concepto del privilegio de pago y la función que cumple éste como protección del crédito, luego se evaluará el privilegio de contar con garantías en el marco de procedimiento concursal de disolución y liquidación, usando para ello únicamente a la garantía hipotecaria, como la usual garantía en nuestro sistema, en este punto se hará también una breve comparación de cómo funciona el privilegio de la garantía hipotecaria fuera del marco concursal, y finalmente se revisarán las reglas que la LEY contempla para la distribución de los recursos provenientes de la venta de activos garantizados entre los acreedores preferentes y entre aquellos garantizados.

## 2. Sobre los privilegios de pagos y las garantías reales

En la historia del denominado derecho de quiebras, contemporáneamente llamado derecho concursal, uno de los primeros principios fue el de la distribución de los bienes o de los recursos provenientes de la venta o realización (remate) de los bienes del deudor de manera igualitaria entre sus acreedores, este principio fue llamado el principio de "igualdad" o "proporcionalidad". Este principio se aplicaba según fue variando en proporción al número de acreedores (sin importar el

1 Página Web de INDECOPI: [http://www.indecopi.gob.pe/destacado-estad-detalle.jsp?pStr\\_Ruta=ArchivosPortal/estatico/estadisticas/cco/2007/3-Trimestre/decisiones-junta-acreedores.jpg&pStr\\_Titulo=COMISIONES DE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES - ESTADÍSTICAS](http://www.indecopi.gob.pe/destacado-estad-detalle.jsp?pStr_Ruta=ArchivosPortal/estatico/estadisticas/cco/2007/3-Trimestre/decisiones-junta-acreedores.jpg&pStr_Titulo=COMISIONES DE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES - ESTADÍSTICAS). Última revisión, 20 de octubre de 2007.

importe de sus créditos), y finalmente entre el importe del total de los créditos como ocurre actualmente. Pero debido a diversas consideraciones de carácter histórico, político y económico, fueron apareciendo diversas "excepciones" a aquel principio de igualdad al punto tal que este último fue mermado y las excepciones no son hoy otra cosa que los diferentes "privilegios" que otorgan "preferencias" de pago y que permiten que determinados acreedores cobren sus créditos antes que el común de ellos. Entonces, el privilegio de pago de los créditos debe ser entendido como una excepción al principio general de igualdad o proporcionalidad de trato en el pago entre los acreedores, y específicamente se produce cuando la ley concede a un acreedor la facultad de cobrar con preferencia a otros acreedores sobre el producto obtenido con la realización de alguno/s o todos los bienes del deudor, de allí que a los otros acreedores que no cuentan con este privilegio se les denomina "acreedores ordinarios"<sup>2</sup>. En otras palabras, la preferencia de pago es un derecho conferido legalmente a determinados acreedores para el cobro de sus créditos antes que otros acreedores (*ius preferendi*), y desde nuestra perspectiva, se ha convertido en un nuevo principio del derecho concursal y que en el fondo no hace sino recoger los derechos de preferencia o privilegios que los acreedores tienen fuera del marco concursal. Es más, estas preferencias han cobrado tal importancia, que hasta se podría afirmar que más bien estas son la regla y que el no contar hoy con un privilegio es más bien una excepción.

Esto significa que la función del privilegio es precisamente asegurar al acreedor el retorno de sus créditos fuera y dentro del marco concursal con una preferencia superior a la del acreedor ordinario, afectando usualmente para ello un bien o varios o todos los bienes del deudor. Entonces, el privilegio es un derecho que la ley otorga a los acreedores de ser preferidos en el cobro de sus créditos respecto de otros acreedores del deudor, y esto usualmente con el producto de la realización del bien o bienes que hubieren sido afectados o gravados por mandato legal o acuerdo del propio deudor pero autorizada legalmente, ya sea en garantía del cumplimiento de sus propias obligaciones o incluso de terceros. Por tanto, los privilegios funcionarán cuando ocurra el incumplimiento de las obligaciones y concurren al cobro diversos acreedores, cobrando primero el que tenga el privilegio de contar con el primer orden de prelación de pagos, luego el del segundo orden de prelación y así sucesivamente.

Justamente los derechos reales de garantía como las hipotecas para el caso de los bienes inmuebles o las ahora llamadas garantías mobiliarias que recaen respecto de los bienes muebles, representan una de aquellas tantas excepciones al principio de igualdad que ha conferido en este caso la ley peruana y que se

constituyen como privilegios que recaen sobre bienes de naturaleza inmueble o mueble (según corresponda) con la finalidad de asegurar con cargo a los mismos –en caso de incumplimiento de la obligación garantizada–, el retorno de los créditos que se hayan otorgado al deudor. Esa es la función de las garantías reales, proteger el retorno de los créditos otorgados por el acreedor. Se reitera que para fines del presente artículo se usará únicamente a la garantía hipotecaria como ejemplo de la revisión de los privilegios y las reglas de distribución de los recursos en caso de disolución y liquidación.

Así, el artículo 1097° del Código Civil, ha definido a la hipoteca como aquella por la cual se afecta un bien inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de terceros y que otorga al acreedor derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado<sup>3</sup>. Entonces, no cabe duda que respecto de los inmuebles que se hipotequen, el acreedor beneficiario de las mismas dentro de los derechos que goza, está el de ser preferido en el pago respecto de otros acreedores del mismo deudor con el producto de la venta del bien garantizado en caso de incumplimiento de la obligación garantizada y ante la concurrencia de diversos acreedores.

En efecto, el acreedor beneficiario de una garantía real hipotecaria disfruta –según lo indica Llebot Majó– de dos facultades adicionales a las de un acreedor ordinario, y que son: (i) el poder directo e inmediato sobre el bien objeto del derecho real de garantía que faculta al acreedor a instar su enajenación y cobrar el importe del crédito con el producto obtenido; y (ii) el derecho propio a cobrar de manera preferente a los acreedores ordinarios<sup>4</sup>.

Queda claro que la hipoteca como derecho real de garantía, contiene –entre otros– de manera inherente un derecho que es el privilegio de ser preferido en el cobro con el producto de la realización del bien hipotecado ante la concurrencia con otros acreedores del deudor. Identificado este derecho de preferencia en los derechos reales de garantía como la hipoteca, el siguiente paso será evaluar cual es la forma o el medio para ejercerla.

Sobre el particular, se puede advertir que los privilegios que contiene una hipoteca como derecho real de garantía dentro de un sistema jurídico se pueden ejercer en dos situaciones: (i) la extraconcursal; y (ii) la concursal que es la que interesa a este artículo.

Es más, se ha indicado de manera precedente, que los privilegios o preferencias deben estar reflejados no sólo en el ámbito extraconcursal, sino también de igual manera en el marco de procedimientos concursales de disolución y liquidación. Por tanto, el ejercicio de tal preferencia en ambas situaciones deberían reconocer

2 DIEZ-PICAZO, LUIS. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Volumen Segundo. Las Relaciones Obligatorias. Quinta Edición. Editorial Civitas, Madrid, 1996. Pág. 751.

