

Persecutoriedad laboral, garantías reales y concurso: un modelo para desarmar

Jean Paul Calle Casusol(*)

1. Introducción

Uno de los tópicos en materia concursal sobre el cual existe discusión es el referido a la oponibilidad del privilegio laboral respecto de los acreedores titulares de una garantía real. Una posición importante considera que tal oponibilidad, sin límite alguno, no solamente no contribuye de manera efectiva a la protección de las garantías reales, sino que además termina desincentivando el acceso al crédito por parte de las empresas o, en todo caso, imponiendo un costo más alto a dicho acceso.

Y no le falta razón a esta posición si se tiene en consideración que los prestamistas normalmente deciden otorgar financiamiento a las empresas en la medida que exista un sistema legal de garantías adecuado, así como mecanismos legales efectivos para la ejecución de las garantías reales y el cobro de sus créditos. Así, cuando mayor es la posibilidad para los prestamistas de recuperar el dinero que prestan vía la ejecución de sus garantías, menor será el costo de prestar. Por el contrario, la incertidumbre acerca de la ejecutabilidad de las garantías reales aumenta el costo del crédito para compensar precisamente el riesgo de incumplimiento o, en casos de gravedad, conduce a la contracción del crédito.

Más allá de la protección constitucional y legal de la que gozan los trabajadores, lo cierto es que el régimen concursal debe proteger de manera adecuada a los acreedores garantizados, facilitándoles mecanismos concursales ágiles, confiables y predecibles para el recupero de sus créditos, pues los prestamistas precisamente esperan que la ejecución de sus garantías no solamente se realice mediante mecanismos extraconcursales adecuados, sino además por sistemas concursales eficientes. Al final, una protección adecuada del crédito podrá redundar en

beneficio de los propios trabajadores y de la empresa en crisis.

En ese contexto, nos interesa reflexionar sobre la problemática que se puede suscitar con el ejercicio de la facultad persecutoria laboral y la consecuente desprotección del acreedor o tercero que se adjudicó un bien garantizado del deudor concursado. Por ejemplo, ¿sería procedente que acreedores laborales, luego de haber obtenido sentencia favorable firme que les reconoce los créditos que mantienen frente a su empleador, soliciten al Poder Judicial que declare la persecutoriedad de los bienes que dicho empleador adjudicó a favor de un acreedor garantizado en el marco de un procedimiento concursal, con el fin de poder rematar el bien y obtener el cobro de sus acreencias? ¿Sería posible que los trabajadores aleguen el ejercicio de esta facultad persecutoria, luego de que un acreedor garantizado se adjudicó activos de un empleador sometido a concurso?

En el presente trabajo intentaremos dar respuesta a tales interrogantes, para lo cual efectuaremos un análisis del artículo 3 del Decreto Legislativo 856 - norma que contempla el derecho persecutorio del acreedor laboral-, así como de las disposiciones contenidas en la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal (en adelante, la "LGSC") referentes al tratamiento de los créditos laborales en el ámbito concursal, incidiendo especialmente en los mecanismos previstos para el pago de tales créditos.

2. Introducción necesaria: el concurso y sus efectos

El sistema concursal tiene por objetivo brindar a los deudores mecanismos legales para solucionar las situaciones de crisis económica o financiera que puedan enfrentar, y al mismo tiempo facilitar a los acreedores, principales perjudicados por dicha situación de crisis, la adopción de los acuerdos que

(*) Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Egresado de la Maestría de Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

estimen convenientes para obtener el recupero de sus créditos.

Con este fin, la LGSC ha estructurado dos clases de procedimientos concursales, a saber: (i) el Procedimiento Concursal Ordinario (en adelante, el "PCO")⁽¹⁾; y, (ii) el Procedimiento Concursal Preventivo (en adelante, el "PCP")⁽²⁾. El PCO tiene por finalidad revertir una situación de crisis presente y generalizada, para lo cual se concede a los acreedores, reunidos colectivamente, la posibilidad de optar por la reestructuración del patrimonio en crisis (en cuyo caso deberán aprobar un Plan de Reestructuración) o por su disolución y liquidación (en cuyo caso deberán aprobar un Convenio de Liquidación), dependiendo de la valoración que otorguen al negocio en marcha o en liquidación bajo un análisis de eficiencia económica.

En cambio, el PCP busca evitar una situación de crisis futura, permitiendo que en una etapa temprana se pueda solucionar cualquier situación de iliquidez por la que pueda atravesar el deudor. A diferencia del PCO, el objetivo principal del PCP es la refinanciación de las obligaciones del deudor con el concurso de sus acreedores (en cuyo caso deberán aprobar un "acuerdo global de refinanciación"), razón por la cual su utilización, por mandato de la ley, se restringe a deudores cuya crisis no tiene una mayor magnitud.

En uno u otro mecanismo, la LGSC privilegia el interés del colectivo de acreedores y no el interés individual de cada acreedor, por lo que, en virtud del "principio de colectividad", busca propiciar la creación de un ambiente idóneo para la negociación entre los

acreedores y su deudor, dentro del cual participen la totalidad de acreedores con el fin de adoptar (en mayor o menor medida en función del procedimiento concursal seguido) los acuerdos tendientes a maximizar el valor del negocio, así como la responsabilidad de las decisiones que afectan al patrimonio y la carga del impulso de los procedimientos, una vez instalada la Junta de Acreedores⁽³⁾.

Ahora bien, una particularidad a destacarse es que, una vez difundido el concurso del deudor mediante la publicación del respectivo aviso concursal⁽⁴⁾, el procedimiento se torna de interés público. A partir de ese momento, se generan una serie de efectos y plazos que inciden en las relaciones patrimoniales que mantiene el deudor con sus acreedores, a saber:

a) Diferenciación cualitativa de los créditos que van a estar comprendidos en el concurso del deudor; a partir de la publicación del aviso concursal se genera una distinción en los créditos que dependerá de la oportunidad en que se originaron⁽⁵⁾. Si el crédito se originó antes del aviso concursal, entonces es un crédito concursal y, por tanto, queda comprendido obligatoriamente en el procedimiento. Si el crédito se originó después del aviso concursal, es un crédito corriente o post concursal y, por tanto, no queda comprendido en el procedimiento⁽⁶⁾. La excepción a la regla se produce en el escenario de disolución y liquidación del deudor, en el que opera un fuero de atracción de todos los créditos⁽⁷⁾.

b) Suspensión de la exigibilidad de las obligaciones; a partir de la publicación del aviso

(1) Este procedimiento puede iniciarse a pedido del deudor o de sus acreedores.

(2) Este procedimiento puede iniciarse solamente a instancia del deudor.

(3) LGSC. Título Preliminar.

"Artículo I. El objetivo del Sistema Concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Los agentes del mercado procurarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis".

"Artículo II. Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción".

"Artículo V. Los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor".

"Artículo VII. Los procedimientos concursales se inician a instancia de parte interesada ante la autoridad concursal. El impulso de los procedimientos concursales es de parte. La intervención de la autoridad concursal es subsidiaria".

(4) LGSC. "Artículo 32. Difusión del procedimiento.

32.1. Consentida o firme la resolución que dispone la difusión del procedimiento, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi dispondrá la publicación semanal en el Diario Oficial El Peruano de un listado de los deudores que, en la semana precedente, hayan quedado sometidos a los procedimientos concursales".

