Homenaje Aniversario de la SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

25 Año de las Bodas de Plata de la Sociedad

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

HOMENAJE ANIVERSARIO
DE LA SPDTSS

PRIMERA EDICIÓN
NOVIEMBRE 2013

500 ejemplares

Prohibida su reproducción
total o parcial
DERECHOS RESERVADOS
D. Leg. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL
DEL PERÚ
2013-18212

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

REGISTRO DE PROYECTO
EDITORIAL
11501221300962

Diseño de carátula
y diagramación de interiores

Martha Hidalgo Rivero

SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RUC N° 20108098512

Av. Víctor Andrés Belaúnde N° 395
San Isidro, Lima

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

LOS CRÉDITOS LABORALES EN EL SISTEMA CONCURSAL PERUANO[1]

GUILLERMO BOZA PRÓ[2]

La Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal (en lo sucesivo Ley Concursal), de octubre de 2002, derogó la Ley de Reestructuración Patrimonial introduciendo cambios en el régimen concursal a fin de corregir algunos errores de la normativa anterior y de dotar de una mayor garantía y transparencia a los procesos concursales. Entre los cambios realizados por la Ley Concursal existió una particular incidencia en los aspectos laborales, a tal punto que se dijo en su momento que se había producido una suerte de "laboralización" de los procesos concursales[3]. Han transcurrido once años de su dación y la Ley Concursal ha sufrido varias modificaciones, primero por la Ley N° 28709, de 12 de abril de 2006 y, posteriormente, por el Decreto Legislativo N° 1050, de 27 de junio de 2008. Asimismo, durante este tiempo, los pronunciamientos que las Salas competentes del Indecopi han tenido sobre el tema, han venido dando lineamientos más claros respecto de la aplicación de la Ley Concursal así como de las diversas incidencias que la misma tiene en el ámbito laboral, y que consideramos pertinente comentar en las líneas siguientes.

(1) Con mi agradecimiento a Claudia Cermeño Durand por su colaboración en la elaboración del presente ensayo.

(2) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla.
Profesor principal y coordinador de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(3) VINATEA & TOYAMA ABOGADOS. "Sistema concursal y derecho laboral". En: *El Peruano*, 9 de setiembre de 2002, p. 19.

I. EL PRIVILEGIO DE LOS CRÉDITOS LABORALES

Los créditos laborales gozan de un privilegio especial (superprivilegio) cuyo reconocimiento tiene sede constitucional. En efecto, el artículo 24 de la Constitución establece que el pago de las remuneraciones y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

En ese sentido, la Ley Concursal no hace sino recoger la preferencia que tienen los créditos laborales respecto de otros créditos de origen diferente, si bien circunscritos a los supuestos de disolución y liquidación de la empresa. Esto último significa que dicha preferencia puede ceder y no aplicarse en un procedimiento de reestructuración, siendo la única exigencia en este caso que el plan de reestructuración destine, bajo sanción de nulidad, no menos del 30 % de los fondos o recursos (por año) al pago de deudas laborales de primer orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley Concursal.

Se señala, en primer lugar, que son créditos de primer orden[4] las remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, recogiéndose así los dos mismos conceptos establecidos en la norma constitucional antes citada. En ese sentido, resulta importante delimitar con la mayor precisión posible lo que debe entenderse por remuneración y beneficios sociales, puesto que aquellos beneficios que no integren dichos conceptos quedarán relegados al quinto orden de preferencia.

Una referencia obligada es el Decreto Legislativo N° 856, norma que precisa los alcances del privilegio de los créditos laborales, en armonía con el artículo 24 de la Constitución. Dicha norma señala que son créditos laborales preferentes, las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicios, las indemnizaciones (por ejemplo, la indemnización por despido arbitrario) y, en general, los beneficios establecidos por ley que se adeuden a los trabajadores (por ejemplo, las gratificaciones ordinarias y la asignación familiar).

(4) El inciso 1 del artículo 42 de la Ley Concursal indica que en los procedimientos de disolución y liquidación el primer orden de preferencia en el pago de los créditos lo tienen 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 intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. 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"*.

Pero será necesario también acudir a lo establecido en los artículos 6 y 7 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en lo sucesivo la LPCL)[5], aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, que precisan qué se entiende por remuneración para todo efecto legal y qué no, por remisión, en este último caso; a los artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios[6], aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR, ya que la naturaleza remunerativa o no de un beneficio sería determinante para su calificación como crédito laboral. Precisamente, es en esa línea que parecería haberse movido la jurisprudencia concursal del Indecopi.

Al respecto, cabe mencionar la Resolución N° 0969-2013/SCD-INDECOPI, donde la Comisión desestimó la pretensión de reconocimiento de créditos laborales derivados del reintegro del "bono extraordinario" que ha de pagarse por mandato de la Ley N° 29351 y que equivale al 9 % de las gratificaciones legales de julio y diciembre[7]. En la medida que el artículo 3 de la citada Ley indica que dicho bono es de carácter temporal y de naturaleza no remunerativa, la Comisión concluyó que este no se encontraba comprendido en el primer orden de prelación, precisamente por carecer de naturaleza remunerativa.

Sin embargo, llama la atención el análisis efectuado en otro pronunciamiento reciente, concretamente la Resolución N° 0010-2013/SDC-INDECOPI, en donde, si bien la Comisión reconoce que el beneficio denominado *gain*

(5) Artículo 6.- *"Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo modalidad de suministro indirecto"*.
Artículo 7.- *"No constituye remuneración para ningún efecto legal lo conceptos previstos en los Artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650"*.
Un estudio exhaustivo sobre la remuneración puede verse en: PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*. Estudio González & Asociados, Lima, 2006. *Sobre el concepto de crédito laboral* véase: GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER, Cecilia. *El crédito laboral frente a la insolvencia del empleador*. Tesis para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 44-66.

(6) Por ejemplo, las gratificaciones extraordinarias, las asignaciones por educación, etc.