3 Artículo 1097°.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la posesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

4 LLEBOT MAYO, JOSEF-ORIO. "Las garantías en los procedimientos concursales". Civitas Ediciones. Primera Edición. Madrid, 2000. Pág. 31.

primero la igualdad en el rango de los privilegios y luego el ejercicio de éstos, sin que exista mayor diferencia entre ellos en cuanto al resultado final para el acreedor respecto del retorno de sus créditos, es decir, que el ejercicio del privilegio hipotecario frente a una situación en el campo *ex ante* la insolvencia del deudor y en el campo propiamente de la insolvencia debieran conllevar los mismos beneficios para el acreedor, puesto que si por ejemplo el ejercicio concursal de un privilegio otorga mayores beneficios respecto del mismo privilegio pero en sede extraconcursal (remate y venta judicial) o viceversa, entonces, el acreedor garantizado se podría ver incentivado a utilizar su derecho de preferencia en aquella situación donde obtenga mayores beneficios e igualmente se podría ver incentivado a no caer en aquella situación en la que tenga un peor resultado. Pero no sólo el tema de los beneficios para los acreedores será importante, sino también los costos que genera el ejercicio de la preferencia, pues ello repercutirá directamente en los beneficios a obtenerse.

Ahora bien, en cuanto al ejercicio de los privilegios de una hipoteca en sede concursal, la LEY recoge en su artículo IV y bajo el principio de la igualdad, que los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, ante la imposibilidad de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes, salvo los órdenes de preferencia establecidos expresamente en la LEY. Ello significa que en la LEY expresamente se ha reconocido tanto el principio de proporcionalidad o igualdad entre los acreedores (*"par conductio creditorum"*) como principio del derecho concursal clásico, pero también se han reconocido expresamente las excepciones a dicho principio comprendidas por las preferencias de pago reconocidas en el propio artículo 42° de la LEY, que como se indicó en la introducción de este artículo, constituyen a nuestro criterio un nuevo principio o principio contemporáneo en el derecho concursal. En otras palabras, las excepciones al principio de proporcionalidad, constituirían en sí otro principio del sistema concursal actual, y que no son otra cosa que las preferencias de pagos que el sistema jurídico peruano regula fuera del marco concursal, específicamente como lo es el derecho real de garantía hipotecaria. Por tanto, resulta necesario examinar en el siguiente numeral, el orden de prelación de pagos conferido por la LEY y enmarcar dentro del mismo a las hipotecas, comparando también la prelación y ejercicio del derecho real de garantía hipotecaria fuera del marco concursal.

### 3. Orden de prelación de pagos de las garantías (hipotecas) en la LEY: Revisión fuera y dentro del marco de un procedimiento concursal de disolución y liquidación

El artículo 42.1 de la LEY ha establecido el orden de preferencia en el pago de los créditos en los procedimientos de disolución y liquidación, siendo que el primer orden está referido a créditos de origen laboral y previsional, mientras que el segundo orden de prelación de pagos comprende a los créditos

alimentarios, aunque estos últimos no son de aplicación para concursos de personas jurídicas, pues las empresas no generan obligaciones alimenticias. Sin embargo, la Ley 28709 (vigente desde el 13 de abril de 2006) incluyó en el segundo orden de prelación, a los créditos provenientes de aportes impagos al Seguro Social de Salud, conceptos que sí se aplican tanto a los concursos de personas naturales como a los de personas jurídicas y que están directamente vinculados a los acreedores laborales pues son ellos los beneficiarios o perjudicados del pago o ausencia de pago de los aportes del Seguro Social de Salud.

**"(...) las excepciones al principio de proporcionalidad, constituirían en sí otro principio del sistema concursal actual, y que no son otra cosa que las preferencias de pagos que el sistema jurídico peruano regula fuera del marco concursal (...)"**

Luego del primer y segundo orden de prelación de pagos, el tercer orden se refiere en esencial a aquellos derechos que otorguen una preferencia sobre bienes del deudor, como las hipotecas. Específicamente la LEY indica lo siguiente:

*"Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants, derecho de retención, o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32°. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, 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;"* (El énfasis se ha añadido)

El artículo indicado precisa que en un procedimiento de disolución y liquidación, cuentan con el tercer orden de prelación de pagos, aquellos créditos garantizados –entre otros– con hipoteca.

Antes de examinar el significado de los "créditos garantizados con hipoteca", resulta importante revisar brevemente si este tercer orden de prelación de pagos es realmente aquel que también se contempla en el marco extraconcursal para evaluar si el orden de pagos contemplado en el comentado artículo 42.1 de la LEY recoge las preferencias de pago previstas fuera del marco

concurral, ya que es precisamente de esa forma y no al revés como se estructura un sistema legal de órdenes de prelación de pagos.

Respecto del primer orden de prelación de pagos, ciertamente el artículo 24 de la Constitución de 1993 estableció de manera clara en su segundo párrafo que:

*“(…) El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador”* (Lo resaltado es añadido)

De manera complementaria, el Decreto Legislativo N° 856 que precisó los alcances y prioridades de los créditos laborales establecidos en el citado artículo 24 de la Constitución, refirió que además de considerarse como créditos laborales a las remuneraciones, compensación por tiempo de servicios, indemnizaciones en general, y demás beneficios sociales establecidos por ley, también se consideran como tales, y por ende gozan de la prelación absoluta o super-prelación, a los aportes impagos tantos al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones como al Sistema Nacional de Pensiones, así como los intereses y gastos que generen. Adicionalmente, respecto de los créditos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones, también se incluyen los conceptos referidos en el artículo 30° del Decreto Ley N° 25897.

Hasta aquí, es indiscutible que tanto fuera como dentro del marco concursal, los créditos laborales tienen un primer orden de prelación de pagos y por ello todos los bienes de propiedad del deudor, se encuentran afectados con una especie de “gravamen genérico” que si bien obviamente no consta inscrito en Registros Públicos, sí se encuentra estipulado legalmente. En efecto, el artículo 2° del referido Decreto Legislativo N° 856 ha dispuesto que los bienes del empleador se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados<sup>5</sup>. Esto significa que aun cuando los bienes del deudor se encuentren afectados con hipotecas válidamente constituidas e inscritas a favor de otros acreedores (bancarios, proveedores, Sunat, etc.), e incluso inscritas antes de que existieran las deudas laborales, todos los referidos bienes se encontrarán afectados a favor de los créditos laborales que se adeuden. Estamos aquí ante un caso de incumplimiento de obligaciones, y ante la concurrencia de diversos acreedores sobre un mismo bien, donde los laborales tienen esta super-prioridad que como todo privilegio se ha conferido no solo mediante ley, sino por mandato constitucional, pues se reitera que no importa que las garantías reales hubiesen estado constituidas antes de la aparición de las deudas laborales (lo que se conoce en derechos reales como “rango”<sup>6</sup>),

estas últimas siempre tendrán un mejor derecho sobre los bienes de propiedad del deudor. No es objeto del presente artículo analizar dicho privilegio especial otorgado por la Ley a los acreedores laborales ni comparar si es adecuado o no que los acreedores laborales tengan un mejor derecho respecto del bien que los acreedores garantizados mantenían en garantía.

