

«Unas de Cal, Otras de Arena»: A Propósito de las Modificaciones al Orden de Preferencia de Pago a los Acreedores

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero(*) (**)

«Este artículo analiza un tema que es siempre controversial por las distintas posiciones que asume la doctrina: el orden de preferencia de pagos a los acreedores en materia concursal. Este tema es abordado por el autor a partir de las modificaciones a las disposiciones de la LGSC, mostrándonos de manera clara las consecuencias de haber adoptado dichas modificaciones siendo más perjudicial para el seguro social de salud y el transfondo que dio lugar a su creación».

1. Introducción

A inicios del presente siglo, una de las más grandes empresas norteamericanas se acogía al *Chapter 11*. WorldCom, quien antes de someterse a las leyes de protección por bancarrota americana era la segunda mayor compañía de telefonía de larga distancia en los Estados Unidos¹, pasó a representar la mayor quiebra en la historia empresarial de dicho país, allá por julio de 2002².

Debido al reflatamiento al que fue sometida WorldCom, ésta sigue operando en el mercado americano (bajo las siglas MCI) pues su Plan de Reestructuración pudo ser aprobado, bajo la Legislación Concursal Americana la cual ha demostrado ser eficiente para lograr la permanencia en el mercado de una empresa en crisis, como en el mencionado caso de WorldCom.

Este tipo de salvataje empresarial es bastante común en los Estados Unidos, dado que en el sistema concursal americano se busca proteger a los inversionistas (en la gran mayoría de casos entidades financieras) otorgándoles privilegios para el cobro de sus créditos siendo que los créditos garantizados cuenten con preferencia frente a los demás, incluso frente a los laborales. Al respecto, Michelle Barclay señala lo siguiente:

«[...] el legislador norteamericano ha optado por un sistema en el cual se respeten, dentro de lo posible, los derechos pre-concursales de los acreedores garantizados y ello se materializa en la exclusión de los mismos de las secciones del Código de Quiebras que establecen los órdenes de prioridad en el pago. Así, los acreedores garantizados se encuentran por encima del orden de preferencia, ya que cuentan con una garantía que es un mecanismo especial para el recupero de sus créditos»³.

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Dedico estas pequeñas líneas a mis padres Eduardo y Rosana y a mi hermano Enrique, por quienes mi admiración, cariño y respeto no tiene límites. A Natty Obregón por su invalorable y constante apoyo y a mi querido amigo Carlos Alberto Carbajal por su amistad, sinceridad y sabios consejos, sin ustedes todo sería muy distinto.

1 La quiebra de Worldcom Inc. ocurrida el domingo 21 de julio de 2002, excedió a la declarada por el gigante de energía Enron Corp. en diciembre de 2001. Mientras Worldcom tenía 103 mil 800 millones de dólares en activos al 31 de marzo de 2002, según documento de la Comisión de Mercado de Valores de los Estados Unidos (Securities and Exchange Commission –SEC-), Enron sólo tenía 63 mil 400 millones de dólares cuando se acogió a la Ley de Quiebras americana. www.cuestiones.ws/semanal/010802/sem-ago02-01-usa-reuters.htm.

2 El Chapter 11 (Capítulo 11) del Título 11 del Código de Quiebras Norteamericano (United States Bankruptcy Code), corresponde a los procesos de reorganización de empresas en los Estados Unidos. «[...] Debemos precisar que si bien hemos denominado a este conjunto de normas el 'código de quiebras' (traducción del inglés *Bankruptcy Code*), este código no sólo comprende el proceso de liquidación y quiebra de la empresa sino también ciertos procesos reorganizativos. En los Estados Unidos, el término Bankruptcy se utiliza de manera amplia. Así, cuando se dice que una persona 'está en Bankruptcy', se entiende que la misma se encuentra acogida a cualquiera de los procedimientos concursales regulados en la ley». Barclay, Michelle. *El Chapter 11 desde la perspectiva de la Ley General del Sistema Concursal*. En: *Advocatus*, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 12. 2005. Lima. p.309.

3 *idem*. p.312.

El sistema americano protege los créditos garantizados por diversas razones, tales como: (i) al ser las entidades financieras (los bancos) los principales acreedores garantizados, estos influyen en la elaboración de las normas concursales; (ii) las entidades financieras generan incentivos para otorgar créditos y permitir a las empresas acceder a estos; y, (iii) de ser el caso que se adeuden créditos laborales son resueltos en su mayoría *ex ante* la situación de crisis patrimonial. Este último punto es sumamente importante pues es una gran diferencia entre el sistema americano y el peruano.

«[...] En los Estados Unidos es poco común que una empresa que se acoge al Chapter 11 ingrese con un monto alto de deuda laboral. En la práctica, las empresas calzan el momento de la presentación de la solicitud de acogimiento con el día de pago de la mayor parte de los sueldos o salarios. Con ello evitan tener una deuda laboral grande y, además, reducen la tensión dentro de la empresa. Por supuesto que para lograr ello es necesario contar con capital para realizar ese pago, situación que es infrecuente respecto de las empresas que se concursan en nuestro país»⁴.

Caso contrario es lo que ocurre en nuestro sistema concursal regulado por la Ley General de Sistema Concursal (en adelante, LGSC), el cual busca proteger a los trabajadores otorgándoles el beneficio de poder cobrar sus acreencias respecto de los demás acreedores cuando el destino del deudor sea su liquidación. Sin embargo, este *superprivilegio* laboral ha causado serias controversias tanto en la doctrina nacional como extranjera, ya que al concederlos, se perjudica a los demás acreedores, en especial a los acreedores garantizados⁵.