(7) Con ocasión de la crisis económica que se atravesó en el país durante el año 2009 y en adelante, se dispuso mediante las Ley N° 29351, la inafectación de las gratificaciones legales de julio y diciembre al pago de la contribución al Seguro Social de Salud – EsSalud, entre otros. Asimismo, la norma dispuso que dicho 9 % sobre el importe de las gratificaciones que no sería abonado al EsSalud por el empleador, sería entregado a los trabajadores como una "bonificación extraordinaria" de carácter temporal (inicialmente hasta el 2010, pero posteriormente ampliado al 2014) y de naturaleza no remunerativa.

sharing[8] no puede ser considerado como concepto remunerativo para ningún efecto legal, aun así termina por admitir el reconocimiento de los créditos derivados del mencionado beneficio. El fundamento de la Comisión para justificar esta contradicción y considerar dicho beneficio dentro del primer orden de prelación radicó en que este constituía una obligación convencional para la empresa y, por ello, vinculante para ella. Se trata, sin duda, de un argumento poco sólido pues la naturaleza remunerativa de un beneficio no reside en el origen legal o convencional de la fuente que lo regula, sino en las características mismas del beneficio de que se trate. Un análisis más idóneo hubiese consistido en fundamentar por qué dicho beneficio ostentaba carácter remunerativo o, en todo caso, indicar cuál es el concepto de remuneración que maneja la Comisión para dilucidar este tipo de situaciones.

En segundo lugar, son también créditos de primer orden los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina Nacional de Pensiones - ONP, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador o cualquier otro régimen previsional creado por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Asimismo, el artículo 42 de la Ley Concursal señala expresamente que los aportes al Sistema Privado de Pensiones incluyen el aporte obligatorio a la Cuenta Individual de Capitalización del afiliado así como la prima del seguro, excluyendo expresamente de este primer orden de prioridad a las comisiones cobradas por la Administración Privada de Fondos de Pensiones[9].

Sobre el particular, a diferencia de las remuneraciones y beneficios sociales que cuentan con un superprivilegio constitucionalmente reconocido, los aportes previsionales cuentan con un superprivilegio de tipo legal que ha llevado a algunos a sostener que su justificación radicaría en la misma naturaleza alimentaria de la que gozan las remuneraciones y beneficios sociales. De esta manera, así como las remuneraciones se constituyen en la principal fuente de subsistencia del trabajador, los créditos previsionales al tener su origen en la remuneración y atender a la sobrevivencia del trabajador y su familia cuando

(8) De acuerdo con el considerando 67 de la Resolución N° 0010-2013/SDC-INDECOPI, el *gain sharing* sería *"(...) como un bono que es compartido con todos los integrantes de la unidad de negocio al haber mantenido o ejecutado una actitud participativa en cuanto a la realización de aspectos laborales derivados de múltiples parámetros. El objetivo está en la obtención de resultados ya sea de la unidad completa, de un departamento, una fábrica o la empresa en su totalidad"*.

(9) Es importante precisar que si bien está exclusión ya se encontraba en el texto original de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, la Ley N° 28709 introdujo a las comisiones en el primer orden de prioridad en abril del año 2006, las cuales nuevamente fueron excluidas en virtud del Decreto Legislativo N° 1050 en junio de 2008.

este ya se encuentre en situación de retiro, tendrían también una naturaleza alimentaria que justificaría su consideración como crédito de primer orden[10].

Lo anterior explica la exclusión expresa de las comisiones adeudas a la administración de los fondos privados de pensiones como créditos de primer orden pues de conformidad con el literal a) del artículo 24 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF, dichas comisiones son la retribución que las Administradoras de Fondos de Pensiones reciben por sus servicios. En efecto, las comisiones no cumplen ninguna finalidad de tipo previsional pues al constituir el pago que el afiliado realiza por la administración de su fondo, su naturaleza es meramente contractual correspondiéndole, en consecuencia, el quinto orden de preferencia.

II. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS CRÉDITOS LABORALES

1. Legitimación para solicitar el reconocimiento

El artículo 37.4 de la Ley Concursal establece dos vías de reconocimiento de los créditos de origen laboral. Bien por el representante de los créditos laborales, designados conforme a la legislación correspondiente –y según las pautas establecidas por la Octava Disposición Complementaria y Final–, o bien en forma independiente por el respectivo titular del crédito (trabajador o extrabajador). Cabría preguntarse, no obstante, qué sucede en aquellos casos en los que exista en la empresa deudora una organización representativa de los intereses de los trabajadores afectados (sindicato, sección sindical). ¿Esta podría solicitar, en representación de sus afiliados, el reconocimiento de los créditos respectivos?

La respuesta debería ser afirmativa si tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 8 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, que consagra como una de las funciones de las organizaciones sindicales la representación del conjunto de trabajadores dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva y también en los de naturaleza

(10) Cfr. LIZÁRRAGA VERA-PORTOCARRERO, Anthony. "Unas de cal, otras de arena: a propósito de las modificaciones al orden de pago a los acreedores". En: *Derecho & Sociedad*. Año XX, N° 32, julio de 2009, p. 275.

individual, en este último caso, siempre que el trabajador no opte por accionar directamente en forma voluntaria o por mandato de la ley. Como señaló la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución N° 030-96-TRI/Indecopi, de fecha 21 de agosto de 1996, estamos ante una representación de tipo legal que faculta al sindicato a representar los intereses de sus afiliados dentro en un procedimiento que tiene por finalidad la protección de sus derechos.

No obstante, consideramos que estamos ante un tipo de representación subsidiaria en caso de que el trabajador decida solicitar directamente el reconocimiento de su crédito, como expresamente se lo reconoce el ordenamiento concursal y laboral. Así lo ha considerado la Segunda Sala de Defensa de la Competencia en la resolución N° 0636-2009/SD2-INDECOPI al señalar que si bien el sindicato representa a sus afiliados en las controversias de carácter individual, los trabajadores mantienen siempre su derecho a accionar por su propia cuenta. Además, en la resolución citada, la sala agrega que si bien el sindicato puede representar a los trabajadores en los procedimientos administrativos para solicitar el reconocimiento de créditos laborales adeudados, es necesario que el sindicato acredite la titularidad de los créditos invocados de cada trabajador al que representa.