Así, continuando con el análisis de las prelación fuera y dentro del marco concursal, el segundo orden de prelación que son créditos alimenticios y créditos por aportes impagos al Seguro Social de Salud, únicamente nos referiremos que lo primeros se aplican al caso de concursos de personas naturales y que se explican en este orden por el carácter de subsistencia de las personas beneficiarias, en tanto los segundos, se encuentran directamente ligados a los acreedores laborales, pues son estos quienes finalmente reciben las atenciones del Seguro Social de Salud, de allí que la Ley N° 28709 los haya incorporado en tal orden para evitar que los acreedores laborales del deudor se vean perjudicados en su atención de salud cuando el empleador no cumple con el pago del Seguro Social de Salud, ya que antes de dicha Ley, tenían el cuarto orden de prelación de pagos (créditos tributarios).

Por tanto, tratándose de empresas, los créditos por aportes impagos al Seguro Social de Salud, tendrán pues igualmente una preferencia de pago superior a los créditos concursales garantizados, al menos dentro del marco concursal.

Ahora bien, respecto de los créditos garantizados, en nuestro caso la hipoteca, es el propio artículo 1097° del Código Civil el que contempla la preferencia fuera del marco concursal para el caso de los créditos garantizados con hipotecas. Pero podría surgir la duda si respecto de los créditos de origen tributario, que en el marco de la LEY tienen el cuarto orden de prelación de pagos, es decir, luego de los créditos garantizados, fuera del marco concursal también mantengan dicho orden de pagos, o si por el contrario, las normas tributarias le confiere al acreedor tributario fuera del concurso una mejor prelación de pagos que los créditos garantizados.

Pues bien, el Código Tributario en su artículo 6° ha contemplado que las deudas tributarias gozan de una prelación de pago por encima de las obligaciones ordinarias del deudor así como gozan también de un privilegio general sobre todos los bienes del mismo, pero que tal prelación y privilegio están supeditados al pago de las obligaciones por remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, alimentos, hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente Registro<sup>7</sup>. Entonces, la propia norma tributaria ha

5 Decreto Legislativo N° 856.- Artículo 2°.- “Los créditos laborales a que se refiere el artículo anterior tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o el empleador. **Los bienes de éste se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales.** Si estos no alcanzan el pago se efectuará a prorrata (...)” (El resaltado es nuestro)

6 Sobre el concepto de “rango” de las garantías reales como la hipoteca consultar en GONZÁLEZ LINARES, Nerio; “Derecho Civil Patrimonial, Derechos Reales”; Palestra Editores, Lima, 2007; Páginas 840 a 841.

7 Código Tributario (Texto Único Ordenado aprobado por D.S. 135-99-EF).- Artículo 6.- Las deudas tributarias gozan de privilegio en general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurren con acreedores cuyos créditos no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, alimentos, hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente Registro.

reconocido que los créditos tributarios cuando concurren con otros acreedores tienen prelación fuera del marco concursal pero una inferior a la de los créditos laborales y los créditos garantizados, vale decir, tienen el mismo orden de prelación de pagos que el otorgado por la LEY, aunque la técnica de redacción del referido artículo 6° no sea la más precisa. En otras palabras, los acreedores tributarios dentro y fuera de los procedimientos concursales tienen una prelación de pagos superior sólo respecto de los acreedores comunes.

En conclusión, se ha podido demostrar que los créditos garantizados con una hipoteca gozan en principio dentro y fuera del marco concursal del mismo orden de prelación de pagos.

Luego de efectuado dicho análisis, importa ahora examinar qué significa un "crédito garantizado con hipoteca" y con tal finalidad caben revisar dos conceptos esenciales: (i) el crédito garantizado en sí; y (ii) el gravamen. Respecto de este último, y además de ser un requisito legal para la constitución de la hipoteca<sup>8</sup>, es usual que los contratos de constitución de garantía hipotecaria establezcan un importe determinado del gravamen que es aquella cantidad o suma por la cual se afecta el bien inmueble en garantía, aunque el Código Civil también permite que el gravamen sea determinable.

Así por ejemplo, cuando se indica que el gravamen sobre un inmueble es de S/. 100,000.00, entonces la afectación que pesa sobre el mismo en respaldo de créditos del acreedor beneficiario está determinada y la garantía no puede superar tal cifra, salvo que el deudor amplíe el monto de afectación mediante un acto posterior de ampliación de la hipoteca.

Entonces, los créditos que pudieran encontrarse garantizados con una hipoteca, lo estarán únicamente hasta el valor del gravamen respecto del bien materia de la garantía. De esta manera, para comprender la función del gravamen y el concepto del crédito garantizado, se exponen los siguientes supuestos respecto de las hipotecas, créditos garantizados con éstas y ventas de bienes hipotecados en el marco de un proceso judicial de ejecución y remate (ejercicio de la preferencia fuera del marco concursal):

- **Supuesto 1:** Si por ejemplo, el acreedor "A" mantuviera créditos por S/. 80,000.00 frente al deudor "X" con un garantía hipotecaria sobre un inmueble de este deudor y con un gravamen determinado de S/. 100,000.00, ello significará que en el caso que se venda judicialmente el bien por ejemplo en S/. 120,000.00, el acreedor beneficiario tendrá derecho a cobrar el íntegro de su crédito con el dinero producto de la venta, es decir, los S/. 80,000.00 puesto que el gravamen a su favor es

superior al importe de su crédito adeudado. El saldo del producto de la venta del inmueble, S/. 40,000.00 (menos los gastos judiciales y del remate - "costos de la ejecución") se entregarán al deudor "X", salvo que exista un segundo acreedor garantizado con el mismo bien, con un segundo rango de preferencia registral<sup>9</sup>.

- **Supuesto 2:** Si en el mismo ejemplo descrito en el Supuesto 1, el acreedor "A" mantuviera un crédito frente al deudor "X" ya no por S/. 100,000.00 sino por S/. 200,000.00 y el inmueble igualmente se vende en los S/. 120,000.00, el acreedor beneficiario que cuenta con un gravamen determinado de S/. 100,000.00 solamente podrá cobrar como producto de la venta judicial del inmueble hasta el valor de su gravamen determinado, esto es hasta S/. 100,000.00, aun cuando el bien se vendió a un mayor precio (S/. 120,000.00), toda vez que el valor de la afectación del inmueble o gravamen, es decir, lo que comprometió el deudor con dicha garantía fue solamente por S/. 100,000.00. En este último ejemplo, el saldo de S/. 20,000.00 producto del remate judicial del inmueble, será entregado al deudor "X" aun cuando quede pendiente de pago al acreedor un crédito por S/. 100,000.00 que no se encontraba respaldado con la hipoteca. Por dicho saldo, el acreedor "A" podría ejercer sus derechos judiciales de cobro y embargar por ejemplo esos fondos u otros bienes que tenga el deudor.
- **Supuesto 3:** Si bajo el mismo ejemplo, el acreedor "A" mantuviera créditos frente al deudor "X" por los S/. 80,000.00 y el bien hipotecado con el gravamen determinado de S/. 100,000.00 se remata y vende judicialmente en S/. 60,000.00, entonces el acreedor "A" tendrá derecho a cobrar los S/. 60,000.00 y aunque su crédito estaba totalmente cubierto por ser el valor de afectación (valor del gravamen) mayor, el límite de recuperación de su crédito garantizado, siempre será el valor de venta del inmueble, quedando por tanto para el acreedor "A" un saldo de S/. 20,000.00, que si bien estaba teóricamente garantizado con el inmueble, no pudo ser retornado con el producto de la venta judicial del mismo, pero no por defecto del valor de afectación, sino por el límite que impone el valor de venta en el mercado inmobiliario al momento en que se realiza el bien, entre otros factores de riesgo.
- **Supuesto 4:** El último supuesto que se revisa es aquel caso en donde el acreedor "A" mantiene créditos frente al deudor "X" por S/. 500,000.00 y el gravamen hipotecario sobre el inmueble del deudor "X" es hasta por S/. 2'000,000.00, pero el bien se vende vía remate judicial en sólo S/. 10,000.00. En este supuesto, si bien el acreedor "A" tiene totalmente cubierto su crédito, pues el gravamen es superior a éste, el límite de recuperación del crédito otra vez estará dado por el

8 Inciso 3 artículo 1099° del Código Civil: "Son requisitos para la validez de la hipoteca: (...) que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble."