Nuestra legislación concursal protege a aquellos créditos que se encuentran en el primer orden de preferencia, como los créditos laborales o al menos esa es la idea de tal protección, dado que de algún modo son la parte más débil en una liquidación empresarial, debido a la asimetría informativa respecto de lo que le sucede al interior de la compañía⁶. Imaginemos qué eficiente sería nuestro sistema concursal si no existieran deudas laborales o si éstas fueran mínimas, al momento de acogerse a un procedimiento concursal. Si a ello le sumamos una disminución en los créditos adeudados a ESSALUD, el impacto social que tendría una empresa que entre en crisis sería menor, sin embargo es muy poco probable que una situación como la descrita ocurra, casi una utopía.

“Nuestra legislación concursal protege a aquellos créditos que se encuentran en el primer orden de preferencia, como los créditos laborales o al menos esa es la idea de tal protección, dado que de algún modo son la parte más débil en una liquidación empresarial”

Si bien podemos estar o no de acuerdo con el privilegio otorgado a los acreedores laborales⁷, lo cierto es que esta protección tiene rango

4 ibidem.

5 El superprivilegio laboral también se aplica cuando el destino del deudor es la Reestructuración, de conformidad con el artículo 66.4º de la LGSC que señala que en el cronograma de pagos contenido dentro del plan de Reestructuración se debe precisar, bajo sanción de nulidad del referido plan, que los fondos o recursos que se destinen al año para el pago de los créditos, por lo menos un 30% se asignará en partes iguales al pago de obligaciones laborales que tengan el primer orden de preferencia, conforme el artículo 42º.

6 «[...] Entre las razones por las que se explica el establecimiento este privilegio, según este autor, se pueden anotar: primero, los trabajadores, como apunta este autor, no tienen la posibilidad de obtener créditos de parte del empleador, a diferencia de los demás deudores, como los bancos, ni personales y reales; segundo, no pueden ejercer influencias en las decisiones de la empresa; tercero, los trabajadores se enteran al final, sobre los aprietos financieros o económicos de la empresa, y de suyo, su estado de dependencia le impide iniciar un procedimiento de ejecución forzosa; cuarto, el abono de la remuneración se efectúa tras la real ejecución de la tarea asumida por el trabajador (regla de post numerativo), pago que puede verse dificultado por la insolvencia patronal; quinto, la llamada dispersión de riesgos, esto es, mientras los acreedores pueden dispersar sus riesgos entre muchos deudores diferentes, con la obvia ventaja de pérdida mínima, entre muchas facturas, los trabajadores tienen un solo deudor: su empleador; si este quiebra corren el riesgo de perderlo todo: el empleo y los créditos laborales pendientes de pago». Cita de Huerta, Hugo. *El carácter persecutorio de los créditos laborales*. Editorial Rohdas. Lima. p.23. Tomado de Bronstein, Arturo. p. 176.

En el mismo sentido:

«[...] En el caso de la laboral, la explico y está explicado en la doctrina, bajo el principio de que no es posible que el deudor que está sometido a una relación de dependencia -es decir, subordinada- pueda negociar con su deudor, una condición de obtención de garantías, porque bajo un criterio de dependencia absoluto no puedo tener la capacidad de negociar como un empleador y eso hace que la Ley sustituyan, por la vía del privilegio laboral, la imposibilidad de negociar una mejor condición de acreedor respecto del resto de acreedores.(...) El concepto del privilegio particular o especial, que es el de los acreedores de tercera prelación, tiene relación en la capacidad de quien incurre en mayores costos de transacción. Quien analiza el riesgo y toma una garantía debe ser necesariamente preferido respecto de otros que no lo hicieron en el momento de asumir riesgo, con la limitación de la constitución de la garantía, lo que se denomina periodo de sospecha; es decir, si esta garantía la constituyo después de tener el riesgo y antes de hacerse evidente la crisis, pero yo habiéndola conocido antes, este privilegio no podría ser opuesto a otros acreedores que por asimetría de la información no conocieron de la situación de crisis». De las Casas, Gonzalo. *Cambiando estructuras: Cultura empresarial y reestructuración patrimonial*. Mesa Redonda con Douglas G. Baird, Alfredo Bullard y Gonzalo de las Casas. En: *Ius et Veritas*, Revista Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 21. Lima, 2000. p. 297.

7 «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.». Jiménez, José Antonio. *La colectividad 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*. En: *Derecho y Sociedad*, Revista Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 29. Lima, 2007. p. 303.

constitucional, proviene desde muchos años atrás, y somos de la idea que se mantendrá en el tiempo, dado que, a través de los años el núcleo normativo no ha variado.

El 27 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1050, norma que modifica diversas disposiciones de la LGSC, siendo materia del presente trabajo la modificación al artículo 42°.1 de la Ley Concursal referido a los órdenes de prelación. En particular, analizaremos los aspectos importantes de las modificaciones a dos de estos órdenes: (i) la reducción del primer orden de prelación, excluyendo acertadamente a las comisiones de las AFPs, aportes que fueron relegados al quinto orden (créditos quirografarios); y, (ii) la exclusión de los aportes al seguro social de salud del segundo orden de prelación, habiendo *descendido* al cuarto orden.

2. Breve Análisis de la Seguridad Social en el Perú

La Seguridad Social es definida como:

«[...] la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10° de la Constitución– al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en ‘la elevación de la calidad de vida’»⁸.