(5) LGSC. "Artículo 15. Créditos comprendidos en el concurso.

Quedarán sujetas a los procedimientos concursales:

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

(6) Como se señaló en la Exposición de Motivos del Proyecto de la LGSC "(...) Este privilegio de los créditos corrientes frente a los créditos concursales se sustenta en la necesidad de fomentar que empresas en crisis puedan acceder a nuevos financiamientos con la finalidad de llevar a cabo procedimientos de reestructuración efectivos". Véase BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y José PALMA NAVEA. *Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. p. 111.

(7) Véase GAGLIUFFI, Ivo. *Tratamiento de los créditos tardíos y post concursales y su participación en Junta de Acreedores*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 59. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2003. p. 142.

concurzal⁽⁸⁾, las deudas concursales no son exigibles al deudor y, al mismo tiempo, este no puede pagarlas a sus acreedores hasta que la Junta de Acreedores establezca nuevas condiciones sobre el pago de las mismas en el Plan De Reestructuración, Convenio de Liquidación o Acuerdo Global de Refinanciación, según sea el caso, lo que será oponible a todos los acreedores concursales⁽⁹⁾. Esta medida no resulta aplicable a los acreedores *post* concursales, los que podrán exigir el pago de los créditos a su deudor y, asimismo, este se encuentra en la obligación de pagarlas respetando las fechas de vencimiento originales pactadas, con excepción del caso del procedimiento de disolución y liquidación.

c) Protección legal del patrimonio del deudor; a partir de la publicación del aviso concursal⁽¹⁰⁾ ningún acreedor concursal podrá ejecutar, judicial o extrajudicialmente, el patrimonio del deudor y tampoco ninguna autoridad podrá ordenar, bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte el patrimonio concursal, y si ya están ordenadas se abstendrá de trabarlas⁽¹¹⁾. Esta medida no resulta aplicable a los acreedores *post* concursales, los que podrán ejecutar dicho patrimonio para el cobro de sus créditos, con excepción del caso del procedimiento de disolución y liquidación.

d) Citación de acreedores al concurso; a partir de la publicación del aviso concursal, los acreedores concursales podrán apersonarse al concurso del deudor y solicitar el reconocimiento de sus créditos a efectos de participar en la Junta de Acreedores⁽¹²⁾.

Finalmente, el aviso concursal resulta importante en la medida que permite identificar a los acreedores que estarán legitimados para participar con derecho a voz y voto en la Junta de Acreedores⁽¹³⁾. A tal efecto, según sea que se presenten o no dentro del plazo previsto en el aviso concursal, la LGSC distingue entre los siguientes acreedores:

a) Acreedores oportunos; son aquellos que presentaron su solicitud dentro del plazo y obtuvieron el reconocimiento respectivo, estando legitimados para participar con voz y voto en la Junta de Acreedores.

b) Acreedores tardíos; son aquellos que por haber solicitado extemporáneamente el reconocimiento de sus créditos⁽¹⁴⁾, carecen de derechos políticos, lo cual no implica una pérdida de sus derechos económicos⁽¹⁵⁾.

c) Acreedores contingentes; son aquellos cuyos créditos se encuentran controvertidos judicial, arbitral o administrativamente y que, una vez definida la contingencia, podrán participar con derecho a voz y voto en las Juntas de Acreedores, de ser el caso⁽¹⁶⁾.

(8) LGSC. "Artículo 17. Suspensión de la exigibilidad de obligaciones.

17.1. A partir de la fecha de publicación a que se refiere el Artículo 32, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a estas, cuando corresponda, la tasa de interés que fuese pactada por la Junta de estímarlo conveniente. En este caso, no se devengará intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses.

17.2. La suspensión durará hasta que la Junta apruebe el Plan de Reestructuración, el Acuerdo Global de Refinanciación o el Convenio de Liquidación en los que se establezcan condiciones diferentes referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable en cada caso, lo que será oponible a todos los acreedores comprendidos en el concurso".

(9) En el caso del PCP la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor puede operar a partir de la publicación del aviso concursal (si así lo solicitó al acogerse al procedimiento) o con la presentación del acuerdo global de refinanciación (en caso no haya expresado nada en su solicitud), conforme a lo establecido en el artículo 108 de la LGSC.

(10) LGSC. "Artículo 18. Marco de protección legal del patrimonio.

18.1. A partir de la fecha de la publicación referida en el Artículo 32, la autoridad que conoce de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial seguidos contra el deudor, no ordenará, bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte su patrimonio y si ya están ordenadas se abstendrá de trabarlas (...).

18.4. En ningún caso el patrimonio del deudor sometido a concurso podrá ser objeto de ejecución forzosa, en los términos previstos en la Ley, con la excepción prevista en el primer y segundo párrafos del Artículo 16 (...).

18.6. Declarada la situación de concurso y difundido el procedimiento no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados por garantías, salvo que dichos bienes hubiesen sido afectados en garantía de obligaciones de terceros, con excepción de los Artículos 16.1 y 67.5".

(11) En el caso del PCP la protección legal del patrimonio podrá operar desde el momento de la publicación del aviso concursal o de la presentación del Acuerdo Global de Refinanciación, según se el caso.

(12) LGSC. "Artículo 32. Difusión del procedimiento.

32.2. En la publicación se requerirá a los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos, se les informará sobre el plazo para el apersonamiento al procedimiento y se pondrá a su disposición en las oficinas de la Secretaría Técnica la relación de obligaciones declaradas por el deudor".

(13) LGSC. "Artículo 34. Apersonamiento de acreedores al procedimiento.

34.1. Tienen derecho a participar con voz y voto en la reunión de instalación de Junta y en las posteriores los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo de treinta (30) días posteriores a la fecha de publicación del aviso que informa sobre la situación de concurso, más el término de la distancia, y que hayan obtenido su reconocimiento (...).

34.3. Carecerán de derecho a voz y voto en las Juntas quienes obtengan el reconocimiento tardío de sus créditos".

(14) En el caso del PCP no procede el reconocimiento de créditos tardíos, conforme a lo establecido en el artículo 105 de la LGSC.

(15) Véase GAGLIUFFI, Ivo. *Op. cit.*; p. 144; y CALLE, Jean Paul. *Derechos económicos y políticos de los acreedores concursales*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo CX. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. pp. 86 y siguientes.

(16) LGSC. "Artículo 34. Apersonamiento de acreedores al procedimiento.

3. Tratamiento de los créditos laborales en la LGSC

De acuerdo con lo expuesto, puede colegirse que los acreedores laborales pueden ser titulares de deuda concursal o de deuda post concursal. En caso sean titulares de deuda concursal solamente podrán cobrar en los términos y condiciones del instrumento concursal que apruebe la Junta de Acreedores, observando las limitaciones de ley. En caso sean titulares de deuda corriente, podrán cobrar de manera inmediata, en la medida que no les es oponible el marco concursal, salvo en el supuesto de disolución y liquidación de la empresa deudora.

En tal sentido, resulta necesario analizar las disposiciones de la LGSC relativas al reconocimiento y pago de los créditos laborales, a fin de analizar posteriormente si dicho tratamiento es compatible con el ejercicio de la facultad persecutoria laboral.