9 Cuando en el presente artículo nos referimos al concepto de "crédito", nos referimos a aquella obligación adeudada no solo por concepto de capital, sino también por intereses y gastos, entendiendo que el contrato de constitución de garantía hipotecaria contempló que se respaldaban los créditos por todos los conceptos mencionados hasta por el valor del gravamen. Esto se extiende para todos los ejemplos dispuestos en este artículo.

valor de venta del inmueble, por ende, el acreedor "A" sólo podrá cobrar los S/. 10,000.00, quedando pendientes de cobro al acreedor "A" el importe de S/. 490,000.00.

Como se puede advertir, fuera del concurso, la prelación del crédito con el bien garantizado, está determinada por el valor del gravamen o afectación del bien y se encuentra finalmente limitada al valor de realización o venta del bien objeto de la hipoteca. Son aquellas dos consideraciones las que creemos son las importantes en el ejercicio del cobro de los créditos garantizados con el producto de la venta del bien materia de garantía fuera del campo concursal, y además con la presunción de que no existen obligaciones laborales pendientes de pago que concurren y tengan por tanto una super-prioridad sobre los bienes materia de la venta vía el proceso de ejecución de garantías.

Bajo el orden de ideas y ejemplos expuestos, en un procedimiento concursal, la autoridad concursal competente, reconoce como "crédito garantizado" a aquel hasta por el valor de afectación del inmueble, es decir, concede al crédito materia de reconocimiento el tercer orden de pagos hasta por el monto del gravamen de la hipoteca. La autoridad concursal no podría reconocer un "crédito garantizado" sobre la base de un eventual valor de venta del bien materia de la garantía, pues este no se puede conocer aun, y por otra parte, tampoco puede reconocer la autoridad concursal como "crédito garantizado" a todo el importe del crédito si es que el valor de afectación o gravamen es inferior al valor del crédito cuyo reconocimiento se invoca.

Por ello, si bajo el Supuesto 1 antes indicado, el acreedor "A" tiene un gravamen de S/. 100,000.00 y créditos por S/. 80,000.00, la autoridad concursal reconocerá en tal caso a la totalidad de los créditos en el tercer orden de prelación de pagos, ya que el gravamen es superior al crédito materia del reconocimiento. Empero, la autoridad concursal no podrá reconocer créditos en el tercer orden de prelación por S/. 100,000.00, pues si bien el valor del gravamen es superior, el primer límite para el reconocimiento de los créditos, está dado como es lógico por el importe del crédito y no en el del gravamen, vale indicar, la autoridad concursal no podría reconocer en este supuesto como créditos en el tercer orden de prelación de pagos al importe total del gravamen, pues se debe recordar que las garantías son accesorias al crédito que respaldan (carácter accesorio). Si la autoridad concursal reconociera un mayor monto de crédito que el que realmente corresponde, estaría otorgando mayores derechos que los existentes.

En el Supuesto 2 antes señalado, si en el acreedor "A" mantuviera acreencias frente al deudor "X" ahora concursado, por S/. 200,000.00 y el gravamen sobre el inmueble es de S/. 100,000.00, la autoridad concursal únicamente reconocerá como créditos en el tercer orden (es decir como garantizados) a aquellos hasta por el importe del gravamen, vale señalar, que reconocerá como de tercer orden únicamente créditos hasta por S/.

100,000.00, las demás partes del crédito del acreedor "A" serán reconocidas por la autoridad concursal en el quinto orden de prelación (no garantizado), salvo que se trate de un acreedor tributario, supuesto en el cual, el saldo será reconocido como crédito del cuarto orden de prelación de pagos. Ahora bien, la autoridad concursal no podría reconocer a los S/. 100,000.00 no cubiertos como créditos de tercer orden, toda vez que el nivel máximo de afectación del inmueble a favor del acreedor "A" es solamente de S/. 100,000.00. En este caso, si bien el crédito es mayor, el límite para considerarlo como crédito garantizado estará dado por el valor del gravamen, en consecuencia, la autoridad concursal no podría reconocer como créditos en el tercer orden de prelación a los S/. 200,000.00.

Por ende, debe quedar claro que para efecto de la determinación de un "crédito garantizado" dentro de un procedimiento concursal de disolución y liquidación, éste se referirá al crédito que cuente con alguna de las garantías o gravámenes indicados en el artículo 42° de la LEY como la hipoteca, y la autoridad concursal para reconocerlo como tal, tomará en consideración el importe del crédito invocado y el valor del gravamen o afectación prevista en el acto constitutivo de la garantía.

Por otra parte, es importante anotar que el artículo 42° de la LEY menciona que las citadas garantías, para que sean oponibles a la masa de acreedores, y la autoridad concursal por tanto pueda reconocer a los créditos que los respaldan como garantizados, deberán estar inscritas en el registro respectivo antes de la fecha de difusión del procedimiento concursal. Consecuentemente, debe considerarse que si en cualquiera de los ejemplos antes mencionados, el acreedor cuenta con la hipoteca registrada en el Registro Público respectivo luego de la fecha de difusión del procedimiento concursal del deudor "X", la autoridad concursal no reconocerá a dichos créditos como "créditos garantizados", sino que deberá hacerlo como créditos ordinarios o sin garantías.

Una vez entendido el orden de prelación y el concepto de los "créditos garantizados" dentro y fuera de un procedimiento de disolución y liquidación bajo el amparo de la LEY y el reconocimiento de éstos por parte de la autoridad concursal, el siguiente punto en el presente artículo, es examinar como se distribuyen los recursos entre los acreedores garantizados en un procedimiento de disolución y liquidación, según los criterios que la propia LEY impone.

#### **4. Pago de los créditos garantizados en un procedimiento de disolución y liquidación al amparo de la LEY**

##### **4.1 Aplicación de la "Regla General"**

La regla general es que los créditos garantizados y reconocidos como tales por la autoridad concursal, se pagan con el producto de la venta o realización de los bienes que respaldan su crédito y esta regla ha sido recogida en los artículos 89.1 y 89.2 de la LEY

(en adelante la "Regla General")<sup>10</sup>. Pero la situación ideal descrita, opera únicamente cuando no existen créditos preferentes (primero y segundo) pendientes de pago que tienen un derecho superior al acreedor con garantías reales, conforme se explico anteriormente en este artículo. El resultado de la aplicación de la Regla General es prácticamente idéntico a como si el acreedor garantizado ejerciera su derecho de preferencia fuera del marco concursal sin que existan créditos laborales impagos que concurren en el cobro con el acreedor garantizado, pues siempre cobrará su crédito con el producto de la venta del bien del deudor que mantiene en garantía.