En el Perú, el sistema de Seguridad Social está conformado por dos prestaciones: las prestaciones de Salud, compuestas por las atenciones médicas y/o económicas de las dificultades físicas o mentales transitorias de los pensionistas, los asegurados y sus familiares; y, las prestaciones económicas materializadas a través del pago de una suma de dinero mensual que es otorgada luego del cumplimiento de los requisitos que la Ley establece,

siendo de acuerdo a su naturaleza, prestaciones de jubilación, cesantía, invalidez, sobrevivientes, etc.⁹.

2.1. Las Prestaciones de Salud

Las prestaciones de salud pública están regidas por el Seguro Social de Salud (ESSALUD)¹⁰, y mediante Decreto Ley N° 25967¹¹ se creó la Oficina de Normalización Previsional (en adelante, ONP) para que administre las pensiones en reemplazo del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), quedando esta última encargada de la atención de las prestaciones de salud.

La Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud¹² fija las prestaciones de salud atendidas por el Estado. Asimismo, el Ministerio de Salud¹³ se encarga de brindar atención a las personas de bajos recursos económicos que no están aseguradas (aunque el acceso es tanto para asegurados y no asegurados), a través de hospitales y postas médicas a nivel nacional.

Las prestaciones de salud privada se encargan de prestar servicios de atención para la salud de manera complementaria a la brindada por el Estado. El artículo 13° de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud establece la existencia de las Entidades Prestadoras de Salud – EPS, empresas e instituciones públicas o privadas distintas de ESSALUD, cuya finalidad es brindar servicios de atención para la salud a través de infraestructura propia y de terceros.

2.2. Las Prestaciones Económicas

Las prestaciones económicas no son otra cosa que las pensiones. La ONP¹⁴ es la encargada de administrar el Sistema Nacional de Pensiones, a los que se refieren los Decretos Ley N° 19990 y N° 20530.

Por otro lado, se encuentran las pensiones privadas compuestas por el Sistema Privado de Pensiones (SPP) creado mediante Decreto Legislativo N° 724 y derogado por el Decreto Ley N° 25897¹⁵, norma que dispuso que las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones – AFP asumieran las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de

8 Fundamento N° 54 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005, correspondientes a los expedientes N° 0050-2004-AI/TC, N° 0051-2004-AI/TC, N° 004-2005-AI/TC, N° 007-2005-AI/TC y N° 009-2005-AI/TC; en el marco del Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma Constitucional, Ley N° 28389 (norma que estableció las modificaciones constitucionales para la implementar la reforma de cédula viva) y la Ley N° 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

9 Abanto, César. *La Constitución comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica. 2005. p. 427.

10 La Ley N° 27056 del 30 de enero de 1999, modificó la denominación del IPSS por la de ESSALUD.

11 Artículo 7° del Decreto Ley N° 25967 del 19 de diciembre de 1992, modificado por la Ley N° 26323.

12 Ley N° 26790 del 17 de mayo de 1997 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA del 9 de setiembre de 1997.

13 Artículo 1° de la Ley N° 26790.

14 Así lo establece el artículo 7° del Decreto Ley N° 25967, modificado por la Ley N° 26323.

15 Decreto Legislativo N° 724 del 11 de noviembre de 1991 y Decreto Ley N° 25897 del 6 de diciembre de 1992 que derogó el Decreto Legislativo N° 724.

sepelio de los trabajadores estatales y privados, incorporados en este sistema.

3. Reseña Histórica del Orden de Prelación de los Créditos Laborales, Previsionales y de los Aportes al Seguro Social de Salud

3.1. Créditos Laborales y Previsionales

La historia legislativa del orden de prelación de los créditos laborales en nuestro sistema concursal se remonta al Código de Comercio de 1902¹⁶ que reguló por primera vez el orden de prelación de estos créditos otorgándoles el tercer orden¹⁷, de igual forma lo estableció la Ley de Procesal de Quiebras (en adelante, LPQ)¹⁸. No obstante, estas normas no establecían el pago por parte del empleador del monto total adeudado al trabajador, sino el generado

en un periodo de seis meses antes de la declaratoria de quiebra.

La Ley N° 15485¹⁹, modificó la LPQ realizando un cambio normativo importante pues otorgó, por primera vez a los créditos laborales el primer orden de prelación, además conminaba al empleador al pago del íntegro de los sueldos, salarios e indemnizaciones, con preferencia de cualquier otro crédito. Por lo que, con ésta modificación nace la protección (privilegio) de los créditos laborales.

Tiempo después, la Ley de Reestructuración Empresarial²⁰ (en adelante, LRE que derogó a la LPQ) y la Ley de Reestructuración Patrimonial (en adelante, LRP)²¹, que a su vez derogó la LRE, reiteraron el primer orden de prelación de los créditos laborales de manera absoluta al no establecer parámetros

16 Debemos agregar que la aparición por primera vez del concepto de quiebra en la legislación peruana se dio a través de los artículos 1053° al 1232° del Libro Cuarto (compuesto por doce títulos) del Código de Comercio de 1852 que regulaba la quiebra sólo para comerciantes. En cambio, a las personas naturales se les aplicaban las normas de concurso de acreedores incluidas entre los artículos 988° al 1061° correspondientes al Título Primero, Segundo y Tercero de la Sección Cuarta del Libro Segundo del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852.

17 Código de Comercio. Promulgado el 15 de febrero de 1902.

Título V.- De los derechos de los acreedores en caso de quiebra y su respectiva graduación

Artículo 923°.-La graduación de créditos se hará dividiéndolos en dos secciones: La primera, comprenderá los créditos que hayan de ser satisfechos con el producto de los bienes muebles de la quiebra; y la segunda, los que hayan de pagarse con el producto de los inmuebles.