3.1. Disposiciones sobre reconocimiento de créditos

En cuanto al reconocimiento de los créditos conviene tener presente que el mismo consiste en la verificación de los créditos invocados por los acreedores frente a su deudor, a fin de determinar su legitimidad para participar en la Junta de Acreedores⁽¹⁷⁾ y con ello posibilitar el cobro de sus créditos al interior del concurso, de ser el caso. En esa línea, la LGSC establece que los acreedores laborales que soliciten el reconocimiento de sus créditos (en el marco de un PCO o de un PCP), deberán presentar la documentación que acredite el origen, existencia, legitimidad y cuantía de los mismos⁽¹⁸⁾.

Para efectos del reconocimiento de tales créditos, cabe destacar que mediante Resolución 088-97-TDC de fecha 4 de abril de 1997⁽¹⁹⁾, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, el "Tribunal del Indecopi") aprobó como precedente de observancia obligatoria el procedimiento que debe desarrollar la "autoridad concursal" cuando los trabajadores y ex trabajadores

de un deudor concursado soliciten el reconocimiento de los créditos de origen laboral.

El citado precedente establece que la autoridad concursal procederá al reconocimiento inmediato de los créditos, en caso el trabajador presente actas de conciliación judicial o extrajudicial, resoluciones administrativas firmes o laudos arbitrales que resuelvan conflictos jurídicos, sentencias que determinan la existencia y cuantía de los créditos de origen laboral o documento suscrito por el representante del deudor, donde conste el importe de los créditos cuyo reconocimiento se solicita.

En caso que el trabajador presente una autoliquidación, la autoridad concursal deberá poner dicho documento en conocimiento del deudor, a fin de que se pronuncie al respecto. Si el deudor reconoce total o parcialmente los créditos derivados de la autoliquidación u omite pronunciarse, se procederá al reconocimiento total o parcial de manera inmediata, según sea el caso. Si se opone total o parcialmente, deberá presentar la documentación que sustente su oposición, a efectos de que la autoridad concursal emita el pronunciamiento respectivo.

Sin embargo, en el caso de que existan elementos de juicio o indicios que creen duda respecto de la existencia de los créditos laborales invocados, el precedente establece que la autoridad concursal deberá desarrollar un procedimiento de investigación más riguroso a efectos de determinar la existencia, origen, legitimidad y cuantía de los mismos.

Lo anterior guarda consistencia con el procedimiento previsto legalmente para el reconocimiento de los créditos. Así, de acuerdo a la LGSC, en caso que exista coincidencia entre lo expuesto por el acreedor y el deudor, o si los créditos laborales están sustentados en sentencias judiciales, consentidas o ejecutoriadas, la autoridad concursal procederá a su reconocimiento inmediato. Solo en caso que surja alguna controversia o duda sobre la existencia o cuantía de los créditos o el

34.4. No son tardías las solicitudes de reconocimiento presentadas dentro del plazo y cuyos créditos hayan sido declarados contingentes por la Comisión. Definida la contingencia, el titular del crédito, podrá participar en las Juntas con derecho a voz y voto. Igual regla rige respecto de los créditos cuyo reconocimiento se solicitó en forma oportuna, inicialmente denegados y posteriormente reconocidos en vía de impugnación en sede administrativa o judicial".

(17) Cabe señalar que los acreedores laborales intervienen en la Junta de Acreedores a través de su representante laboral, el cual tiene facultades suficientes para adoptar cualquier acuerdo, tal como lo establece el numeral 2 del artículo 47 de la LGSC.

(18) LGSC. "Artículo 37. Solicitud de reconocimiento de créditos.

37.1. Los acreedores deberán presentar toda la documentación e información necesarias para sustentar el reconocimiento de sus créditos, indicando los montos por concepto de capital, intereses y gastos liquidados a la fecha de publicación del aviso a que se refiere el Artículo 32, e invocar el orden de preferencia que a su criterio les corresponde con los documentos que acrediten dicho orden".

(19) Resolución 088-1997-TDC, emitida con fecha 4 de abril de 1997, en el procedimiento de reconocimiento de créditos seguido por trabajadores frente a la Sociedad Minera Gran Bretaña S.A. en Liquidación (Expediente 001-93/CRE-CAL-007). Este precedente consta de dos partes, a saber: El Precedente I se refiere de manera general al procedimiento que deberá seguir la autoridad concursal frente a las solicitudes de reconocimiento de créditos que presente un acreedor laboral, mientras que el Precedente II se refiere al procedimiento que deberá seguirse cuando existan elementos de juicio que hagan dudar o sospechar respecto de la existencia de los créditos laborales invocados.

acreedor sea vinculado al deudor, la autoridad concursal deberá investigar la existencia, origen, legitimidad y cuantía de los créditos por todos los medios, luego de lo cual expedirá la resolución respectiva⁽²⁰⁾.

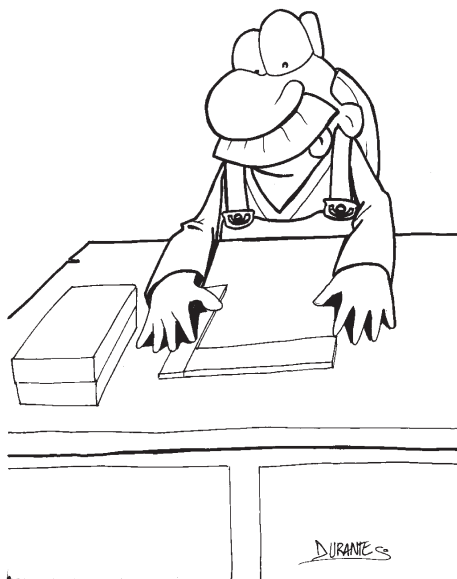
En ese orden de ideas, se puede concluir que para que un acreedor laboral pueda participar en el concurso, ejerciendo sus derechos, y obtener el pago de sus créditos, los mismos deben haber sido previamente reconocidos por la autoridad concursal, siguiendo para tal efecto el procedimiento antes mencionado.

3.2. Disposiciones sobre pago de los créditos laborales

En términos generales, la LGSC no contiene norma alguna referida a la forma de pago de los créditos concursales. En realidad, se ha dejado a la Junta de Acreedores la facultad de establecer el mecanismo que sea necesario para obtener la recuperación de los créditos, en la medida que son los acreedores los principales perjudicados por la situación de crisis de su deudor y, por lo tanto, los mayores interesados en adoptar las decisiones conducentes a maximizar el valor del negocio en crisis.

No obstante, si bien se permite un amplio margen de negociación entre el deudor y sus acreedores, la LGSC no ha querido que el ejercicio de la autonomía privada de los acreedores al interior de los procedimientos se efectúe sin restricción alguna, razón por la cual ha establecido ciertas limitaciones a ser observadas por la Junta de Acreedores al momento de pronunciarse sobre el Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Acuerdo Global de Refinanciación, según el caso⁽²¹⁾.

Una de esas limitaciones está referida a la observancia del pago preferente de los créditos



laborales. En efecto, debe tenerse presente que, de acuerdo al artículo 24 de la Constitución Política⁽²²⁾ y los artículos 1⁽²³⁾ y 2⁽²⁴⁾ del Decreto Legislativo 856, las remuneraciones y beneficios sociales tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, privilegio que se sustenta en la naturaleza alimentaria del crédito laboral y el marco en el cual se genera, caracterizado por la dependencia y subordinación del trabajador frente a su empleador.