Esta Regla General resulta sencilla de aplicar, puesto que la recuperación de los créditos garantizados y reconocidos como tales por la autoridad concursal, dependerá de manera individual para cada acreedor garantizado y considerando para ello el valor de realización del bien que mantengan a su favor en garantía.

Para comprender la Regla General, veamos como se aplicaría con los mismos supuestos descritos en el numeral 3 de este informe:

- **Supuesto 1:** El acreedor "A" tendrá derecho a cobrar su crédito de S/. 80,000.00 reconocido en el tercer orden de prelación de pagos, considerando que la autoridad concursal lo reconoció como tal al tener la hipoteca un gravamen determinado de S/. 100,000.00 y tomando en cuenta que el precio de venta del bien hipotecado fue de S/. 120,000.00. El saldo de S/. 40,000.00 servirá al liquidador para pagar otras obligaciones de acuerdo a los órdenes de preferencia siguientes al tercer orden.
- **Supuesto 2:** El acreedor "A" tendrá derecho a cobrar su crédito de S/. 100,000.00 reconocido como crédito en el tercer orden de prelación de pagos, con el producto de la venta del bien que lo garantizaba y aunque el producto de la venta fue de S/. 120,000.00, el acreedor "A" solo recibirá de la venta del bien, el importe de su crédito reconocido en el tercer orden, que es el valor máximo de la afectación del bien, es decir, S/. 100,000.00. Los otros S/. 100,000.00 de su crédito que le fueron reconocidos como créditos en el quinto orden de prelación de pagos, "en rigor" no tienen derecho a cobrarse con el producto de la venta del bien por exceder el valor de gravamen o afectación del bien<sup>11</sup>.
- **Supuesto 3:** Si el bien hipotecado se vende en la liquidación a S/. 60,000.00, el acreedor "A" que tiene créditos reconocidos en el tercer orden de prelación de pagos por S/. 80,000.00, tendrá derecho a recibir los S/. 60,000.00 (aunque la

afectación o gravamen y sus créditos reconocidos en el tercer orden sean mayores) y el saldo del crédito no cobrado de S/. 20,000.00 pasará a ser un crédito de quinto orden de prelación de pagos según el artículo 42.1 de la LEY, dispositivo que señala lo siguiente:

*"En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente: (...) **Quinto: (...); y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos**"* (El énfasis es añadido).

Recordemos que el quinto orden de prelación de pagos agrupa a aquellos acreedores ordinarios, es decir, aquellos que no tienen ninguna preferencia de pago conferida legalmente, es decir, no son acreedores laborales ni provisionales, ni por alimentos o por aportaciones de la Seguridad Social, ni son acreedores garantizados, ni finalmente, son acreedores tributarios.

Entonces, en este último supuesto aun cuando el monto del gravamen pudiera haberle permitido contar al acreedor "A" en principio con la totalidad de su crédito reconocido por la autoridad concursal como uno en el tercer orden de prelación de pagos, si el valor de venta del bien que lo garantizaba resulta inferior al valor del gravamen y al valor del crédito, el saldo del crédito aunque originalmente fue uno de tercer orden pasará como uno del quinto orden de prelación, y así deberá ser reclasificado por la autoridad concursal ante el pedido del acreedor o la entidad liquidadora, en atención a que ya no cuenta el referido acreedor con el bien que lo respalde, en otras palabras, por el saldo de sus acreencias no cubiertas con la venta del inmueble que las garantizaba, el acreedor se convierte de uno "garantizado" a uno "ordinario".

Sin embargo, si el acreedor fuera uno tributario, el saldo no pagado con el valor de la realización del bien materia de la garantía como en el Supuesto 3, no podría a tenor del citado artículo 42.1 de la LEY ser considerado como uno con un crédito con el "quinto orden" de prelación de pagos, dado que la naturaleza del propio crédito tributario, le debiera permitir ser clasificado como uno del "cuarto orden de prelación de pagos". De allí que observamos que la redacción del artículo 42.1 de la LEY pareciera hubiera estado considerada únicamente para supuestos en los que el acreedor titular de la garantía es uno comercial o bancario, y no por ejemplo, cuando se trata de uno tributario que cuenta con garantías.

- **Supuesto 4:** El acreedor "A" titular de créditos por S/. 500,000.00 y el gravamen hipotecario sobre el

<sup>10</sup> Artículo 89.1: "Salvo que existan créditos preferente pendientes de pago, para el pago de los acreedores de tercer orden se aplicarán los bienes que garantizaban su crédito".

Artículo 89.2: "Los créditos correspondientes al tercer orden se pagan con el producto de la realización de los bienes del deudor afectados con garantía. (...)"

<sup>11</sup> Se indica "en rigor" puesto que podría darse el caso que luego de pagarse créditos de cuarto orden de preferencia, y de existir saldos del producto de la venta del inmueble (si el valor de venta fuera mucho mayor), el acreedor "A" tendría en ese supuesto derecho a cobrar a prorrata dicho saldo con los acreedores del quinto orden de pagos.



inmueble del deudor "X" es determinado hasta por S/. 2'000,000.00, pero el bien se vendió en la liquidación en sólo S/. 10,000.00. En este supuesto, si bien el acreedor "A" tiene totalmente cubierto su crédito, pues el gravamen es superior a éste y la autoridad concursal lo reconoció por tanto como un acreedor con S/. 500,000.00 de créditos en el tercer orden de prelación de pagos, el límite para el cobro de los mismos siempre estará dado por el valor de venta del bien hipotecado, por ende, el acreedor "A" sólo podrá cobrar los S/. 10,000.00, pasando el saldo no pagado como créditos de quinto orden de prelación de pagos según lo dispuesto en el ya citado artículo 42.1 de la LEY (salvo el supuesto que sea un acreedor tributario, según se explicó en el Supuesto 3 precedente). Sería ilógico considerar que el acreedor cobrara un importe superior al del valor de realización del bien que garantizaba sus créditos, aun cuando el total se encuentra reconocido como uno en el tercer orden de prelación simplemente por el hecho que así se lo permitía el valor del gravamen hipotecario.

**"(...) si existiesen bienes del deudor concursado libres de toda carga o gravamen, lo prudente para una entidad liquidadora (...) será vender estos bienes primero y lograr con el producto de la venta, la cancelación total de los créditos de primer y segundo orden de prelación de pagos (...)"**

Como se puede advertir, en la aplicación de la Regla General, cada acreedor cobra de manera individual con el producto de la realización de los bienes que el deudor le otorgó en garantía, debiendo considerar para ello los límites del valor del "crédito garantizado" y del valor de venta del bien hipotecado. Con la aplicación de la Regla General, cada uno de los cuatro Supuestos antes descritos, podrían ser considerados por ejemplo como supuestos distintos de una misma liquidación, y en consecuencia, cada uno de ellos cobrará en la liquidación del deudor "X" conforme a lo expuesto en cada supuesto con el propio bien que mantenía en garantía, sin que existan mayores inconvenientes sobre el particular.