Artículo 924°.-La prelación de los acreedores de la primera sección, se establecerá por el orden siguiente:

1. Los acreedores singularmente privilegiados, por este orden:
 - a. Los acreedores por gastos de entierro, funeral y testamentaria.
 - b. Los acreedores alimenticios; o sean los que hubiesen suministrado alimentos al quebrado o su familia.
 - c. Los acreedores por trabajo personal; comprendiendo a los dependientes de comercio por los seis últimos meses anteriores a la quiebra.
2. Los privilegiados que tuviesen consignado un derecho preferente en este Código.
3. Los privilegiados por derecho común; y los hipotecarios legales, en los casos en que, como arreglo al mismo derecho, le tuvieren de prelación sobre los bienes muebles.
4. Los acreedores escriturarios conjuntamente con los que lo fueren por títulos o contratos mercantiles en que hubieren intervenido agente o acreedor.
5. Los acreedores comunes por operaciones mercantiles.
6. Los acreedores comunes por derecho civil.

Artículo 925°.- La prelación en el pago a los acreedores de la segunda sección, se sujetará al orden siguiente:

1. Los acreedores con derecho real, en los términos y por el orden que resulte del Registro de Propiedad Inmueble.
2. Los acreedores singularmente privilegiados y demás enumerados en el artículo anterior, por el orden establecido en el mismo.

18 Ley Procesal de Quiebras, Ley N° 7566, Promulgado el 2 de agosto de 1932.

Artículo 112°.- Con los demás bienes muebles e inmuebles del deudor serán pagados:

- 1° Los gastos judiciales provenientes de la quiebra.
- 2° Los gastos judiciales que deba el deudor por la defensa de sus bienes en el año anterior a la declaratoria de quiebra.
- 3° Los salarios y jornadas correspondientes a criados, dependientes y obreros del deudor, durante el semestre anterior a la declaratoria de quiebra, así como las indemnizaciones que pueden corresponderles conforme a las leyes respectivas.

19 Ley N° 15485, Promulgado el 2 de abril de 1965.

Artículo 2°.- Sustitúyase el art. 111 de la Ley N° 7566, por el siguiente: Con relación a determinados inmuebles, gozan de preferencia:

- I.- Los salarios, sueldos y honorarios correspondientes a profesionales, empleados, obreros y domésticos del deudor, así como los beneficios sociales que puedan legalmente corresponderles (...)

Artículo 3°.- Queda sin efecto lo dispuesto en el Inc. III del Art. 112° de la Ley Procesal de Quiebras (...)

20 Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley N° 26116, Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de diciembre de 1992 y entró en vigencia el 20 de enero de 1993.

Artículo 7°.- Orden de preferencia.- El orden de preferencia de los créditos es el siguiente:

1. Los créditos que tengan como origen el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores (...).

21 Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo N° 845, Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de setiembre de 1996.

Artículo 24°.- Orden de preferencia.- El orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

máximos de reconocimiento. Asimismo, por primera vez la LRP incorporaba a nuestro ordenamiento los créditos previsionales (provenientes de aportes a la ONP o a las AFPs) dentro del primer orden de prelación, considerando también como créditos previsionales a las comisiones de las AFPs.

Finalmente, la LGSC que derogó la LRP mantuvo esta protección de los créditos laborales y previsionales, excluyendo en un primer momento a las comisiones de las AFPs para luego integrarlas a este orden de prelación y para finalmente «descenderlas» al quinto orden de prelación como se verá más adelante. Sin embargo, la sala de defensa de la competencia en la aplicación del artículo 37.B de la Ley N° 26336 y de la LRE incorporó en el primer orden de prelación a los créditos previsionales^{21.A}.

Como podemos apreciar, nuestras diferentes legislaciones concursales han otorgado a los créditos laborales el privilegio de ser cobrados antes que los demás, sin embargo, es recién en el año 1993 con la entrada en vigencia de nuestra actual Constitución Política²² que la protección de estos créditos tiene carácter constitucional, mas no los créditos previsionales, ya que su privilegio proviene de la norma concursal.

3.2. Créditos derivados de los Aportes al Seguro Social de Salud (SSS)

Los créditos derivados de los aportes realizados al SSS, a diferencia de los créditos laborales no fueron establecidos en el Código de Comercio de 1902²³ pues se incorporaron por primera vez en el ordenamiento jurídico peruano mediante la LPQ²⁴ otorgándoles el primer orden de prelación. Sin embargo, esta norma no hacía referencia taxativa a los aportes al SSS, limitándose a indicar los créditos correspondientes al fisco.

La Ley N° 15485²⁵, que modificó la LPQ, otorgó el segundo orden de prelación a los créditos del fisco siendo la LRE²⁶, que derogó la LPQ, la que estableció que los créditos tributarios les correspondía el tercer orden de prelación, en consecuencia, a los créditos derivados de los aportes al SSS también deberían encontrarse dentro de dicho orden²⁷. No obstante, la derogada LRP²⁸ estableció de manera taxativa que a los créditos derivados de los aportes al SSS les correspondía el cuarto orden de prelación.

Finalmente, la LGSC original que derogó la LRP mantuvo el cuarto orden de dichos créditos, para luego «ascenderlos» al segundo orden, para finalmente «regresarlos» al cuarto orden de prelación, una vez más.

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

Los créditos por aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen expresamente los conceptos a que se refiere el artículo 30° del Decreto Ley N° 25987.