En ese sentido, si bien los procedimientos concursales importan la aplicación de un marco jurídico excepcional que busca resolver una situación de crisis empresarial en la cual existe un patrimonio insuficiente para cubrir el pago del total de las

(20) LGSC. "Artículo 38. Procedimiento de reconocimiento de créditos.

(...) 38.2. De existir coincidencia entre lo expuesto por el deudor y el acreedor, la Secretaría Técnica emitirá la resolución de reconocimiento de créditos respectiva, en un plazo no mayor de diez (10) días de la posición asumida por el deudor respecto del crédito. La falta de pronunciamiento del deudor no impide a la Secretaría Técnica, dentro del mismo plazo, emitir las resoluciones respectivas, de considerarlo pertinente (...).

38.5. En los casos de créditos invocados por acreedores vinculados y en aquellos en que surja alguna controversia o duda sobre la existencia de los mismos, el reconocimiento de dichos créditos solamente podrá ser efectuado por la Comisión, la que investigará su existencia, origen, legitimidad y cuantía por todos los medios, luego de lo cual expedirá la resolución respectiva".

"Artículo 39. Documentación sustentatoria de los créditos.

(...) 39.2. Asimismo, serán reconocidos por el solo mérito de su presentación, los créditos que se sustenten en sentencias judiciales consentidas o ejecutoriadas o laudos arbitrales, siempre que su cuantía se desprenda del tenor de los mismos o que hayan sido liquidados en ejecución de sentencia (...)"

(21) Véase nuestro comentario en CALLE, Jean Paul. *El pago en especie en los procesos concursales*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo CII. Lima: Gaceta Jurídica, junio de 2002. pp. 88 y siguientes.

(22) Constitución. "Artículo 24. (...)

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador".

(23) Decreto Legislativo 856. "Artículo 1. Constituyen créditos laborales las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicios, las indemnizaciones y en general los beneficios establecidos por ley que se adeudan a los trabajadores".

(24) Decreto Legislativo 856. "Artículo 2. Los créditos laborales a que se refiere el artículo anterior tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. Los bienes de este se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados. Si estos no alcanzaran el pago se efectuará a prorrata. El privilegio se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de tales obligaciones".

obligaciones, aun dentro del marco concursal se debe respetar el privilegio otorgado a los acreedores laborales, lo cual constituye una excepción al principio de igualdad de trato de los acreedores, que se produce cuando la ley concede a un acreedor la facultad de cobrar con preferencia respecto de los demás, con el producto obtenido con la realización de los bienes del su deudor⁽²⁵⁾.

Acorde con ello, la LGSC ha previsto las siguientes limitaciones en materia laboral, según se trate de un procedimiento de disolución o liquidación o de una reestructuración patrimonial.

3.2.1. Escenario de disolución y liquidación

Para comenzar, la LGSC⁽²⁶⁾ ha establecido que la adopción del acuerdo de disolución y liquidación genera un fuero de atracción comprensivo de todos los créditos asumidos por el deudor⁽²⁷⁾, imponiendo a los titulares de créditos *post* concursales la

obligación de presentar sus solicitudes de reconocimiento de créditos para el cobro de sus créditos en el procedimiento.

En ese sentido, una vez reconocidos los créditos, el liquidador designado por la Junta está obligado a efectuar el pago de los mismos de acuerdo a las preferencias legales previstas, esto es, en primer lugar debe cancelar las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores, así como la deuda previsional, y en los órdenes de prelación siguientes las otras obligaciones asumidas por el deudor, hasta donde alcance su patrimonio⁽²⁸⁾.

Asimismo, el pago preferente de los créditos laborales resulta aplicable, inclusive, respecto de los actos de realización de los bienes del deudor y de las transferencias de activos. Así, la LGSC⁽²⁹⁾ establece que en caso se adjudiquen activos del deudor, mediante el mecanismo de dación en pago, el acreedor garantizado (sea que forme o no parte

(25) Véase DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Tomo II. Madrid: Civitas, 1996. p. 751. Existen autores que cuestionan el superprivilegio otorgado a los acreedores laborales al colocarlos por encima de los acreedores garantizados con derechos reales, pese a que su derecho no ha sido debidamente publicitado. Véase EZCURRA, Huáscar. *El "superprivilegio" del crédito laboral versus el sistema de garantías reales*. En: *Derecho Concursal, estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal*. Lima: Palestra, 2002. pp. 163-208.

(26) LGSC. "Artículo 74. Acuerdo de disolución y liquidación. (...) 74.6. Conforme lo establecido en el Artículo 16.3 con el acuerdo de disolución y liquidación se genera un fuero de atracción concursal de todos los créditos, debiendo incluso, los titulares de créditos generados con posterioridad a la fecha establecida en el Artículo 32, presentar sus solicitudes de reconocimiento de créditos, para efectos de su participación en Junta y su cancelación en el procedimiento, de ser el caso".

(27) Véase nuestro comentario en CALLE, Jean Paul. *El fuero de atracción en la Ley General del Sistema Concursal*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo CXXIV. Lima: Gaceta Jurídica, marzo de 2004. pp. 88 y siguientes. Asimismo, con relación a la figura del fuero de atracción, se puede consultar la Resolución 0882-2004/TDC-INDECOPI, emitida por el Tribunal del Indecopi con fecha 6 de diciembre de 2004, el mismo que constituye precedente de observancia obligatoria.

(28) LGSC. "Artículo 42. Orden de preferencia. 42.1. En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente: Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores (...); Segundo: Los créditos alimentarios hasta la suma de una (1) Unidad Impositiva Tributaria mensual; Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, *warrants*, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el Artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberá estar inscrita en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de ordenes anteriores, pero solo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos; Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud ESSALUD, sean tributos, multas, intereses, moras, costas y recargos; y Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del Artículo 48.3, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos".

"Artículo 88. Pago de créditos por el liquidador 88.1. El liquidador, bajo responsabilidad, está obligado a pagar en primer término los créditos reconocidos por la Comisión conforme al orden de preferencia establecido en el Artículo 42 hasta donde alcance el patrimonio del deudor.

88.2. La preferencia de los créditos implica que los de un orden anterior excluyen a los de un orden posterior, según la prelación establecida en el Artículo 42.

88.3. Los créditos correspondientes al primer orden se pagan a prorrata y proporcional al porcentaje que representan las acreencias a favor de cada acreedor".

(29) LGSC. "Artículo 84. Venta y adjudicación de activos del deudor. (...) 84.4. En la adjudicación de activos a un acreedor, el valor a pagar será la base de la postura fijada para la última convocatoria a remate. El acreedor adjudicatario deberá cancelar el monto del bien adjudicado, a menos que no hubieren acreedores de orden preferente; en cuyo caso únicamente obrará el exceso sobre el valor de su crédito".