En cualquier caso, debe quedar claro que este tipo de representación opera en la etapa del reconocimiento créditos, puesto que, como se verá más adelante, la representación de los créditos laborales ante la junta de acreedores se ejerce necesariamente por el representante elegido conforme a las normas sobre la materia, conforme a las pautas de la Octava Disposición Complementaria y Final de la Ley Concursal. En este caso, el legislador ha querido que un único representante sea el que canalice en esta instancia la posición de todos los acreedores laborales (sindicalizados y no sindicalizados; trabajadores y extrabajadores).

2. Documentación sustentaría

Para reconocer un crédito de origen laboral lo primero que se exige es que el solicitante acredite la existencia del vínculo laboral (presente o pasado) por cualquier medio idóneo a tal fin (un contrato de trabajo, una boleta de pago, una sentencia judicial consentida, una acta de conciliación, etc.), tal y como lo establece el artículo 39.4 de la Ley Concursal.

Acreditado el vínculo laboral, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi (en adelante, la Comisión) reconocerá el crédito por el solo mérito de la autoliquidación presentada por solicitante. No obstante, el deudor podrá acreditar haber pagado el crédito cuyo reconocimiento se solicita o que dicho crédito no existe (por ejemplo, el asunto fue controvertido judicialmente y el juzgador desestimó la pretensión del trabajador), o que el trabajador

no cumple con los requisitos para gozar del beneficio laboral reclamado (por ejemplo, un trabajador *part time* que solicita el reconocimiento de la compensación por tiempo de servicios no pagada).

Finalmente, el artículo comentado establece que una vez vencido el plazo señalado en la ley para la conservación de documentos, la carga probatoria de la existencia del crédito se invierte a favor del deudor o, lo que es lo mismo, que la probanza de su existencia corresponderá al acreedor. Esta norma es acorde con lo establecido en el artículo 5 del Decreto Ley N° 25988, Ley de Racionalización del Sistema Tributario Nacional y de Eliminación de Privilegios y Sobrecostos, en virtud del cual las empresas cualquiera que sea su forma de constitución, y siempre que no formen parte del Sector Público nacional, estarán obligadas a conservar los libros, correspondencia y otros documentos relacionados con el desarrollo de su actividad empresarial, por un periodo que no excederá de cinco años, contado a partir de la ocurrencia del hecho o la emisión del documento o cierre de las planillas de pago, según sea el caso.

Transcurrido dicho periodo, las empresas se encuentran facultadas para disponer de dichos documentos para su reciclaje o destrucción. Solo en el caso de las planillas de pago de remuneraciones, estas deberán ser remitidas a la Oficina de Normalización Previsional. La citada norma señala expresamente que en cualquier supuesto, inclusive en materia laboral, luego de transcurrido el mencionado periodo, la carga de la prueba recaerá en la parte que alega el derecho.

Sobre el particular, la Primera Sala de Defensa de la Competencia en la resolución N° 0916-2010/SC1-INDECOPI ha aprobado un precedente de observancia obligatoria que interpreta los alcances de la inversión de la carga probatoria prevista en el comentado artículo 39.4 de la Ley Concursal. Al respecto, la sala ha precisado que el solicitante del reconocimiento del crédito deberá acreditar tan solo la existencia y cuantía de aquellos créditos correspondientes a fechas anteriores a los últimos cinco años durante el cual la compañía estuvo obligada a conservar los documentos, mas ello no supone que el solicitante se encuentre en la obligación de acreditar que el deudor no pagó.

Al respecto, la Sala estaría tomando como precedente un criterio antes ya recogido por los tribunales laborales en el sentido de que la inversión de la carga de la prueba por aquellos periodos anteriores a los cinco años antes anotados, no libera al empleador de la obligación de acreditar que cumplió con sus obligaciones. En efecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 1745-03-La Libertad, señaló lo siguiente:

"(...) [si bien] el recurrente considera que (...) luego de transcurrido el indicado plazo, la prueba de los derechos que se pudiera derivar del contenido de los citados documentos será de cargo de quien alegue el derecho, y, por tanto, corresponde al trabajador probar que ha cumplido con los requisitos para tener acceso a tales derechos (...) corresponde al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo".

De esta manera, la Sala de Defensa de la Competencia ha recogido en su precedente el citado pronunciamiento judicial en el sentido que la antes aludida inversión probatoria no implica la obligación del trabajador de acreditar que el empleador no cumplió con abonar los conceptos que reclama sino tan solo, probar que tuvo derecho a estos que, en el caso de los créditos concursales, se traduce en tener que acreditar la existencia de los créditos y su cuantía.

3. Aplicación del principio de primacía de la realidad

Una de las novedades importantes de la Ley Concursal fue la consagración del principio de primacía de la realidad y su utilización en el reconocimiento de los créditos laborales. En efecto, el artículo 40 de dicha norma dispone que, para el reconocimiento de los créditos de origen laboral, la Comisión podrá aplicar el principio de primacía de la realidad. Un paso adicional se dio con el Decreto Legislativo N° 1050, cuyo artículo 14 precisa que ya no es necesario que el acreedor invoque a la Comisión la aplicación del referido principio, sino que esta podrá aplicarlo de oficio. Según reza el artículo comentado, en virtud del principio de primacía de la realidad, la Comisión privilegia los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustentan el crédito.