- 21.A «[...] La Sala considera que la calificación efectuada en el artículo 37B de la Ley N° 26336 debe aplicarse al presente caso, toda vez que su finalidad fue justamente precisar los alcances del artículo 7, numeral 1°, de la Ley de Reestructuración Empresarial - norma legal que rige el procedimiento -, especificando que los créditos laborales comprenden los aportes impagos al Sistema Nacional de Pensiones. En este orden de ideas, la Comisión aplicó la norma pertinente al caso concreto y reconoció los créditos invocados por el IPSS, adjudicándoles la prioridad establecida en el numeral 1° del artículo 7 del Decreto Ley N° 26116, esto es, el primer orden de preferencia para el pago, dada la naturaleza laboral de los créditos reconocidos». El párrafo citado se dictó al interior del Expediente N° 065-1995-008/CRE-CAL, mediante Resolución N° 0278-1998/TDC-INDECOPI del 7 de octubre de 1998, en el Procedimiento Concursal seguido por Instituto Peruano de Seguridad Social frente a Vigilia Peruana S.A.
- 22 Artículo 24° de la Constitución Política del Perú: «[...] El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador [...].»
- 23 Ver pie de página 18.
- 24 Ley Procesal de Quiebras, Ley N° 7566, Promulgado el 2 de agosto de 1932.
Artículo 111°.- Con relación a determinados inmuebles, gozan de preferencia:
1° Los créditos del fisco y de las Municipalidades por impuestos adeudados.
2° Los créditos hipotecarios.
3° Los censos inscritos en el Registro de la propiedad.
- 25 Ley N° 15485, Promulgado el 2 de abril de 1965.
Artículo 2°.- Sustitúyase el art. 111 de la Ley N° 7566, por el siguiente: Con relación a determinados inmuebles, gozan de preferencia:(...)
II.- Los créditos del fisco y las municipalidades por impuestos adeudados (...).
- 26 Ley de Reestructuración Empresarial.
Artículo 7°.- Orden de preferencia.- El orden de preferencia de los créditos es el siguiente:
(...)
3. Los créditos que tengan como origen los tributos. (...)
- 27 Sobre el particular Hernando Montoya precisa que «[...] Los tributos alcanzan igualmente a las contribuciones al Instituto Peruano de Seguridad Social». Ver Montoya, Hernando. *La Prolación de los créditos en el marco de la Reestructuración Empresarial*. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. N° 43. Lima. 1994. p.95.
- 28 Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo N° 845, Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de setiembre de 1996.
Artículo 24°.- Orden de preferencia.- El orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:
(...)

4. El Orden de Prelación de los Créditos Laborales y Previsionales

Artículo 42°.- Orden de preferencia.- 42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente.		
Ley N° 27809 ²⁹	Ley N° 28709 ³⁰	Decreto Legislativo N° 1050
<p>Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. <u>Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen expresamente los conceptos a que se refiere el artículo 30° del Decreto Ley N° 25897, con excepción de aquellos establecidos en el literal c) de dicho artículo.</u></p>	<p>Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse.</p>	<p>Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. <u>Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen los conceptos a que se refiere el artículo 30° del Decreto Ley N° 25897, con excepción de las comisiones cobradas por la administración de los fondos privados de pensiones.</u></p>

Como podemos apreciar en el cuadro (el subrayado es nuestro y hace énfasis a las modificaciones en el orden de prelación), el primer orden de prelación no ha variado respecto a su estructura principal, puesto que tanto en la LGSC original como en sus diferentes modificaciones mantiene, en dicho orden, las remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por Ley, así como los gastos que por tales conceptos pudieran originarse.

La Ley N° 27809 incluía a los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones que se encuentran en el artículo 30° del Decreto Ley N° 25897, norma que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, con excepción de los conceptos referidos en el literal c) de dicho artículo.

Sin embargo, el legislador no pretendía señalar el literal c) del artículo 30° del Decreto Ley N° 25897³¹, dado que tal literal al momento de la promulgación de la LGSC se encontraba derogado, por lo que cometió un error tipográfico en la redacción de la misma, siendo su verdadera intención establecer como excepción el literal d) del artículo 30° del Decreto Ley N° 25897, que señala como aportes obligatorios de los trabajadores dependientes los montos y/o los porcentajes que cobren las AFP por concepto de retribución por prestar sus servicios, tal como lo señala Juan Francisco Rojas:

«[...] cuando se señala que quedan incluidos los conceptos a que se refiere la Ley N° 25897, con excepción de los referidos en el literal c) de dicha norma, en realidad, está excluyendo de este privilegio a la parte del aporte previsional que es consecuencia de la comisión que las AFP cobran por la prestación de sus servicios. Esos créditos no gozan del beneficio del primer orden y únicamente les corresponde el quinto orden de preferencia»³².

4. Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Instituto Peruano de Seguridad Social-IPSS, sean estos tributos, multas, intereses y gastos, de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario. (...)

29 Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 2 de agosto de 2002, vigente a partir del 8 de octubre del mismo año.

30 Ley N° 28709, Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de abril de 2006.

31 Derogado por el artículo 7° de la Ley N° 26504 Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de julio de 1995, eliminándose la contribución de solidaridad del 1% que afecta a los trabajadores incorporados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

32 Rojas Juan Francisco. *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Ara Editores. Lima. 2002. p.149.

Asimismo, la jurisprudencia emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI establece que las comisiones a favor de las AFP se encontraban excluidas del primer orden de prelación:

«[...] La norma aplicable a efectos de determinar el orden de prelación que correspondía a dichos créditos era el artículo 42.1 de la Ley General del Sistema Concursal, según el texto vigente hasta su modificatoria efectuada por Ley, que establece que tienen el primer orden de preferencia los créditos por capital, intereses y gastos derivados de aportes previsionales adeudados al Sistema Privado de Pensiones o a la Oficina de Normalización Previsional, con excepción de las comisiones cobradas por las AFP's por la administración de los fondos de pensiones.