"Artículo 85. Efectos de la transferencia de bienes por parte del liquidador. (...) 85.2. Tratándose de la venta de bienes de propiedad del deudor que garanticen obligaciones de terceros conforme a lo señalado en el Artículo 81.2 el liquidador debe respetar los derechos reales de garantía constituidos sobre los mismos, pagando los créditos de estos terceros, con el producto de dicha venta, teniendo en consideración el rango registral y montos que correspondan, pero sin afectar el pago de los créditos del primer orden de preferencia que existen en el procedimiento.

del concurso), podrá adjudicarse los activos pagando previamente los créditos laborales reconocidos hasta ese momento⁽³⁰⁾.

De otro lado, debe tenerse presente que, de conformidad con el artículo 88.6 de la LGSC⁽³¹⁾, los créditos laborales reconocidos luego de que el liquidador hubiera pagado los créditos del orden de preferencia que se les hubiera atribuido, se pagarán inmediatamente, pero sin alterar los pagos ya efectuados. En el mismo sentido, en caso se pagaran todos los créditos laborales reconocidos, y hubieran créditos laborales registrados en la contabilidad de la deudora, estos deberán pagarse de manera preferente⁽³²⁾.

Finalmente, la LGSC establece que el convenio de liquidación obliga a todos los acreedores (incluidos los laborales), aun cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta por cualquier motivo, o no tengan créditos reconocidos⁽³³⁾, por lo que el cobro de sus créditos se sujeta a lo que establezca dicho instrumento concursal y la ley.

3.2.2. Escenario de reestructuración patrimonial

A diferencia del procedimiento de disolución y liquidación, el privilegio en el pago de los créditos laborales no resulta aplicable a las empresas en reestructuración⁽³⁴⁾, con la finalidad de que se creen incentivos de inversión y financiamiento que fomenten el reflotamiento del negocio en crisis y, por tanto, la continuación de sus actividades en el mercado. Excepcionalmente, el producto de la venta o transferencia de activos fijos del deudor concursado, deberá ser distribuido de manera preferente entre los acreedores laborales. La renuncia al derecho de cobro preferente por parte de acreedores laborales es inválida⁽³⁵⁾.

Asimismo, la LGSC⁽³⁶⁾ establece que el cronograma de pagos del plan de reestructuración debe precisar, bajo sanción de nulidad, que de los recursos que se destinen al año para el pago de los créditos concursales, por lo menos un 30% se distribuirá en partes iguales a los acreedores laborales que tengan el primer orden de prelación.

- (30) Como señala Rojas Leo en su interpretación del numeral 4 del Artículo 84 "La adjudicación importa la obligación para el acreedor adjudicatario de efectuar el pago del bien. Sin embargo, si respecto de ese dinero a pagar no existiera expectativa de cobro de otros acreedores preferentes, podrá compensar dicho pago con el crédito que se le tiene pendiente en el proceso de liquidación. Igualmente, se le podrá exigir el pago para satisfacer el crédito preferente y compensar su propio crédito con el saldo del pago que resultaría faltando luego de pagado el crédito preferente". De igual manera, dicho autor en su interpretación al numeral 2 del artículo 85 señala lo siguiente: "El inciso 2 del artículo ratifica el tratamiento que corresponde a la ejecución de bienes gravados en favor de un tercero que no es acreedor del patrimonio en crisis, en cuyo caso, el resultado de la venta debe utilizarse para cancelar el crédito, siempre que se toman las previsiones para no afectar el superprivilegio laboral". En otras palabras, el liquidador procederá al pago de la deuda a favor de tercero, siempre que primero haya atendido el pago de la deuda laboral. ROJAS LEO, Juan Francisco. *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Lima: Ara, 2002. pp. 272-274.
- (31) LGSC. "Artículo 88. Pago de créditos por el liquidador. 88.6. Los créditos reconocidos por la Comisión después de que el liquidador ya hubiere cumplido con cancelar los créditos del orden de preferencia que se les hubiere atribuido, serán pagados inmediatamente, pero sin alterar los pagos ya efectuados".
- (32) LGSC. "Artículo 88. Pago de créditos por el liquidador. (...) 88.8. En caso de que se pagara todos los créditos reconocidos y hubieran créditos registrados en los libros del deudor que no hubieren sido reconocidos por la Comisión, deberán ser pagados de acuerdo al orden de preferencia establecido en el Artículo 42, consignándose su importe en el Banco de la Nación cuando el domicilio de los acreedores no fuere conocido".
- (33) LGSC. "Artículo 81. Oponibilidad del Convenio de Liquidación. 88.1. El Convenio de Liquidación será obligatorio no solo para quienes lo hubieran aprobado, sino también para quienes no hayan asistido a la Junta, se hayan opuesto a dicho Convenio o no tengan créditos reconocidos por la Comisión".
- (34) LGSC. "Artículo 69. Pago de créditos durante la reestructuración patrimonial. 69.1. El orden de preferencia establecido en el Artículo 42 para el pago de los créditos no será de aplicación en los casos en que se hubiese acordado la reestructuración, con excepción de la distribución entre los acreedores del producto de la venta o transferencia de activos fijos del deudor. 69.2. Los acreedores preferentes podrán renunciar al orden de cobro de los créditos que les corresponde cuando así lo manifiesten de manera indubitable, pudiendo exigir garantías suficientes para decidir la postergación de su derecho preferente de cobro. En el caso de créditos laborales dicha renuncia es inválida".
- (35) Como señala Dolorier, "Por provenir de una relación laboral existente y encontrarse reconocido en una norma imperativa (artículo 69, numeral 2), el derecho al cobro preferente es un derecho irrenunciable por el titular del mismo". Véase DOLORIER TORRES, Javier. *La nueva Ley General del Sistema Concursal y sus efectos en materia laboral*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo CVI. Lima: Gaceta Jurídica, septiembre de 2002. p. 63.
- (36) LGSC. "Artículo 66. Contenido del Plan de Reestructuración. (...) 66.3. El Plan debe contener un cronograma de pagos que comprenda, bajo sanción de nulidad, la totalidad de las obligaciones del deudor, y el modo, monto, lugar y fecha de pago de los créditos de cada acreedor. Igualmente, establecerá un régimen de provisiones de los créditos contingentes o los que no hubieren sido reconocimientos y sean materia de impugnación. 66.4. En dicho cronograma de pagos se deberá precisar, bajo sanción de nulidad del Plan, que de 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 al Artículo 42. La determinación del pago en partes iguales implica que el derecho de cobro de cada acreedor laboral se determine en función del número total de acreedores laborales reconocidos en dicha prelación".

De acuerdo a la LGSC, el plan de reestructuración debe contener una relación de obligaciones originadas hasta la fecha del aviso concursal, aun cuando tengan la calidad de contingentes o no hubieran sido reconocidas por ser materia de impugnación⁽³⁷⁾, así como un régimen de provisiones para estos últimos. No obstante, los créditos laborales originados antes de la fecha del aviso concursal, pero que no hubieran sido reconocidos por la autoridad concursal, serán pagados luego del vencimiento del plazo para el pago de los créditos reconocidos⁽³⁸⁾.

Finalmente, se establece que el plan de reestructuración obliga a todos los acreedores (incluidos los laborales), aun cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta de Acreedores por cualquier motivo, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos, por lo que el cobro de sus créditos se sujeta a lo que establezca dicho instrumento concursal⁽³⁹⁾.