Por eso como la aplicación de la Regla General es bastante sencilla y equitativa para los acreedores garantizados, con la finalidad de que se aplique esta Regla y no las de colectivización de los acreedores garantizados que se explicarán seguidamente, es importante considerar en un procedimiento de disolución y liquidación

concursal, primero la venta de todos los bienes libres del deudor cuyo producto permita cancelar precisamente todas aquellas acreencias de carácter preferente a los créditos del tercer orden de prelación de pagos. Es decir, que si existiesen bienes del deudor concursado libres de toda carga o gravamen, lo prudente para una entidad liquidadora y si así se lo permiten los acreedores en el Convenio de Liquidación, será vender estos bienes primero y lograr con el producto de la venta, la cancelación total de los créditos de primer y segundo orden de prelación de pagos, permitiendo con ello la consecuente aplicación de las normas de la "Regla General" antes explicada. Únicamente en caso que el producto de la venta de los bienes libres del deudor no llegara a cancelar todos los créditos del primer y segundo orden de prelación de pagos, entonces la colectivización de los acreedores garantizados será inevitable y son esas reglas las que se pasan a examinar a continuación.

#### **4.2 Excepciones a la Regla General: La colectivización de los acreedores garantizados**

##### **4.2.1 La determinación de la no aplicación de la "Regla General"**

Cuando en procedimientos de disolución y liquidación concursal existen créditos de órdenes preferentes a los créditos del tercer orden de prelación de pagos que se pagan precisamente con el producto total o parcial de la venta de bienes afectados en garantía, se produce una excepción para la aplicación de la Regla General. En efecto, de la lectura del artículo 89.1 de la LEY, se desprende que la "Regla General" del pago de los acreedores del tercer orden de prelación con los bienes que garantizaban su crédito, no se aplica cuando existen créditos preferentes pendientes de pago, pues justamente son éstos últimos los que por tener primera o segunda prioridad de pago, según sea el caso, son pagados total o parcialmente con el producto de la realización de los bienes garantizados con preferencia a los créditos de tercer orden respaldados precisamente con dichos bienes<sup>12</sup>.

Ciertamente, al haberse destinado el producto de la realización de uno o varios de los bienes del deudor dados en garantía a cubrir el pago de créditos del primer y segundo orden de prelación de pagos previstos en el artículo 42.1 de la LEY, la Regla General resultaría imposible de aplicarse y en caso efectivamente se aplicara, el resultado no sería equitativo. Para comprender lo explicado, veamos el siguiente caso:

Columna	1	2	3
Acreedor	Monto de la Garantía o Gravamen (S/.)	Monto del Crédito Reconocido en el 3er Orden de Prolación (S/.)	Valor de Venta del Bien objeto de su garantía (S/.)
A	100,000.00	100,000.00	80,000.00
B	50,000.00	50,000.00	60,000.00
<b>TOTAL</b>	<b>150,000.00</b>	<b>150,000.00</b>	<b>140,000.00</b>

12. Artículo 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 crédito"

Si de los S/. 140,000.00 que se obtuvo como producto de la venta de los bienes materia de garantía, se destinaron por ejemplo S/. 40,000.00 para el pago de créditos con el primer y segundo orden de preferencia y se quisiera aplicar la Regla General para distribuir los S/. 100,000.00 que quedan, lo primero sería identificar el bien de donde se obtuvieron los S/. 40,000.00. Suponiendo que se hubieran conseguido de la venta del bien que el acreedor "B" tenía en garantía, si aplicamos la Regla General resultaría que el referido acreedor "B" únicamente cobraría S/. 20,000.00 que sobraron de la venta del bien que él mantenía en garantía luego de haberse cancelado los créditos preferentes, en tanto el acreedor "A" cobraría los S/. 80,000.00 restantes. Entonces, de aplicar la Regla General en estos casos, es evidente que quien asumiría la carga del pago de los créditos preferentes –finalmente reflejado en una pérdida en la recuperación de su crédito–, sería aquel acreedor garantizado que tuvo la "mala suerte" que con el producto de la venta del bien con que contaba en garantía se paguen dichas acreencias preferentes (en el ejemplo el acreedor "B"), en tanto el acreedor "A" no se vería perjudicado en absoluto puesto que como el bien que garantizaba su crédito no sirvió para el pago de créditos preferentes, entonces se le entrega para amortizar su crédito, el íntegro del producto total de la venta del bien que lo garantizó.

De aplicarse entonces la Regla General en el supuesto antes expuesto, ningún acreedor garantizado querrá que el liquidador venda el bien que lo garantiza, pues con el producto del mismo, será que se cancelen los créditos preferentes, y será tal acreedor garantizado, el que únicamente soporte tal carga. Pero peor aun, si en el supuesto explicado ambos bienes se vendieran en igual oportunidad, y se aplica la Regla General, sería la entidad liquidadora la que a su discreción determinaría a que acreedor garantizado le carga el pago de los créditos preferentes.

Precisamente para evitar estas situaciones injustas en las liquidaciones concursales, es que el artículo 89.1 de la LEY da la primera pauta, sólo se aplica la Regla General cuando no existan créditos preferentes pendientes de pago. Por tanto, a nuestro entender basta que existan créditos preferentes que se tengan que pagar con el producto de la venta de uno o más bienes otorgados en garantía, para que no se aplique la Regla General.

#### 4.2.2 La subsistencia del tercer orden de prelación de pagos

Una vez que se ha definido la no aplicación de la Regla General, y que por tanto se sabe que el producto de la venta de alguno o de todos los bienes afectados con

garantías servirá para la cancelación de los créditos preferentes, el artículo 89.2 de la LEY ha señalado que precisamente cuando ocurra tal supuesto, el acreedor garantizado no pierde su privilegio o tercer orden de prelación de pagos conforme al artículo 42° de la LEY, y que en tal caso, los créditos del tercer orden se pagarán a prorrata<sup>13</sup>.

Antes de entrar a revisar lo que significa el "pago a prorrata" resulta muy importante determinar la extensión del mantenimiento del privilegio del acreedor garantizado.

Ello significaría que si el acreedor "A" en el ejemplo antes expuesto tiene por ejemplo reconocidos S/. 100,000.00 como créditos de tercer orden garantizados con un bien, no perderá su preferencia por el hecho de que el producto de la venta del mismo sirva para pagar créditos preferentes. Por tanto, en principio el referido acreedor "A" mantendría en principio y según lo previsto en el comentado artículo 89.2 de la LEY su preferencia de pago hasta por S/. 100,000.00. Pero es el propio artículo 42.1 de la misma LEY que establece un límite a este derecho de mantener el privilegio, en efecto, este dispositivo si bien confirma que los créditos garantizados mantendrán el tercer orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos preferentes, también establece que tal preferencia subsistirá únicamente hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos<sup>14</sup>.

Esto implica que en el ejemplo antes referido, el acreedor "A" ya no mantendría sus créditos por S/. 100,000.00 en el tercer orden de prelación de pagos, sino que tendría como límite el valor de venta o realización del bien que tenía en garantía, y que en el ejemplo detallado en el cuadro anterior era de S/. 80,000.00. Así, con la interpretación conjunta de los artículos 42.1 y 89.2 de la LEY, el acreedor garantizado conservará su orden de preferencia pero únicamente hasta el valor de venta, o realización o adjudicación del bien que garantizaba su crédito. No podría ser de otra manera, pues si se le reconociera al acreedor "A" como un tercer orden de pagos el valor total de su gravamen sin considerar el valor de venta del bien que mantenía en garantía, se le estaría reconociendo un mayor derecho a cobro.