En el texto original del artículo 42.1 de la Ley General del Sistema Concursal –el cual se encontraba vigente a la fecha en que AFP Integra presentó su solicitud de reconocimiento de créditos–, se reconocía el quinto orden de preferencia a todos los conceptos que integran los créditos previsionales derivados de las comisiones cobradas por las AFP»³³.

No obstante, casi cuatro años después mediante Ley N° 28709 se incluyó dentro del primer orden de prelación a las comisiones cobradas por las AFPs eliminando la precisión sobre los conceptos que forman parte del Sistema Privado de Pensiones. Como mencionamos en párrafos precedentes, la protección de los créditos laborales proviene del artículo 24° de la Constitución, dado que se protege la remuneración y los beneficios sociales. Por otro lado, es la propia Constitución la que regula de manera diferente los aportes previsionales³⁴ de los laborales siendo la LGSC la que los trata de manera igualitaria, puesto que sólo bastaría la mención de remuneraciones (y no el agregado de previsionales). Por ello se desprende que el privilegio de los aportes previsionales no proviene de la Constitución, sino de la Ley concursal³⁵.

El privilegio de los créditos laborales radica en la naturaleza alimentaria de la remuneración, ya que tanto el trabajador como los dependientes de él (su familia) logran subsistir con ella (en muchos casos es la única fuente de ingresos del empleado o al menos la principal). Asimismo, los créditos previsionales poseen la misma naturaleza (al originarse en la remuneración del trabajador), dado que el Estado busca proteger a los trabajadores en el cese de su vida laboral velando por su subsistencia al término

de esta ya sea: (i) por la incapacidad del trabajador de seguir laborando debido a su avanzada edad, circunstancia en la cual recibe una pensión por concepto de jubilación que le permite mantener su calidad de vida (siempre y cuando se realicen los aportes al SPP o al SNP); o, (ii) en el caso de una contingencia sobreviniente al trabajador que impida la continuación de su desempeño en el ámbito laboral (por fallecimiento del titular y el consecuente otorgamiento de una pensión de orfandad a los descendientes, ascendentes y/o cónyuges, así como los gastos de sepelio del afiliado titular; o, por invalidez).

Es en virtud a lo antes expuesto que también se entiende la existencia de un privilegio a favor de los créditos previsionales. Así, los trabajadores incorporados al Sistema Privado de Pensiones deben realizar aportes periódicos obligatorios al Fondo de Pensiones, siendo estos provenientes de trabajadores independientes como dependientes, en el primer supuesto los trabajadores actúan como agentes retenedores y en el segundo caso es el empleador quien retiene devengando las remuneraciones afectas.

El artículo 30° del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones establece que los aportes obligatorios de los trabajadores dependientes al Fondo de pensiones están compuestos por: i) el 10% de la remuneración asegurable que va destinado al Fondo de Pensiones del trabajador; ii) un porcentaje de la remuneración asegurable destinado a financiar las prestaciones de invalidez y sobrevivencia y un monto destinado a financiar la prestación de gastos de sepelio; y, iii) los montos y/o porcentajes que cobren las AFP por el concepto de retribuciones por la prestación de todos sus servicios, es decir, es el monto cobrado (honorarios) por las AFPs por administrar el Fondo de Pensiones del trabajador.

Es de notar que el legislador optó por otorgar el primer orden de prelación a las comisiones de las AFPs pues trató a los tres conceptos de los aportes como un aporte único, sin importar el destino de estos. Sin embargo, debemos diferenciar estos aportes, tal como señala Juan Carlos Cortés:

«[...] Dicho aporte está desagregado y se sabe perfectamente qué destino tiene, de ahí que perfectamente se pueda distinguir entre un destino y otro, y quién es el acreedor en un caso y otro.

33 Los párrafos citados se dictaron al interior del Expediente N° 003-1997/CCPLL-080, mediante Resolución N° 2284-2007/TDC-INDECOPI del 19 de noviembre de 2007, en el Procedimiento Concursal seguido por Administradora Privada de Fondos de Pensiones Integra frente a Carrocerías Morillas S.A. en Liquidación.

34 Artículo 11° de la Constitución Política del Perú: «El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administrará los regímenes de pensiones a cargo del Estado».

35 Cortés, Juan Carlos. *Aspectos laborales de la modificación de la Ley General del Sistema Concursal*. En Actualidad Jurídica N° 150. Gaceta Jurídica. Lima. Mayo de 2006. p.250.

Nuevamente, podría sostenerse que la AFP actúa en nombre del afiliado y que recién cuando el aporte ingresa a la AFP se hace la distinción. Sin embargo, consideramos que no es así, que la distinción ya viene dada, y la AFP actúa en representación del afiliado en los dos primeros conceptos y por derecho propio en el tercero»³⁶.

Las comisiones de las AFPs tienen una naturaleza contractual y no previsional, dado que al momento en que el trabajador se afilia a una AFP ambas partes pactan el porcentaje a ser cobrado por ésta por administrar su Fondo de Pensiones, por lo que este concepto no es destinado al beneficio del trabajador, sino al de la propia AFP. Asimismo, el afiliado a través de los aportes realizados a las AFPs es propietario de sus ahorros personales destinados al fondo pero no es propietario de las comisiones cobradas por éstas.