No obstante, se precisa que el plan de reestructuración no surte efectos sobre bienes del deudor que garanticen obligaciones de terceros, contraídas con anterioridad a la fecha de difusión del procedimiento concursal, quedando facultado el titular del derecho real para ejecutar su garantía de acuerdo a los términos originalmente pactados⁽⁴⁰⁾.

Como se puede advertir, la LGSC además de establecer normas de protección a los trabajadores, ha incorporado disposiciones especiales aplicables al pago de los créditos laborales, las cuales son oponibles a los acreedores laborales concursales (en un escenario de reestructuración patrimonial) y a los acreedores laborales concursales y *post* concursales (en un escenario de disolución y liquidación), aspecto que resulta conveniente para la protección del colectivo de acreedores.

Hechas estas precisiones, veamos ahora cuál es la incidencia del ejercicio del derecho persecutorio laboral en el ámbito concursal.

4. El derecho persecutorio del acreedor laboral y su incidencia en el ámbito concursal

El derecho persecutorio del acreedor laboral se encuentra reconocido en los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo 856⁽⁴¹⁾. Las normas en cuestión señalan lo siguiente:

“Artículo 2. Los créditos laborales a que se refiere el artículo anterior tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. Los bienes de este se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados. Si estos no alcanzaran el pago se efectuará a prorrata. El privilegio se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de tales obligaciones.

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

a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o a su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del [deudor];

b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiera activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro del trabajo”.

Se puede colegir que las citadas normas reconocen el privilegio en el pago de las obligaciones laborales respecto de los demás deudas que pudiera mantener el deudor. No obstante, debe resaltarse

(37) LGSC. “Artículo 66. Contenido del Plan de Reestructuración. (...) 66.2. El Plan de Reestructuración podrá detallar:

(...) c) Relación de las obligaciones originadas hasta la publicación a que se refiere el Artículo 32, aun cuando tengan la calidad de contingentes o no hubieran sido reconocidas por ser materia de impugnación”.

(38) LGSC. “Artículo 69. Pago de créditos durante la reestructuración patrimonial. 69.3 Los créditos originados antes de la publicación a que se refiere el Artículo 32, pero que no hubieran sido reconocidos por la autoridad concursal, serán pagados luego del vencimiento del plazo para el pago de los créditos reconocidos”.

(39) LGSC. “Artículo 67. Efectos de la aprobación y del incumplimiento del Plan de Reestructuración. 67.1. El Plan de Reestructuración aprobado por la Junta obliga al deudor y a todos sus acreedores comprendidos en el procedimiento, aun cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta por cualquier motivo, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos”.

(40) LGSC. “Artículo 67.5. El Plan de Reestructuración aprobado no surte efectos sobre bienes del deudor que garanticen obligaciones de terceros, contraídas con anterioridad a la fecha de difusión del procedimiento concursal. En este caso, el titular del derecho real podrá proceder a ejecutar su garantía de acuerdo a los términos originalmente pactados, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.6”.

(41) Norma publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de octubre de 1996.

que la persecutoriedad de los créditos laborales, por mandato legal, solamente procede en dos casos específicos: (i) cuando el empleador realiza transferencias de activos fijos de su propiedad estando sometido a un procedimiento de disolución y liquidación concursal o a un proceso judicial de quiebra o dentro de los seis meses anteriores a su declaración de insolvencia; y, (ii) cuando el empleador injustificadamente realiza transferencias de activos fijos de su propiedad u otros actos, con el fin de incumplir las obligaciones de los trabajadores.

Esta es la interpretación que ha recogido el Indecopi en diversos pronunciamientos expedidos en casos en que trabajadores invocaban el ejercicio de la facultad persecutoria frente a una empresa insolvente que había adquirido activos del ex empleador⁽⁴²⁾. En efecto, el Tribunal del Indecopi señaló lo siguiente:

“La persecutoriedad del crédito laboral (...) se refiere básicamente a los casos en que el empleador ‘transfiere activos fijos a terceros’ con el fin de eludir el pago del crédito laboral otorgándole una naturaleza ‘civil’.

(...) [No obstante], para que el trabajador pueda ejercer el derecho persecutorio de sus créditos, debe verificarse la ocurrencia de algunos de los supuestos mencionados precedentemente [esto es, los supuestos previstos en el artículo 3 del Decreto Legislativo 856]”.

Asimismo, de acuerdo al Tribunal del Indecopi, si bien el carácter persecutorio de los créditos laborales no le otorga al trabajador un derecho de crédito que pueda oponer frente al adquirente de los activos fijos del empleador, el trabajador sí es titular de un derecho real sobre los bienes transferidos del empleador al adquirente, de manera que sus créditos prevalecen sobre cualquier crédito garantizado, incluso cuando este se encuentre inscrito y sea anterior al crédito laboral:

“Ahora bien, el carácter persecutorio de los créditos laborales está referido a los bienes del negocio, que son aquellos pertenecientes al empleador, y tiene por finalidad apremiar a los bienes de este pues se encuentran afectos al pago de las acreencias laborales. Al respecto, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha interpretado el alcance del carácter preferente que la Constitución asigna a los créditos laborales, determinando que estos prevalecen sobre cualquier crédito garantizado, “aun cuando este se encuentre inscrito, y sea anterior al crédito laboral (...)”⁽⁴³⁾.

Conforme se desprende de lo anterior, el derecho otorgado a los acreedores laborales en mérito al carácter persecutorio de sus créditos, presenta características que son coincidentes con aquellas descritas para los derechos reales, dado que la relación se entabla sobre los bienes adquiridos, los mismos que deben servir para satisfacer, de manera prioritaria, los créditos laborales adeudados por el empleador. Afirmar lo contrario, es decir, considerar que dicha facultad persecutoria le otorga al trabajador un derecho de crédito frente a la empresa adquirente de los activos fijos del empleador, implicaría la existencia de una obligación solidaria a cargo de dichas empresas, lo que resulta contrario a lo establecido por el artículo 1183 del Código Civil, que señala que la solidaridad está reservada a la Ley o al título de la obligación, las que deben establecerla de manera expresa.

“(...) En consecuencia, el carácter persecutorio de los créditos laborales le otorga al trabajador un derecho real de garantía sobre los bienes del empleador que hayan sido transferidos a terceros, de manera que estos prevalecen sobre cualquier crédito garantizado”.

En ese orden de ideas, según la interpretación del Indecopi, si bien los trabajadores no pueden exigir el pago de sus obligaciones al adquirente de los activos fijos transferidos por el empleador, sí pueden ejercer la facultad persecutoria a la que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo 856 a fin de obtener el cobro de sus créditos, lo cual no opera automáticamente sino solo cuando el acreedor laboral demuestre la concurrencia de cualquiera de los dos supuestos previstos expresamente en la norma, es decir, la carga de la prueba corre por cuenta del trabajador.

Bajo esa óptica, entonces, los acreedores laborales serían titulares de un “derecho real” que les permitiría perseguir los bienes transferidos del empleador al adquirente, derecho que sería oponible, inclusive, a los derechos reales que hubiese constituido con anterioridad el deudor sobre sus bienes para respaldar las obligaciones contraídas frente a otros acreedores. Ello, como resulta evidente, otorgaría más que un “superprivilegio” a los trabajadores, en detrimento de quienes tuvieron la diligencia de obtener con anterioridad una garantía real para respaldar el crédito otorgado al deudor.