El principio de primacía de la realidad es un principio de clara vertiente procesal que fue introducido y recreado en nuestro medio por la jurisprudencia de los tribunales de trabajo, permitiendo al juez laboral preferir lo que ocurra en los hechos y no lo que las formas o documentos señalen. Es decir, son los hechos lo que mandan y serán estos los que prevalezcan, inclusive sobre lo que las partes dicen que ocurre. Como recuerda Neves Mujica, este principio no hace sino recoger un clásico aforismo del Derecho Civil que establece que *"las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina"*[11]. Y es que el ordenamiento jurídico laboral presenta un conjunto de reglas y principios de carácter imperativo o indisponible frente a los cuales los incumplimientos del empleador o los actos de particulares que pretendan sustraer indebidamente a una prestación subordinada de servicios del ámbito de aplicación del derecho del trabajo carecen de validez.

(11) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 41.

Cabe señalar que no estamos ante la primera oportunidad en que se concede a una autoridad administrativa la posibilidad de acudir al principio de primacía para revertir situaciones ilícitas que pudieran perjudicar los intereses de los trabajadores. En efecto, fue el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa Gratuita del Trabajador, el que dio carta de ciudadanía al principio de primacía de la realidad, otorgándole al inspector de trabajo una herramienta de la mayor importancia para la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales del empleador. Actualmente, el artículo 2 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, consagra al principio de la primacía de la realidad como uno de los principios ordenadores que rige el sistema de inspección del trabajo.

Para algunos no deja de ser controvertida la decisión del legislador de otorgar a órganos de naturaleza administrativa la facultad de aplicar un principio cuyo ámbito de actuación es, esencialmente, en sede judicial. No obstante, consideramos que el reconocimiento del principio de primacía de la realidad por la Ley Concursal dota a la Comisión de un recurso que dará mayor transparencia al procedimiento concursal y, especialmente, garantizará de mejor manera los intereses de los acreedores laborales.

Son muchos los casos en los que puede acudirse al principio de primacía de la realidad, pero el caso paradigmático –y que con mayor frecuencia se presentará a la decisión de la Comisión– es, sin duda alguna, el de la locación de servicios que pretende encubrir un contrato de trabajo, amparándose, supuestamente, en una libre y espontánea decisión de las partes y en una pretendida autonomía del servicio prestado por el locador. Un encubrimiento de esta naturaleza tiene por finalidad la elusión de los derechos y obligaciones que se derivan de una relación de naturaleza laboral.

Sobre el particular, la Primera Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución N° 1164-2009/SC1-INDECOPI ha señalado que para presumir la existencia de un contrato de trabajo deben confluir necesariamente la prestación personal del servicio, la contraprestación remunerativa y el vínculo de subordinación jurídica, elementos de la relación laboral que el solicitante del reconocimiento del crédito deberá acreditar mediante la documentación necesaria que permita la verificación de las manifestaciones o rasgos sintomáticos de la relación laboral. Habrá que observar, no obstante, si la posición del Tribunal de Defensa de la Competencia se encamina hacia la aplicación de la presunción de laboralidad recogida por el artículo 23.2 de la Ley N° 29497,

nueva Ley Procesal del Trabajo, para los procesos laborales, en virtud de la cual solo será necesario que se acredite la prestación personal de servicios para que se presuma que la relación es una de naturaleza laboral y a plazo indeterminado. En tal circunstancia, se revierte la carga de la prueba, correspondiéndole al reputado empleador acreditar que el contrato no es de trabajo, o que siéndolo está sujeto a modalidad (plazo fijo).

Sin embargo, es también posible que lo contrario a la intensión de eludir las obligaciones laborales ocurra, es decir, que las partes simulen la existencia de un contrato de trabajo para obtener indebidamente los favores, no tanto de la legislación laboral, sino la de carácter previsional. Otros supuestos comunes son la contratación de personal a través de figuras de intermediación laboral no permitidas y la celebración de contratos de trabajo sujetos a modalidad escondiendo relaciones de trabajo indeterminado. En todos estos casos, aún cuando se cuente con el consentimiento del trabajador, deberá preferirse la realidad frente a la apariencia, dejando sin efecto el acto de encubrimiento.

Las consecuencias de aplicación de este principio por parte de la Comisión son importantes y tienen una repercusión directa en el crédito reconocido. Así, la calificación como laboral de una relación contractual establecida formalmente por las partes como civil, supone necesariamente reconocer los beneficios laborales no reconocidos ni pagados por el empleador. Pero además, dichos créditos se desplazan automáticamente del quinto al primer orden de preferencia.

4. Reconocimiento de créditos laborales en caso de acreedores vinculados

La institución de la vinculación entre acreedor y deudor en materia concursal tiene por finalidad "*(...) que se active una presunción válida acerca de la posibilidad de que dicho vínculo o relación pueda influir negativamente en el desenvolvimiento de estos durante el proceso concursal (...)*"(12). De esta manera, la institución en cuestión lo que pretende es evitar que los acreedores vinculados perjudiquen a los acreedores que no lo son, al velar por los intereses del deudor en lugar de actuar de manera transparente e independiente.

Así, entre las relaciones que evidencian relación entre deudor y acreedor, y que deben ser declaradas por ambos en la primera oportunidad que se apersonen a la Comisión, se encuentran las relaciones laborales de dirección

(12) GAGLIUFFI PIERCECHI, Ivo S. "Sospechosos comunes. La vinculación entre deudor y acreedor en el sistema concursal peruano y sus consecuencias". En: *Foro Jurídico*. Año II, N° 13, febrero, 2004, pp. 145.

o de confianza, conforme al literal c) del numeral 12.2 del artículo 12 de la Ley Concursal.

Al respecto, según lo dispuesto por el artículo 43 de la LPCL, el personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Por su parte, son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. También son considerados trabajadores de confianza aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

El Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, establece en su artículo 59 la necesidad de calificar los puestos de dirección y de confianza, comunicando la decisión empresarial a los trabajadores afectados y consignando la calificación en el libro de planillas y las boletas de pago. No obstante, el incumplimiento de esta formalidad no desnaturaliza la calidad del cargo si puede demostrarse que es efectivamente de dirección o de confianza. En este mismo orden de ideas, la LPCL establece que en la calificación no se ampara el abuso del derecho, por lo que los trabajadores afectados podrían también demostrar que no tienen la calidad que su empleador les ha atribuido.