Es en ese sentido que no se explicaba el por qué las comisiones se encontraban en el primer orden de prelación, ya que si bien los créditos previsionales fueron incorporados a este orden por la protección proveniente de la norma concursal y no de la Constitución, las comisiones correspondientes a las AFPs no tienen naturaleza alimentaria ni carácter previsional, puesto que el pago del afiliado por tal concepto no busca garantizar el acceso a las pensiones, sino la administración de su fondo por parte de la AFP, por lo que la relación existente entre el afiliado y la AFP es netamente comercial.

En atención a la problemática descrita en los párrafos precedentes, el legislador, acertadamente, mediante Decreto Legislativo N° 1050 retomó el espíritu de la Ley N° 27809 al excluir taxativamente a las comisiones cobradas por las AFPs.

5. El Orden de Prolación de los Créditos derivados de los Aportes al SSS

Artículo 42°. Orden de preferencia.		
42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente		
Ley N° 27809	Ley N° 28709	Decreto Legislativo N° 1050
Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, <u>incluidos los del Seguro Social de Salud-ESSALUD</u> , sean tributos, multas, intereses, moras, costas y recargos.	Segundo: <u>Aportes impagos al Seguro Social de Salud incluyendo los intereses, moras, costas y recargos que estos generen</u> ; y los créditos alimentarios.	Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, <u>incluidos los del Seguro Social de Salud-ESSALUD</u> , sean tributos, multas, intereses, moras, costas y recargos

La LGSC original, otorgó a los créditos derivados de aportes al SSS el cuarto orden de prelación. Trascurridos casi cuatro años desde la vigencia de esta Ley, dicha norma fue otorgándoles el segundo orden, para que finalmente, el legislador optara (en la última modificación de la norma concursal por el Decreto Legislativo N° 1050) por retomar lo establecido en el texto original de la LGSC, «descendiendo» a los aportes al SSS al cuarto orden prelación.

De conformidad con el artículo 6° de la Ley N° 26790³⁷, los aportes por afiliación al SSS tienen carácter mensual y se realizan de la siguiente manera: a) afiliados regulares en actividad, se incluyen tanto los que laboran bajo relación de dependencia como los socios de cooperativas, equivale al 9% de la remuneración o ingreso, siendo el empleador el encargado de declararlos y pagarlos a ESSALUD, por

intermedio de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante, SUNAT); b) afiliación regulares pensionistas, consiste en el aporte de los pensionistas del 4%, siendo la empleadora la responsable de la retención, declaración y pago a ESSALUD; y, c) afiliados potestativos, que corresponde de acuerdo al plan elegido por cada afiliado.

Por su parte, la Ley Marco del Sistema Nacional Tributario³⁸ cataloga a los aportes realizados al sistema del SSS como contribuciones. Asimismo, el Código Tributario³⁹ señala que los aportes al Seguro Social de Salud - ESSALUD se regirán de acuerdo a las normas del referido Código.

Por lo antes expuesto, se explica de alguna manera el por qué el legislador ubicó a las aportaciones al SSS en el cuarto orden de prelación junto con los

36 idem. p. 251.

37 Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Asimismo, el artículo 5° de la Ley General de la SUNAT establece que una de las funciones de dicha entidad es la de administrar, recaudar y fiscalizar las aportaciones al Seguridad Social de Salud (ESSALUD).

38 Decreto Legislativo N° 771, Ley Marco del Sistema Nacional Tributario.

Artículo 2.- (...) 3. Para otros fines.

a) Contribuciones de Seguridad Social, de ser el caso.

39 TÍTULO PRELIMINAR: NORMA II

créditos tributarios, pues dichos aportes provienen de una normativa tributaria (más allá de si es o no correcta esta deducción, es la opción del legislador)⁴⁰, lo que resulta acorde con las normas antes mencionadas, y tal vez sumado a ello la idea que el Estado al recaudar estos aportes es el acreedor con mayor información sobre sus deudores y con mayor tutela coactiva respecto de otros acreedores.

“el legislador ubicó a las aportaciones al SSS en el cuarto orden de prelación junto con los créditos tributarios, pues dichos aportes provienen de una normativa tributaria (más allá de si es o no correcta esta deducción, es la opción del legislador”

No obstante, la misma norma del Código Tributario señala que tanto los aportes al Seguro Social de Salud como los aportes previsionales se regirán por las normas del referido Código. Asimismo, el artículo 11° de la Constitución Política del Perú⁴¹ establece que las aportaciones previsionales (ya sean las realizadas a la ONP o a las AFPs) se encuentran estrechamente ligadas con las aportaciones al SSS, pues el Estado garantiza su funcionamiento. Es de notar que ambas normas establecen un trato equitativo entre las aportaciones al SSS y los aportes previsionales y si estos últimos han sido incluidos por la LGSC en el primer orden de preferencia, ¿también debería de incluir a los créditos derivados de los aportes al SSS?, si esta deducción es correcta, entonces ¿por qué la diferencia?