De esta forma, el ejercicio de este “derecho real” por parte de (...) ⁽⁴³⁾ los trabajadores, además de debilitar el

(42) Resoluciones 0555-2004/SCO-INDECOPI y 0556-2004/SCO-INDECOPI del 25 de agosto de 2004 y Resolución 0043-2005/TDC-INDECOPI del 17 de enero de 2005, expedidas en los procedimientos de reconocimiento de créditos seguidos por trabajadores frente a Pesquera Colonial S.A. en Liquidación.

(43) En esta resolución, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia admitió una tercería preferente de pago presentada por un proceso a través del cual una institución financiera pretendía ejecutar un gravamen sobre un inmueble que fue de propiedad de los ex empleadores.

sistema de garantías, podría generar un desincentivo para recibir garantías reales a cambio del financiamiento otorgado, pues tanto en un escenario extra concursal como concursal, el titular de esa garantía prácticamente no obtendría beneficio alguno. Su garantía no tendría utilidad alguna, lo cual terminaría impactando en forma negativa en los flujos de financiamiento.

Pero el problema no solamente radica en ello. Nótese que el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo 856 recoge como primer supuesto el hecho que la transferencia de activos fijos se haya realizado estando el empleador sometido a un procedimiento de disolución y liquidación⁽⁴⁴⁾. Siendo ello así, bajo una interpretación literal de la norma, bastaría que el acreedor laboral demuestre objetivamente que su empleador se encuentra en disolución y liquidación para que pueda ejercer la facultad persecutoria respecto de sus activos.

Asimismo, el literal b) de la norma en cuestión recoge como supuesto el hecho de que el empleador haya transferido activos fijos por simulación o fraude a la ley, lo cual permite comprender cualquier disposición de activos fijos que se realice fuera o dentro del marco concursal (con excepción de las transferencias que se realicen en el marco de un procedimiento de disolución y liquidación que están comprendidas en el literal a) antes señalado). En ese sentido, bastaría que el acreedor laboral "persuada" al juez de que las transferencias de activos realizadas, por ejemplo, en un procedimiento de reestructuración patrimonial, se han hecho con el ánimo de beneficiar a algunos acreedores en perjuicio de los trabajadores, para que pueda ejercer la facultad persecutoria.

En tal sentido, se puede advertir claramente que la aplicación de los literales a) y b) del artículo 3 del Decreto Legislativo 856 puede generar problemas en el ámbito concursal, al permitir a los acreedores laborales (reconocidos o no por la autoridad concursal e independientemente de la oportunidad en que se originó su crédito) perseguir los activos del empleador para el cobro de sus créditos, pese a que como hemos visto, la LGSC establece disposiciones especiales aplicables al pago de los créditos laborales, que resultan oponibles a los

acreedores laborales concursales (en un escenario de reestructuración patrimonial) y a los acreedores laborales concursales y *post* concursales (en un escenario de disolución y liquidación).

Así, el riesgo que podría presentarse es que los acreedores laborales concursales (o *post* concursales en una liquidación), invocando la facultad persecutoria de los activos del empleador, intenten cuestionar judicialmente las transferencias o adjudicaciones producidas en un procedimiento de disolución y liquidación a favor de acreedores garantizados o de terceros, o, incluso, cuestionar las adjudicaciones producidas en un procedimiento de reestructuración bajo el argumento de la "simulación o fraude a la ley". Ello, ciertamente generaría inseguridad jurídica en el concurso e implicaría una desprotección a la colectividad de acreedores y a los acreedores garantizados y terceros de buena fe que adquirieron bienes del deudor.

Debe tenerse presente que los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor, superponiéndose el interés colectivo de la masa de acreedores al interés individual de cobro de cada acreedor. Por tal motivo, en nuestra opinión, si bien el artículo 3 del Decreto Legislativo 856 busca tutelar el derecho de los trabajadores, cuando un deudor se encuentra sometido a un procedimiento concursal, la LGSC debe ser de aplicación preferente⁽⁴⁵⁾, lo cual se sustenta en el hecho de que el patrimonio del deudor es insuficiente para responder por todas las obligaciones, por lo que su administración y tratamiento al interior del concurso debe estar acorde con el interés del colectivo de acreedores y no con el interés de una minoría.

Esto significa que el artículo 3 en cuestión no debería interpretarse y aplicarse aisladamente, sino en forma sistemática con la LGSC. De esta forma, las disposiciones concursales que regulan las transferencias de activos fijos del deudor deberían aplicarse preferentemente, y solo excepcionalmente debería proceder el ejercicio de la facultad persecutoria laboral, a fin de no generar un perjuicio innecesario al colectivo de acreedores, a los propios trabajadores que -en un escenario concursal- tienen derecho preferente de cobro en caso de

(44) En este supuesto también se contempla la venta de activos cuando el empleador está en un proceso judicial de quiebra. Sin embargo, actualmente ello es inaplicable, debido a que la declaración de quiebra es solicitada por el respectivo liquidador al Juez cuando se hayan realizado todos los activos del deudor y el producto de dicha venta no hubiera cubierto la totalidad de los pasivos.

(45) LGSC. "Artículo 2.
(...) 2.3. En la tramitación y resolución de los procedimientos concursales, las disposiciones previstas en la Ley se aplicarán preferentemente a cualquier otra norma que contenga disposiciones distintas".
"Segunda Disposición Complementaria. En la tramitación de procedimientos concursales, la Ley es de aplicación preferente a las normas del Código Civil, del Código Procesal Civil, del Código Tributario, de la Ley General de Sociedades, de la Ley de Títulos Valores, del Código de Comercio, de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y de todas las demás normas que en situaciones normales rigen y regulan la actividad de las agentes del mercado".

transferencias de activos fijos de propiedad de su empleador, y a los acreedores garantizados o terceros que de buena fe se adjudicaron o adquirieron a título oneroso activos del deudor concursado, salvo que se compruebe que tales acreedores o terceros conocían de la irregularidad de la operación o que deliberadamente se adjudicaron activos sin cancelar previamente los créditos laborales. De lo contrario, no se crearían incentivos para que se fomenten este tipo de operaciones con el consecuente beneficio que ello puede generar para los acreedores.

Considerando lo expuesto, a continuación identificaremos los posibles escenarios en los que acreedores laborales podrían alegar el ejercicio de la facultad persecutoria en el ámbito concursal.

4.1. Primer escenario: el deudor concursado dispone de activos fijos en el marco de su procedimiento de disolución y liquidación

En el caso que el deudor concursado realice transferencias de activos fijos en el marco de su procedimiento de disolución y liquidación, los acreedores laborales concursales (oportunos y tardíos) y *post* concursales reconocidos tienen derecho de cobro preferente dentro del procedimiento concursal, en aplicación del fuero de atracción. En el caso de créditos laborales reconocidos con posterioridad al momento de la transferencia de activos fijos de propiedad del deudor, resulta aplicable lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 88 de la LGSC, según el cual los créditos reconocidos por la autoridad concursal después de que el liquidador ya hubiere cumplido con cancelar los créditos del orden de preferencia que se les hubiere atribuido, serán pagados inmediatamente, pero sin alterar los pagos ya efectuados, con lo cual no se ven afectadas las transferencias de activos fijos realizadas con anterioridad. Ello se explica en el hecho de que quien obtiene su reconocimiento en forma tardía, se incorpora a la liquidación en el estado en que se encuentra.