¿Lo anterior significa que un trabajador calificado como de dirección o de confianza puede cuestionar tal calificación ante la Comisión, a fin de que su crédito no se considere como un crédito vinculado, amparado en el principio de primacía de la realidad reconocido en el artículo 40 de la Ley Concursal? ¿Podría la Comisión, al amparo también del mismo principio, establecer de oficio que determinada relación es de dirección o de confianza, a pesar de que no haya sido calificada como tal por el empleador?

Debe tenerse presente que, de conformidad con lo establecido en el artículo 38.5 de la Ley Concursal, el reconocimiento de los créditos invocados por acreedores vinculados al deudor, solo podrá ser efectuado por la Comisión. Por tanto, es a esta a la que, invocando el principio de primacía de la realidad, se le podría solicitar, ya no tanto una calificación sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual, sino, sobre la base de asumir que la relación es de naturaleza laboral, que establezca si es o no de dirección o de confianza.

En efecto, en la resolución N° 0087-2010/SC1-Indecopi, la Primera Sala de Defensa de la Competencia revocó la resolución de la Comisión que declaró

la vinculación entre la solicitante y la deudora por considerar que sus labores no eran ni de dirección ni de confianza. En este caso, la solicitante cuestionó ante la Sala la declaración de vinculación con la deudora que la Comisión efectuó sobre la base de un escrito en donde, bajo declaración jurada, la misma solicitante había manifestado tener vinculación. Esto deja en evidencia que el objetivo en el reconocimiento y declaración de los créditos laborales, en materia concursal consiste en todo momento en privilegiar los hechos sobre las formas, esto es, aplicar el principio de primacía de la realidad.

Sin embargo, si bien el principio de primacía de la realidad supone que la Comisión o la Sala deben preferir los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustentan el crédito, es importante resaltar que el artículo 61 del Decreto Supremo N° 001-96-TR establece que la impugnación de la calificación en cuestión debe hacerse en sede judicial y dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación respectiva.

Por tanto, en la medida que se haya seguido dicho procedimiento y exista un pronunciamiento judicial al respecto, no sería posible su revisión por la Comisión. Por el contrario, en defecto de pronunciamiento judicial firme, consideramos que sí sería posible que la Comisión desvirtúe una calificación indebida del empleador o que proceda a calificar las relaciones de dirección y de confianza no efectuadas por el empleador. En ambos casos, la decisión de la Comisión solo tendría efectos para el procedimiento concursal[13].

III. LA CESIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES

Un tema que ha cobrado reciente importancia es el de la validez de la venta de los créditos laborales que son reconocidos como tales en un procedimiento concursal. Utilizando la figura de la cesión de posición contractual, el trabajador que tiene un crédito laboral reconocido termina cediendo su posición a un tercero a cambio del pago una suma dinero que resulta inferior al monto total de dicho crédito. El debate se centra, por tanto, en determinar

(13) Por lo general es el trabajador el interesado en que sus créditos no sean calificados como vinculados, pero ocurre también que muchas veces son otros acreedores los que, con una posición contraria, manifiestan su interés en que determinados créditos sí sean declarados como vinculados, como lo pone de manifiesto la Resolución N° 1518-2009/SC1-INDECOPI.En este caso, el acreedor de una empresa en liquidación cuestionó que la Comisión no hubiese declarado la vinculación de un trabajador que, a su criterio, fue personal de confianza. La Primera Sala de Defensa de la Competencia determinó, por el contrario, que el trabajador sí se había desempeñado como personal de confianza, por lo que declaró la existencia de vinculación entre dicho trabajador y la empresa deudora.

si dicho acto de cesión encubre o no una renuncia de derechos laborales, y si bien el Indecopi ya se ha pronunciado a favor de su validez, consideramos que los argumentos utilizados esta entidad para justificar y validar la venta de los créditos laborales resultan cuestionables, siendo por ello necesario reflexionar sobre este tema en las líneas siguientes.

1. El reconocimiento del principio de irrenunciabilidad de derechos en la Ley Concursal

El artículo 69.2 de la Ley Concursal señala respecto de los créditos laborales que es inválida la renuncia al orden de cobro que les corresponde. Nótese que la norma concursal es enfática en señalar que dicha renuncia es inválida, tanto si es realizada por el representante de los créditos laborales como a título individual. Dicha disposición va de la mano con el superprivilegio del que gozan los créditos laborales[14], lo que equivale a consagrar el principio laboral de irrenunciabilidad de derechos en el campo del derecho concursal.

El principio de irrenunciabilidad de derechos está recogido en el artículo 26 de la Constitución y actúa, según el indicado precepto, respecto de derechos reconocidos al trabajador en sede legal y constitucional. Su fundamento es doble: (i) el espíritu protector que inspira al Derecho del Trabajo; y (ii) el carácter imperativo de las normas que informan dicha disciplina. Así lo entiende la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[15], que señala además que "*La Constitución protege (...) al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia –y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia- se perjudique*"[16].

De otro lado, el carácter imperativo de las normas laborales, impide que los derechos reconocidos en ellas sean desconocidos por la autonomía privada,

(14) En el mismo sentido ROJAS LEO, Juan Francisco. *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. ARA Editores, Lima, 2002, p. 233.

(15) Véase por todas la sentencia del TC recaída en el Exp. N° 3156-2004-AA/TC (fundamento 3).

(16) Sentencia recaída en el Exp. N° 2906-2002-AA/TC (fundamento 6). En el mismo sentido, véase las sentencias recaídas en las Casaciones N°s 1507-2004-Lima y 476-2005-Lima. Esta última señala que "*(...) el principio de irrenunciabilidad justamente prohíbe que los actos de disposición del trabajador como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas entiendo por tal, aquellas que ordenan y disponen sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral, dentro de tal ámbito, el trabajador no puede 'despojarse', permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar. Así, la irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta a las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral*".

contando para ello el propio ordenamiento jurídico con mecanismos de garantía interna que procuran lograr la plena eficacia de sus normas. En ese sentido, precisa el TC que, *"de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno"*[17], quedando incólume, por tanto, el derecho que se pretendió relegar en forma inválida.