Como señaló Cortés en un comentario poco tiempo después (mayo de 2006) de producirse la primera

modificación a la LGSC (abril de 2006) y haciendo alusión al cuarto orden de prelación de los aportes al SSS:

«[...] ¿cuál es la razón por la que la normativa estableció los aportes a los sistemas de jubilación dentro del primer orden y los aportes al seguro social en el cuarto orden? La explicación podría encontrarse en el origen del dinero destinado al aporte. De acuerdo, con el sistema actual el aporte destinado a los fondos de pensiones, sea el privado o el público, proviene del descuento que realiza el empleador a la remuneración del trabajador, mientras que el aporte al Seguro Social es abonado exclusivamente por el empleador. Al parecer, el legislador quiso proteger especialmente el aporte que provenía de la remuneración del trabajador, quizás basado en considerarlo como parte de su remuneración [...] lo que no queda claro son los fundamentos por los que la norma que reforma la ley concursal ubica a las acreencias del Seguro Social dentro del segundo orden. Posiblemente, se ha utilizado un criterio de conveniencia más que técnico, en el sentido que no se ha querido afectar a las acreencias laborales y previsionales ya establecidas, y darle preferencia frente a los demás créditos y darle preferencia frente a los demás niveles»⁴².

No olvidemos que el artículo 2.1° de la Ley de la Creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD)⁴³ señala que su finalidad consiste en dar cobertura a los asegurados y a sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud. En consecuencia, la finalidad de los aportes al seguro social consiste en velar y garantizar la atención en salud y/o otras prestaciones a los trabajadores del Perú.

Con lo cual se desprende que la finalidad de colocar en el segundo orden de preferencia a los aportes al SSS (en abril de 2006) se debió a la situación de incertidumbre que atravesaban miles de jubilados y trabajadores (que incluso se mantiene en la actualidad) cuyos derechos fueron perjudicados por el incumplimiento de sus antiguos empleadores con

(...) Las aportaciones al Seguro Social de Salud - ESSALUD y a la Oficina de Normalización Previsional - ONP se rigen por las normas de este Código, salvo en aquellos aspectos que por su naturaleza requieran normas especiales, los mismos que serán señalados por Decreto Supremo.

40 «La Ley N° 27056 señala que ESSALUD disfruta de autonomía, como organismo público descentralizado del sector Trabajo que se financia por aportes sólo de los asegurados. De aquí se sigue que es un organismo público por cuanto presta servicios al colectivo asegurado, mas no porque pertenezca al Estado [...] Tampoco lo es porque los aportes de los asegurados jurídicamente puedan catalogarse como tasas parafiscales o como impuestos recaudados, por ahora, por otra entidad del Estado (SUNAT), pues dichas aportaciones lo pagan los asegurados con un destino preciso, único e intangible: cautelar su salud personal y familiar. Los impuestos en cambio, ingresan a la caja fiscal del Estado para darles la aplicación que juzgue conveniente». Fajardo, Martín. *Reflexiones sobre la Autonomía de ESSALUD*. En: *Análisis Laboral*. N° 301. Lima. 2002. p. 79.

41 «Artículo 11° de la Constitución: El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo eficaz funcionamiento».

42 Cortés, Juan Carlos. Op. Cit. p. 249.

43 Ley N° 27056.- Artículo 1.- Creación, definición y fines.

1.2. Tiene por finalidad dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos.

el pago de estos aportes materializándose en una pensión reducida y/o la falta de atención por parte de ESSALUD⁴⁴.


Por lo antes mencionado, podemos entender que la modificación realizada mediante Ley N° 28709 era positiva, más allá de estar o no de acuerdo con que estos créditos se ubiquen en el primer o segundo orden, lo cierto es que en el cuarto orden no deberían de estar tal como lo establece la norma vigente que optó por «regresar» a los aportes al SSS al cuarto orden de prelación.

6. A manera de Conclusión

El legislador propulsor de las modificaciones a las disposiciones de la LGSC, mediante el Decreto Legislativo N° 1050, si bien trata de componer de manera positiva el desfase normativo ocurrido años atrás al otorgar el primer orden de prelación a las comisiones de las AFPs perteneciendo ahora al quinto orden; regresa al cuarto orden a los aportes realizados a ESSALUD, quizás con la lógica que dichos aportes provienen de normas tributarias.

El retorno al cuarto orden de prelación de los aportes al SSS trae como consecuencia inmediata que en una liquidación resulte difícil cobrar dichos créditos, ya que por lo general para este orden la masa concursal sea insuficiente y no permita hacer efectivo el cobro de tales créditos.

Es de tener en cuenta que la situación de malestar de miles de jubilados y trabajadores cuyo derecho a ser atendidos por el Seguro Social de Salud – ESSALUD resulta perjudicado por el incumplimiento de sus ex empleadores con el pago de estos aportes aumentará con la ubicación de los aportes al SSS en el cuarto orden de preferencia, pues poco o nada podrá ser cobrado por el Estado menoscabándose así el derecho de los trabajadores a las prestaciones de salud pública. Otro tema importante a considerar es que si bien la población asegurada en el Perú es mínima debido en su gran mayoría al empleo informal, los pocos asegurados (pocos trabajadores formales) no podrán ver materializado su acceso a ESSALUD si su empleador entra en una crisis empresarial ya que con el sistema concursal peruano adoptado es poco probable que un crédito del cuarto orden sea pagado.

Estamos de acuerdo que se debe buscar la forma de disminuir los créditos privilegiados y ese es el reto de todo sistema concursal. Si bien el legislador optó por otorgar un tratamiento diferenciado a los créditos laborales y/o previsionales (primer orden de prelación) frente a los derivados de los aportes a ESSALUD (cuarto orden de prelación), consideramos que no debería mediar una diferencia tan significativa en el orden de prelación teniendo en cuenta que tales créditos cumplen una misma finalidad .

44 Sobre los créditos derivados de los aportes al Seguro Social de Salud se señala que: «[...] se encuentran directamente ligados a los créditos 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 su 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)». Jiménez, José Antonio. Op. Cit. p. 295.