Ahora, si el referido bien por ejemplo se vende o realiza o se adjudica a un valor superior al importe del crédito reconocido como de tercer orden de prelación de pagos, ello no significa que el acreedor tendrá derecho a incrementar sus créditos garantizados al valor de realización o adjudicación del bien por ser este superior, pues en dicho supuesto, consideramos el límite siempre estará dado por el valor del gravamen o afectación

13 Artículo 89.2: "(...) 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 de preferencia anteriores. En tal caso, los créditos del tercer orden se pagarán a prorrata."

14 "(...) Estos créditos (los de tercer orden) mantienen el presente orden de preferencia aunque 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;**(...)" (Lo agregado entre paréntesis, el énfasis y o subrayado son añadidos)

del bien en garantía que es el valor que precisamente reconoció la autoridad concursal para conceder a sus créditos el tercer orden de prelación de pagos.

Entonces hasta aquí tenemos desarrolladas dos pautas, la primera de cuando no usar o no aplicar la “Regla General” y la segunda, relativa a la determinación del importe de los créditos del acreedor garantizado que permanecen con el tercer orden de prelación de pagos a pesar de que el bien que mantenía en garantía fue realizado y el producto de la realización sirvió para el pago de créditos preferentes. ¿Pero para qué determinar cual es finalmente el importe del crédito que conserva el tercer orden de prelación de pagos? ¿Cómo llega finalmente este acreedor a cobrar “ese tercer orden de prelación” que la LEY reconoce que subsiste si ya se vendió el bien que mantenía en garantía? Para responder esta interrogante, se analizará el siguiente punto.

#### 4.2.3 El Pago a Prorrata

El artículo 89.2 de la LEY refiere que los créditos garantizados se pagan a prorrata. Aquí es donde se produce lo que denominamos la “colectivización” de los créditos del tercer orden exclusivamente para recibir los recursos para el pago de sus créditos. Al referir la norma en cuestión que los créditos garantizados se pagan “a prorrata” se cambia totalmente la “Regla General”, es decir, que los acreedores garantizados pierden individualidad en el cobro de sus créditos con el producto de la venta del bien que mantenían en garantía, de allí que nos permitimos referir en este artículo que se “colectiviza” a todos los acreedores garantizados para efecto de la distribución de los recursos con los que se pagarán sus créditos. Este pago se realizará a prorrata. ¿Pero qué implica el pago a prorrata? El artículo 89.4 de la LEY da la pauta sobre su significado, precisando que:

*“Artículo 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 por créditos igualmente respaldados por garantías.”*

Consideramos entonces que la prorrata se calculará primero sumando todos los créditos garantizados, entendiendo como tales al crédito con el tercer orden de prelación de pagos con la limitación dispuesta en el artículo 42.1 de la LEY explicada en el numeral 4.2.2 anterior, si fuera el caso. Una vez obtenido el resultado de dicha suma, el mismo representará el 100% o el universo de los créditos igualmente respaldados por garantías, y es sobre la base de dicho universo, que se calculará cual es el porcentaje que le corresponde a cada acreedor garantizado y el porcentaje resultante será el que se aplique al monto a distribuir entre dicho grupo de acreedores.

Para entender mejor la regla de la colectivización y pago a prorrata de los créditos garantizados, se utilizará a continuación el mismo ejemplo que el referido en el numeral 4.2.1:

Columna	1	2	3
Acreedor	Monto de la Garantía o Gravamen (S/.)	Monto del Crédito Reconocido en el 3er Orden de Prelación (S/.)	Valor de Venta del Bien objeto de su garantía (S/.)
A	100,000.00	100,000.00	80,000.00
B	50,000.00	50,000.00	60,000.00
<b>TOTAL</b>	<b>150,000.00</b>	<b>150,000.00</b>	<b>140,000.00</b>

Considerando que en dicho ejemplo se pagaron con el producto de la venta de los bienes objeto de garantía créditos preferentes por S/. 40,000.00, la idea es distribuir el remanente de S/. 100,000.00 aplicando las reglas de colectivización de créditos y pagos a prorrata, ya que basta que se paguen créditos preferentes con recursos que provengan de la venta de bien o bienes que estaban en garantía para que deje de aplicarse la Regla General.

Con tal finalidad, el primer punto es establecer cual es el importe que como crédito garantizado o de tercer orden de prelación de pagos mantendrían los acreedores “A” y “B”. En aplicación de los artículos 89.2 y 42.1 de la LEY al acreedor “A” le correspondería mantener S/. 80,000.00 en el tercer orden de prelación de pagos, dado que es el importe de su crédito reconocido como de tercer orden con el límite del valor de venta del bien que garantizaba sus créditos y que aparece en la Columna 3 del cuadro. Para el acreedor “B” le corresponderá mantener S/. 50,000.00 como créditos reconocidos en el tercer orden de prelación de pagos, y que es el monto originalmente reconocido como tal y en este caso sin contar con la limitación del valor de venta del bien que garantizaba su crédito, puesto que éste resultó siendo incluso superior al valor del gravamen y del crédito mismo. En consecuencia, el universo de los créditos garantizados estará dado por la suma de los créditos garantizados de “A” y “B”, esto es, la suma de S/. 80,000.00 más S/. 50,000.00, lo que resulta S/. 130,000.00 y que representa el 100% de créditos garantizados o el universo de los créditos garantizados. Reiteramos que no podría incluirse como universo simplemente al monto total del gravamen que aparece en la Columna 1 ni tampoco al valor total del valor de venta de los bienes que consta en el Columna 3, pues ninguno de ellos refleja en dicho ejemplo los límites que la LEY ha impuesto relativos por una parte al monto del gravamen y por otra al valor de realización del bien afectado en garantía.

Determinado entonces el universo de créditos garantizados, el siguiente pago consiste en determinar los porcentajes de cada acreedor garantizado, así en el caso del acreedor “A” el importe de S/. 80,000.00 representa el 61.54% del universo de los créditos garantizados, en tanto el crédito del acreedor “B” de S/. 50,000.00 representa el 38.46% de los mismos. Entonces, aplicando cada uno de esos porcentajes por el importe que queda por distribuir, el resultado es que el acreedor “A” cobrará la suma de S/. 61,400.00 (resultado de multiplicar S/. 100,000.00 –que es el saldo a distribuir– por 61.54%) mientras que el acreedor “B” cobrará la suma de S/. 38,460.00 (resultado de multiplicar S/. 100,000.00 por 38.46%). En conclusión el pago a prorrata ha sido determinado.

De esta manera se aprecia que ambos acreedores han cobrado de manera proporcional a sus créditos considerados como garantizados y se entiende ambos han soportado también de manera proporcional la carga del pago de los créditos laborales. Esto es precisamente lo que denominamos como “colectivizar” a los créditos garantizados.