De esta manera, el principio de irrenunciabilidad opera como un mecanismo de autodefensa normativa en apoyo del trabajador, que por su inferior posición contractual frente al empresario, podría terminar dejando de lado, aun contra su voluntad, derechos que le concede el ordenamiento jurídico. Según una acreditada doctrina, para que ocurra una renuncia de derechos, resulta indispensable la decisión de su titular de abandonarlos de forma irrevocable[18] y de hacerlo sin contraprestación alguna[19].

Asimismo, este principio suele moverse en el campo de las normas imperativas, concretamente de derecho necesario relativo, es decir, aquellas normas, por lo general de origen estatal y convencional, que establecen mínimos o pisos, por debajo de los cuales no puede actuar la autonomía individual. En esa medida, los derechos consagrados en este tipo de normas resultan indisponibles para el trabajador. En el caso de las normas de derecho dispositivo, que son fundamentalmente las de origen consuetudinario y contractual –incluso las de origen estatal o convencional, si se proclaman ellas mismas como dispositivas–, es válido el acto de disposición de los derechos que dichas normas regulan, no operando, en estos casos el principio de irrenunciabilidad.

Nótese que si bien la Constitución prohíbe la renuncia de derechos, no se pronuncia respecto de otras figuras afines, como por ejemplo, la transacción o la venta de derechos. Debe tenerse en cuenta que si bien la renuncia implica una disposición de derechos, no constituye la única forma de hacerlo. La disposición es una figura de mayor amplitud que supone la transformación, modificación o extinción de derechos por parte de su titular[20].

En cualquier caso, habrá que cuidar que las otras formas de disposición de derechos no encubran una verdadera renuncia o que impida al trabajador

(17) Sentencia recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC (fundamento 24).

(18) DE LA VILLA, Luis Enrique, "El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales". En: *Revista de Política Social*. N° 85, Madrid, 1970, p. 8.

(19) OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de los derechos del trabajador*. IEP, Madrid, 1971, p. 190.

(20) PRADOS DE REYES, Francisco. "Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores". En: *Revista de Política Social*. N° 127, Madrid, 1980, p. 55 y ss.

recurrir al ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. En ese sentido, la venta o cesión de créditos laborales sería una forma más de disposición de derechos, pero habrá que establecer en cada caso concreto si esta encubre o no una renuncia de derechos, porque de hacerlo el Indecopi está en la obligación de decretar su nulidad.

Es importante anotar que, como regla, el artículo 1208 del Código Civil permite la cesión de toda clase de créditos, incluso aquellos discutidos en sede judicial, arbitral o administrativa. No obstante, el artículo 1210 del indicado cuerpo normativo establece la improcedencia de la cesión –entre otros supuestos–, cuando aquella resulte contraria a la naturaleza de la obligación. Es precisamente este supuesto el que permitiría cuestionar la cesión de los créditos laborales[21], en particular de aquellos que provengan de normas imperativas.

2. La venta de créditos laborales: argumentos del Indecopi de por qué esta no supone una renuncia de derechos

La Primera Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución N° 0429-2009/SC1-Indecopi, declaró –como en tantos otros de sus pronunciamientos– que no existe renuncia de derechos laborales cuando el acreedor laboral cede a un tercero sus créditos. Así, entre los criterios señalados por el Tribunal para sostener que no existe renuncia de derechos encontramos básicamente los siguientes: (i) que el principio de irrenunciabilidad de derechos opera solo en el marco de una relación laboral; (ii) que la cesión de créditos laborales no implica una renuncia de derechos toda vez que a cambio de esta se percibe una contraprestación económica; y, (iii) que la cesión de créditos resulta ser equivalente a cualquier operación comercial realizada entre dos partes y que se encuentra excluida del Derecho Laboral.

Así en el considerando número 19 de la resolución comentada, la Sala señaló lo siguiente:

> *"A criterio de esta sala, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que para que sea posible la invocación del principio de irrenunciabilidad de derechos ante un conflicto de intereses, debe existir una relación laboral entre las partes. De ahí que, en el caso de una negociación entre el trabajador y un tercero, distinto a su empleador, no podría invocarse la aplicación del principio de irrenunciabilidad toda vez que el*

(21) Como ocurre en el ordenamiento francés, que expresamente lo prohíbe. Cfr. BOILLOD, Jean Pierre. *Manuel de Droit*, 1997, p. 135, citado por GUZMÁN-BARRÓN. Ob. cit, p. 133.

trabajador, en su condición de ciudadano, se encontrará ejerciendo su derecho de libertad de contratar, regido por los principios del derecho civil, sin que se le extienda la protección propia del ordenamiento laboral pues no puede presumirse que se encuentra en una situación de desventaja frente a cualquier tercero, como la que normalmente presenta frente a su acreedor".

La sala pierde de vista con facilidad la naturaleza laboral de los intereses que están en juego, recurriendo sin matices a fundamentos del derecho común y olvidando que el procedimiento concursal ha sufrido un proceso de socialización, incorporando reglas y principios propios del derecho del trabajo, así como la impronta tuitiva que esta disciplina supone. No otra cosa significa que la Ley Concursal haya recogido principios como el de primacía de la realidad o el de irrenunciabilidad de derechos que venimos analizando, o la propia prelación que se le asigna al cobro de los créditos laborales.

Este proceso de socialización o "laboralización" del procedimiento concursal –al que hacíamos referencia al inicio del presente trabajo– se hace más evidente –y necesario– en un contexto de insolvencia de la empresa y con un procedimiento regido por el ordenamiento civil o mercantil. Por tanto, con la declaratoria de insolvencia de una empresa ni el trabajador se aleja de su condición de tal, ni los derechos indisponibles originados en normas imperativas pierden esa naturaleza.