En el caso de los créditos laborales que no hubieran sido reconocidos por la autoridad concursal, estos serán cancelados luego de haberse pagado los créditos reconocidos de acuerdo a la LGSC. Asimismo, los créditos laborales contingentes serán pagados una vez resuelta la controversia judicial, arbitral o administrativa.

Cabe recordar que el convenio de liquidación resulta oponible a todos los acreedores, reconocidos o no, independientemente de la oportunidad en la que se originaron sus créditos, por lo que tienen que sujetarse al esquema de pagos previsto en la LGSC.

En conclusión, los acreedores laborales concursales y *post* concursales (reconocidos y no reconocidos) deben cobrar dentro del procedimiento concursal según lo que establezca el respectivo convenio de liquidación, teniendo derecho de cobro

preferente en caso se producta venta de activos. Por tal motivo, estos acreedores no pueden ejercer, en principio, la facultad prevista en el artículo 3 del Decreto Legislativo 856, debido a que la venta de activos por el deudor se aplicará al pago de sus créditos, careciendo de sentido la persecutoriedad de los bienes, salvo que se demuestre que el producto de la transferencia de activos no ha sido destinado al pago de las obligaciones laborales.

4.2. Segundo escenario: el deudor concursado dispone de activos fijos en el marco de su procedimiento de reestructuración

En el caso que el deudor concursado realice transferencias de activos fijos en el marco de su procedimiento de reestructuración patrimonial, los acreedores laborales concursales reconocidos (oportunos y tardíos) tienen derecho de cobro preferente en el caso de disposición de activos fijos.

Los créditos laborales originados antes de la fecha del aviso concursal, pero que no hubieran sido reconocidos por la autoridad concursal, serán pagados luego del vencimiento del plazo para el pago de los créditos reconocidos de acuerdo a la LGSC. Asimismo, los créditos laborales contingentes serán pagados una vez resuelta la controversia judicial, arbitral o administrativa.

Cabe recordar que el plan de reestructuración incluye dentro del cronograma de pagos y el "estado de flujos de efectivo", las condiciones para el pago de las obligaciones originadas hasta la fecha del aviso concursal, estén o no reconocidas, así como un régimen de provisiones para los acreedores no reconocidos y contingentes, siendo ello oponible a los acreedores laborales concursales.

Finalmente, en el caso de los acreedores laborales *post* concursales, el plan de reestructuración no les resulta oponible, por lo que estos pueden cobrar al margen del concurso.

En conclusión, los acreedores laborales concursales (reconocidos y no reconocidos) deben cobrar dentro del procedimiento concursal según lo que establezca el respectivo Plan de Reestructuración, sin perjuicio del derecho de cobro preferente en caso se producta venta de activos. Por su parte, los créditos laborales *post* concursales, a los cuales no les resulta oponible el Plan de Reestructuración, se cobran como deuda corriente y respecto de ellos se puede ejercer el derecho previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 856, siempre que se demuestre que la transferencia de activos se realizó para defraudarlos, según el literal b) de dicho artículo.

Por tal motivo, los créditos laborales concursales no pueden ejercer la facultad prevista en el artículo 3 del Decreto Legislativo 856, debido a que la venta de activos por el deudor se aplicará al pago de sus créditos, careciendo de sentido la persecutoriedad

de los bienes, salvo que se demuestre que el producto de la transferencia de activos no ha sido destinado al pago de las obligaciones laborales.

4.3. Tercer escenario: el deudor concursado dispone de activos fijos dentro de los seis meses anteriores a su declaración de insolvencia

Finalmente, un tercer escenario sería aquel en el cual el deudor concursado realizó transferencias de activos fijos en el período establecido en el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo 856, esto es, dentro de los seis meses anteriores a su declaración de insolvencia⁽⁴⁶⁾.

Debe tenerse presente que, de acuerdo a lo señalado en el acápite 2 anterior, a partir de la publicación del aviso concursal, las deudas concursales no son exigibles al deudor y, al mismo tiempo, este no puede pagarlas a sus acreedores, hasta que la Junta de Acreedores establezca nuevas condiciones sobre el pago de las mismas. Asimismo, ningún acreedor concursal podrá ejecutar, judicial o extrajudicialmente, el patrimonio del deudor. Estas medidas no resultan aplicables a los acreedores *post* concursales, los que podrán exigir el pago de los créditos a su deudor y, asimismo, este se encuentra en la obligación de pagarlas respetando las fechas de vencimiento originales pactadas.

Sin embargo, en nuestra opinión, dado que en este supuesto no se garantiza que el producto de la transferencia de activos efectuada por el deudor se destine al pago de las obligaciones laborales, los trabajadores (estén reconocidos o no por la autoridad concursal e independientemente de la oportunidad en que se originaron sus créditos), pueden ejercer la facultad a la que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo 856, y perseguir los bienes transferidos a efectos de obtener el cobro de sus créditos, siempre que la transferencia se haya realizado en el período indicado.

5. Conclusión final

El ejercicio de la facultad persecutoria laboral otorgaría más que un “superprivilegio” a los acreedores laborales, en la medida que les permite perseguir los activos del empleador que se hubiesen transferido a terceros, oponiendo esta facultad, inclusive, a los titulares de garantías reales constituidos sobre bienes del deudor concursado. De esta forma, el ejercicio de este “derecho real” por parte de los trabajadores, además de debilitar el sistema de garantías, puede terminar afectando el mercado crediticio. En efecto, los bancos o prestamistas podrían terminar optando por no prestar o prestar pero a un costo más alto. El resultado inmediato será el encarecimiento o contracción del crédito.

Asimismo, el ejercicio de esta facultad puede generar problemas en el ámbito concursal, al permitir a los acreedores laborales (reconocidos o no por la autoridad concursal e independientemente de la oportunidad en que se originó su crédito) perseguir los activos del empleador concursado adjudicados a un acreedor garantizado o a un tercero, pese a que la LGSC establece disposiciones especiales aplicables al pago de los créditos laborales, que resultan oponibles a los acreedores laborales concursales (en un escenario de reestructuración patrimonial) y a los acreedores laborales concursales y *post* concursales (en un escenario de disolución y liquidación).

En tal sentido, resulta necesario evaluar y modificar el modelo actual a fin de lograr una protección adecuada al colectivo de acreedores, a los propios trabajadores y a los acreedores garantizados y terceros de buena fe que se adjudican o adquieren bienes en los procesos concursales. ^{AB}

(46) Cabe señalar que en cuanto al plazo retroactivo de seis meses, entendemos que el legislador lo estableció en concordancia con el plazo del “período de sospecha” en materia concursal. A partir de la entrada en vigencia de la LGSC, el plazo del “período de sospecha” se ha extendido a un año retroactivo, motivo por el cual existe la posibilidad de que los acreedores laborales y, consecuentemente, el Poder Judicial, consideren que el plazo de seis meses contemplado en el Decreto Legislativo 856 debe adecuarse al nuevo plazo de un año previsto en el artículo 19.1 de la LGSC.