En el supuesto expuesto, se ha observado con precisión que los acreedores garantizados forman un único grupo para proceder a la distribución de los recursos de la venta de los bienes materia de garantía y que hubieran quedado (remanentes) luego de la cancelación de los créditos preferentes.

**“(...) si bien la aplicación de estas reglas de excepción para la distribución de los recursos producto de la realización de los bienes garantizados varían respecto la Regla General, es cierto también que es una de las formas más equitativas que se hallan en el sistema concursal (...)”**

Ahora bien, consideramos que no podría calcularse la prorrata en función simplemente al valor del gravamen, pues si el valor de venta o realización del bien fue inferior, como en el ejemplo propuesto, en dicho caso, se estaría contradiciendo lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LEY y se le estaría concediendo un mayor derecho a uno de los acreedores garantizados, por el solo hecho de tener un valor de afectación superior que el valor de venta o realización del bien que respaldaba su crédito, y en dicho caso, la aplicación de la regla de la colectivización del crédito no sería también equitativa.

Por otra parte, el artículo 89.3 de la LEY establece otro supuesto de colectivización de créditos garantizados y que resulta obvio, y es cuando todos los bienes que garantizaban créditos del tercer orden de prelación de pagos se realizaron para cancelar los órdenes de preferencia anteriores. Como se ha explicado tomando en cuenta lo regulado en el artículo 89.1 de la LEY bastará que se destine parte o todo el producto de la venta de uno de los bienes que esté afectado en garantía para que se deje de aplicar la Regla General y se aplique la regla excepcional de colectivización de los créditos garantizados.

En el supuesto legal referido en el artículo 89.3 de la LEY, también se paga al interior de los créditos del tercer orden de prelación a prorrata. Si bien el artículo bajo comentario no lo señala expresamente, pero

debe entenderse que estos acreedores se cobran con cualquier importe remanente de recursos provenientes de la realización de los créditos garantizados y que la regla de la prorrata se calcula también conforme a lo dispuesto por el artículo 89.3 de la LEY<sup>15</sup>.

Como se habrá podido advertir, la LEY al regular la colectivización de los créditos garantizados, consigue que si bien sus titulares no recuperen sus créditos a los niveles que permite la Regla General cuando no hay acreedores preferentes que pagar, se logre por una parte, una distribución equitativa de la carga del pago de los créditos preferentes que no pudieran ser cobrados y, por otra parte, un cobro equitativo entre el grupo de acreedores con créditos considerados garantizados, hecho que no ocurriría si es que se aplica la Regla General y se carga todo el pago de los acreedores preferentes a uno solo o a varios de los acreedores garantizados.

En adición, reiteramos que la aplicación de las reglas de colectivización de los créditos garantizados, debe cuidar considerar los límites, primero por el importe del crédito garantizado en sí, segundo por el monto del gravamen que es el que permitió el reconocimiento del crédito concursal como garantizado y finalmente por el valor de realización o venta o adjudicación de los bienes que eran materia de garantía. Hacemos mención a estas consideraciones, ya que los ejemplos expuestos en este artículo son simples, pero pueden presentarse supuestos complejos con diversos acreedores con diferentes rangos dentro de un solo bien o conjunto de bienes o con acreedores que tienen más de una garantía con el mismo deudor y con diferentes gravámenes y rangos.

En todo caso, somos de la opinión que si bien la aplicación de estas reglas de excepción para la distribución de los recursos producto de la realización de los bienes garantizados varían respecto la Regla General, es cierto también que es una de las formas más equitativas que se hallan en el sistema concursal para evitar abusos en la distribución de los recursos en liquidación, pero no podemos dejar de decir, todo este complejo sistema de reglas ocasionado por contar con un sistema jurídico que otorga super-prioridad de pago a los acreedores de primer y segundo orden de prelación de pagos. En aquellos países donde los créditos laborales no tienen una mejor preferencia de pagos que los créditos garantizados, las reglas de colectivización de acreedores no resultarán necesarias, pues teniendo siempre preferencia respecto de los acreedores laborales, la Regla General será la usual a utilizarse en dichos sistemas jurídicos. En dichos sistemas, los créditos laborales tienen otros mecanismos de protección distintos a la super-prioridad como los seguros de desempleo, responsabilidad solidaria en el pago de los créditos laborales por parte de los directores y gerente, entre otros.

Definitivamente las reglas para el pago de los acreedores garantizados cambian en el caso de un disolución y

15 Artículo 89.3: “Cuando todos los bienes que garantizan créditos de tercer orden de prelación de pagos 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”.

liquidación cuando existen créditos preferentes que pagar con los recursos provenientes de la venta de los activos garantizados, cambio que implica finalmente una menor recuperación de los créditos y un mayor costo e inseguridad para el acreedor garantizado, pues si bien pudo constituir una garantía sólida, resulta difícil saber *ex ante* la ocurrencia de la liquidación de su deudor, si su garantía se verá afectada por efecto del nivel de las deudas laborales que existan en dicha oportunidad y menos podrá saber *ex ante* la liquidación, el porcentaje que le corresponderá para cobrar su crédito.

## 5. Conclusión

Los privilegios que contienen preferencias de pago para los acreedores son excepciones al principio de igualdad o proporcionalidad que por distintas consideraciones se han venido desarrollando y convirtiendo más bien en lo usual, siendo la condición de ser un acreedor ordinario o sin preferencia más bien la excepción en la actualidad.

Se ha podido verificar que los créditos con derechos reales de garantía como la hipoteca, dentro y fuera del marco concursal presentan en principio el mismo nivel de preferencia de pagos en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas y ante la concurrencia de diversos acreedores. Esta preferencia está contemplada en la LEY con el tercer orden de prelación de pagos.

En el caso de los acreedores con derechos reales de garantía, como la hipoteca que recaen sobre bienes inmuebles del deudor concursado, su preferencia estará considerada en principio en el concurso por el valor del

gravamen estipulado en la garantía con el límite del valor del crédito.

Tratándose del ejercicio de la preferencia de las garantías reales, como la hipoteca, el acreedor beneficiario, cobrará su crédito fuera del marco concursal con los recursos que provengan de la venta judicial, remate o adjudicación del activo que mantiene en garantía y hasta por el valor del gravamen. Esta es la regla general y en tanto no existan acreedores preferentes que concurren.

En el caso del ejercicio de la preferencia de las garantías reales hipotecarias en el marco de un procedimiento de disolución y liquidación concursal, el acreedor beneficiario, aplicando la regla general, tendrá derecho a recibir el producto de la venta de la realización del bien que mantiene en garantía y hasta por el valor de su gravamen que le confiere la condición de crédito garantizado, pero únicamente sino existen créditos preferentes que tengan que pagarse total o parcialmente con dichos recursos. Por el contrario, de pagarse créditos preferentes con el producto de la venta de uno o más bienes afectados en garantía, se aplicarán las reglas de colectivización de los acreedores garantizados, que pasan por determinar el valor del crédito que permanecerá como garantizado con la limitación del valor de realización o adjudicación del bien materia de garantía y finalmente la determinación de la prorrata para su pago. Si bien las inseguridades jurídicas para el acreedor garantizado están presentes *ex ante* la liquidación de su deudor, al menos lo están también *ex ante* las reglas de cómo cobrará algo de su crédito en dicho procedimiento concursal de liquidación 