En ese sentido, no parece correcto generalizar que en una cesión de derechos el trabajador interviene como un simple ciudadano, "despojado" de su condición laboral, o que ejerce, sin desventaja alguna, su derecho de libertad de contratar frente a terceros distintos de su empleador[22]. Aquí resulta necesario realizar un tratamiento más prudente del principio de irrenunciabilidad de derechos a fin de que cumpla el rol tutelar que constitucionalmente tiene asignado, porque es evidente que una situación de crisis económica o insolvencia de la empresa podría acrecentar la posición de minoridad e indefensión del trabajador.

Lo anterior nos permitiría plantearnos la posibilidad de referirnos a la figura del empleador en términos amplios, y no circunscrita a la estricta relación

(22) Antes bien, conviene recordar que en el estadio actual de las relaciones laborales se presenta una situación de signo inverso, en el que los derechos de ciudadanía –conforme a una consolidada doctrina científica y jurisprudencial– han anclado en el ámbito de la empresa, reconociéndole al trabajador derechos como ciudadano-trabajador (derecho a la intimidad, libertad de expresión, etc.). Por su parte, la libertad de contratar, como manifestación de la autonomía privada individual, es uno de los derechos indiscutiblemente mediatizados por la heteronomía estatal y la autonomía colectiva.

del trabajador y del sujeto que lo contrató y para quien directamente prestó sus servicios. Se trata, en definitiva, de evitar operaciones de cesión de créditos que puedan encubrir una renuncia de derechos, como ocurriría, por ejemplo, si el tercero con el que el trabajador negocia la cesión de sus créditos laborales resulta ser una empresa vinculada a su empleador.

De otro lado, en el fundamento números 22 y 23 la sala señala que:

"En una cesión lo que se transfiere es un derecho a cambio de una determinada contraprestación (...) El costo de oportunidad se entiende como aquel en que se incurre al tomar una decisión y no otra, esto es decidir ceder el derecho de cobranza de un crédito a cambio de un beneficio económico actual o, de lo contrario, mantener el referido derecho con la expectativa futura de cobranza. Así la disposición voluntaria de un crédito obtenido como consecuencia de la prestación de servicios frente al empleador, a través de la figura de la cesión, determina que el interés del cedente es satisfecho a las circunstancias en que se encuentra".

Estamos, sin duda, ante otro punto controvertido. Cabe anotar que si bien respecto del adeudo de beneficios laborales las transacciones judiciales y extrajudiciales están permitidas, el fundamento de dicha permisividad se encuentra en la naturaleza dudosa o litigiosa de la controversia. Es decir, existe incertidumbre sobre si le corresponde o no al trabajador el derecho que reclama, y cuando el derecho es de índole económico, la controversia suele alcanzar a la cuantificación de este o, lo que es lo mismo, a la determinación del monto total de la suma adeudada.

Pero, determinado el derecho y, en su caso, el monto que debe pagarse al trabajador –esa es la tarea que realiza la Comisión cuando reconoce un crédito laboral en un procedimiento concursal–, la incertidumbre desaparece, y el acto de disposición por parte del trabajador de ese derecho –en concreto, la venta de un crédito a un menor precio del reconocido por la Comisión–, si proviene de una norma imperativa, alberga un acto de renuncia y, como tal, es nulo. Y es nulo, desde nuestro punto de vista, independientemente de que se trate de un acto oneroso y de que se haya celebrado con un tercero distinto del empleador[23].

Finamente, en el fundamento número 24 la sala indica que:

(23) Piénsese, por ejemplo, en la venta de vacaciones por un periodo mayor a los 15 días permitidos por nuestro ordenamiento. Para GUZMÁN-BARRÓN. Ob. cit. p. 132, si sería posible la cesión de derechos a título oneroso, mientras que la cesión unilateral, sin contraprestación alguna la califica como una renuncia de derechos.

"En materia concursal, la cesión de créditos laborales a favor de un tercero resulta ser equivalente a cualquier operación comercial realizada entre dos partes en igualdad de condiciones, por lo que no estaría enmarcada en el ámbito del ordenamiento laboral, sino que se rige por las disposiciones del Derecho Civil. (...) En efecto, en dicho acuerdo la voluntad del empleador o ex empleador no resulta determinante, por lo que extender una protección propia del derecho laboral a la relación entablada entre un tercero implicaría una limitación al ejercicio de su derecho a la libertad contractual, pues se encontraría impedido de celebrar actos jurídicos respecto de los créditos obtenidos de una relación laboral".

Consideramos que toda cesión de créditos laborales no puede de manera automática calificarse como una operación comercial cualquiera sino que antes de ello es necesario evaluar al tercero con el que el trabajador realiza la cesión. Por ello, más allá de lo cuestionable que pueden resultar la resolución de la sala comentara, resulta rescatable cuando la misma sala señala en el fundamento 26 que:

"Asimismo, (...) [el tercero] tampoco se trataba de empresa vinculada a (...) [la deudora] lo que podría generar dudas respecto de extender la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos a empresas que forman parte de un mismo grupo económico".

En efecto, si bien la sala lo plantea en término de dudas, es rescatable que la misma no se cierre como parece hacerlo en un primero momento a que el principio solo operará en el marco de una relación laboral.

3. Consecuencias de la venta de créditos laborales

Ahora, una vez cedidos los créditos laborales ¿estos mantienen el primer orden de preferencia en el cobro? Al respecto, la pregunta no es gratuita toda vez que debe recordarse que el primer orden de prioridad de tales créditos se fundamenta en el carácter alimenticio que la remuneración tiene para el trabajador. Por tanto, si el trabajador ya cedió sus créditos a un tercero ¿tiene sentido que estos conserven el primer orden de prioridad? ¿Habría justificación para que así sea?

Sobre el particular, la sala en la Resolución Nº 0018-2008/TDC-INDECOPI estaría dando a entender que los créditos laborales cedidos mantienen el primer orden de prioridad. En el presente caso un tercero adquirió los créditos laborales de un grupo de trabajadores de una empresa en liquidación y cuando, posteriormente, la deudora procedió a cancelar los créditos laborales adquiridos por el tercero, se cuestionó que al no haber sido este reconocido como acreedor de la deudora, no podía efectuarse el cobro. En este caso, más

allá de lo resuelto sobre el cuestionamiento efectuado, cabe destacar lo señalado por la sala, en el sentido que:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley General del Sistema Concursal, y también por el artículo 78 de la Ley de Reestructuración patrimonial, normas aplicables a los hechos materia de investigación, el liquidador estaba obligado a pagar los créditos debidamente reconocidos por la Comisión en el orden de preferencia que les corresponda, al acreedor que sea titular de los mismos a la fecha de pago, incluso si este último no cuenta con un reconocimiento previo por parte de la citada autoridad administrativa".

De esta manera, si cuando la Comisión reconoce unos créditos que gozan del primer orden de preferencia, como ocurre con los créditos laborales, así estos sean cedidos a terceros que no cuentan con la condición de acreedores laborales, tales créditos deberán ser cancelados en el primer orden de preferencia. Ello supone que el privilegio de primer orden de los créditos laborales se mantiene aun en caso de su cesión[24].

IV. LA REPRESENTACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES

Conforme a lo señalado por el artículo 47.2 de la Ley Concursal, los créditos laborales están representados ante la junta de acreedores por un único representante que es designado –no elegido– por la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT). Nótese que no se trata de un acto discrecional de la AAT, sino de una decisión reglada, sometida a lo que sobre el particular establece la resolución ministerial de desarrollo de la Ley Concursal, norma ministerial que, por lo demás, recoge los lineamientos establecidos en la octava disposición final de la citada ley. Estos lineamientos demandan que sean los propios acreedores laborales los que elijan a sus representantes, y que estos gocen de facultades suficientes para adoptar cualquier acuerdo previsto en la Ley Concursal.

Precisamente, fue en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley Concursal que se expidió la Resolución Ministerial Nº 324-2002-TR, de 19 de noviembre de 2002, aprobándose el Reglamento de elección y designación de representantes de créditos laborales ante la junta de acreedores sometidos a

(24) Como señala GUZMÁN-BARRÓN. Ob. cit., p. 132, *"La cesión de créditos es una especie de cesión de derechos, e importa la transmisión del crédito y sus accesorios (privilegios, garantías reales y personales, etc.), salvo que las partes hayan pactado en contrario"*. Por tanto, concluye la autora, *"La cesión del crédito laboral reconocido por la autoridad concursal correspondiente, supone también la cesión del privilegio, por lo cual el cesionario ocupará el primer orden de prelación en el pago"*.

procedimiento concursal, norma que fue modificada posteriormente mediante Resolución Ministerial N° 008-2004-TR, de enero de 2004. El procedimiento de elección –y de remoción, de ser el caso– del representante es el siguiente.

En primer lugar, se establece que son dos los representantes que deben designarse: uno titular y otro suplente. Las candidaturas para la elección de los representantes pueden presentarse en forma individual o en lista de dos miembros, pero en este último caso se deberá indicar quién postula al cargo de representante titular y quién al de suplente. Cabe señalar que la convocatoria al proceso eleccionario puede hacerla la organización sindical (en caso de existir), cualquier acreedor laboral o incluso el propio deudor. La resolución ministerial precisa que una vez desinados los representantes ambos podrán asistir en forma conjunta a la junta, pero el derecho a voto corresponderá únicamente al representante titular.

En segundo término, se consagra un sistema de votación por personas, es decir, se considera un voto por cada acreedor (trabajador o extrabajador), independientemente de la proporcionalidad de su crédito. La votación será individual, secreta, directa y nominal, debiendo acreditar los votantes su identidad y calidad de acreedores laborales. No obstante, si alguno tuviese impedimento para asistir al eleccionario, podrá delegar su representación a otra persona mediante carta poder simple. Será elegido como representante ante la Junta de acreedores el trabajador o extrabajador o la lista que hubiese alcanzado mayoría simple. Concluida la votación, se levantará un acta del acto electoral que se pondrá en conocimiento de la AAT, a fin de que esta formalice la designación correspondiente, como se verá seguidamente.

En efecto, la norma en cuestión precisa que la AAT designará a los representantes de los créditos laborales respetando la elección realizada por los acreedores laborales. En ese sentido, la AAT cumple un rol esencialmente formal, de reconocimiento y acreditación de los representantes de los créditos laborales, a fin de que estos puedan actuar válidamente ante la junta de acreedores. Si no hay pronunciamiento dentro del plazo de cinco días útiles (computados a partir del día siguiente de la fecha de presentación de la solicitud) se considera denegada la solicitud (operando el silencio administrativo negativo). Esta resolución expresa o ficta es susceptible de apelación.

Finalmente, la resolución ministerial regula dos supuestos que de algún modo se encuentran vinculados: las causales de remoción de los representantes y los mecanismos de control de la actividad representativa, en ambos casos por parte de los electores. Esta última facultad es particularmente relevante porque denota con claridad que el mandato representativo otorgado a los representantes de los créditos laborales no es irrestricto. ¿Qué sucede, por ejemplo, en caso de que los representantes no sigan los acuerdos adoptados por el conjunto de

los acreedores laborales o cuando la actuación de dichos representantes es contraria a los intereses de sus representados? Cobra sentido entonces la obligación de los representantes elegidos de informar a los acreedores laborales de su gestión y de todo lo relacionado a sus actividades de representación.

Los actos de representación ante la Comisión y ante la junta de acreedores pueden presumirse legítimos, pero eso no obsta para que queden fuera del control o fiscalización por parte de los acreedores laborales. De modo tal que si estos no se encuentran conformes con sus representantes y reúnen a no menos del 20 % del total de acreedores laborales reconocidos por la Comisión, podrán realizar nueva convocatoria para su reemplazo. El reemplazo o remoción de los representantes procede también en caso de su renuncia o muerte.