

***La par conditio creditorum* vs. la autoridad de la cosa juzgada: ¿El procedimiento concursal iniciado por el empleador, evita la cobranza judicial de los beneficios sociales?**

Por: Ricardo Corrales Melgarejo¹

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es el de desarrollar los fundamentos que justifican la decisión judicial adoptada por la Resolución de Vista emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarma, que inaplicó para el caso concreto el artículo 17.1 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal² (en adelante Ley Concursal), del cual el autor fue ponente.

Este caso plantea la cuestión siguiente: ¿si el procedimiento concursal que inicia el empleador impide la ejecución de una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada a favor del trabajador?

Nuestra decisión consideró que tal situación jurídica de la empresa, no es óbice para continuar con la ejecución del crédito laboral contenido en una sentencia con autoridad de cosa juzgada, ya que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, derrotan a la regla contenida en el texto normativo del citado artículo 17.1, al devenir en inconstitucional para el caso concreto.

Esta aseveración al ser el resultado del control de constitucionalidad de la regla en cuestión, nos remite a los principios constitucionales en pugna: *La par conditio creditorum* vs. la autoridad de la cosa juzgada, cuyo juicio de ponderación y test de proporcionalidad empleado, hacemos de vuestro conocimiento.

I. ANTECEDENTES

Se trataba de cierto trabajador de la empresa Doe Run Perú En liquidación, cuyo despido fue declarado nulo y se ordenó su reposición, mediante Casación N° 1260-2008 JUNÍN del 11 de diciembre de 2008, en el Exp. N° 00022-2007, por lo que pidió el abono de sus salarios caídos que sumaban S/ 104,664.91, luego de embargar la cuenta bancaria de la

¹Abogado por la UNFV, Juez Superior de la Corte de Junín, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana Los Antas, en cuyo blog personal publica parte de sus sentencias, exposiciones y artículos, en la direcciones electrónicas siguientes: <<http://ricardocorralesmelgarejo.blogspot.com/>> y, <<https://www.facebook.com/ricardo.corrales.35/notes>>

² Artículo 17.- Suspensión de la exigibilidad de obligaciones

17.1A partir de la fecha de la 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 éstas, cuando corresponda la tasa de interés que fuese pactada por la Junta de estimarlo pertinente. En este caso, no se devengará intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses.

ejecutada, estaba a punto de cobrar la consignación, cuando la empresa pide la suspensión de la exigibilidad de la obligación por haberse acogido al proceso concursal. El Juez decide amparar dicho pedido aplicando lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Ley Concursal.

A su turno, la Sala Mixta Descentralizada de Tarma mediante la Resolución N° 4 del 30 de mayo de 2013, recaída en el cuaderno N° 00022-2007-4-1509-SP-LA-01, la revoca y reformándola declara infundada dicha petición e inaplica del artículo 17.1 de la Ley Concursal, y elevada en consulta ha sido aprobada por la Consulta N° 8461-2013 JUNIN emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

II. ASPECTOS DOCTRINARIOS

1. La par conditio creditorum

Es un brocardo **latino** que significa: *igual condición de crédito*, y a la vez es un principio de justicia en el Derecho Concursal, que pone en situación de igualdad a los acreedores que pretenden satisfacer sus créditos frente al deudor, con las preferencias que establece la ley, y de modo implícito prohíbe la discriminación entre ellos. La Corte Constitucional Colombiana, lo define así:

“En el desarrollo doctrinal de los procesos concursales se ha entendido como uno de los principios medulares de estos, el respeto del principio *par conditio creditorum*. Con este se persigue que los créditos existentes sean pagados en igual proporción, plazo y forma exceptuando los órdenes o categorías de pago fijados por ley. En consecuencia, tratándose de créditos de la misma categoría, se debe respetar la igualdad de tratamiento derivada de tal principio y dar igual trato a acreedores en iguales condiciones [...], tal principio busca que el perjuicio por parte de los acreedores sea sufrido de una manera paritaria”³

1.2 La par conditio creditorum vs. prior in tempore potior iure

La *par conditio creditorum* en justicia, implica poner en la balanza de la ponderación su principio contrario: *prior in tempore potior iure* (*primero en el tiempo primero en el derecho*), esto es, que el acreedor que embarga primero cobra primero. Esta es la regla para tiempos normales. Empero, cuando el deudor cae en insolvencia, entonces, resulta razonable que se abra paso al principio *par conditio creditorum*, a fin que desde el primero hasta el último cobren sus acreencias en igualdad de trato, siempre que sus créditos no estén respaldados por una decisión judicial con autoridad de cosa juzgada.

3 Acápito IV, fundamento B.4 de la Sentencia T-441/02, consultado el 15 de junio de 2015, ver en: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3f3P3RqFHLIJ:www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-441-02.htm+&cd=7&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>>

1.3 El principio de colectividad

Otro de los principios concursales que fundamentan la justicia de *la par conditio creditorum*, es el de colectividad, pues, ante la declaración de insolvencia de un deudor, la opción de su reestructuración según un plan de pagos, o su salida del mercado y liquidación, implica que los acreedores deban preferir el interés colectivo al interés individual, a fin de reflotar o realizar el patrimonio del deudor y, hacerse cobro de sus acreencias de modo ordenado a ley. A propósito de este principio concursal de colectividad consagrado en el artículo V del Título Preliminar de la Ley Concursal⁴, cabe citar el comentario del profesor Rojas Leo, a saber:

“La colectividad es la esencia del Derecho Concursal. La propia denominación de ‘concurso’ obedece a la concurrencia de varios interesados en la crisis de un patrimonio. Los concurrentes lo hacen en busca de la satisfacción de sus intereses y, precisamente, el sistema concursal administra el conflicto social que se genera como consecuencia de la escasez de recursos para solventar la crisis financiera”⁵

En efecto, la particularidad de cada acreedor, urgido por recuperar el crédito vencido y moroso, apresurado por ser el primero en embargar y rematar algún bien del deudor, da paso a la realidad común del universo de acreedores que se encuentran en la misma situación, frente al deudor insolvente, cuyo patrimonio es insuficiente para honrar la totalidad de sus deudas.

Entonces, lo racional y razonable es que los acreedores acudan colectivamente ante un procedimiento preestablecido, que ponga orden en la satisfacción de los créditos de la masa concursal. Lo contrario es que, en una caótica cobranza, unos se beneficien en detrimento de otros, la arbitrariedad y el abuso del derecho, se impongan al generar deudas inexistentes, el desvío u ocultamiento de activos diluyan el patrimonio, se propicie la discriminación y, hasta colusión entre el deudor y acreedor favorecido, violentando el principio de justicia de *la par conditio creditorum*.

1.4 La relatividad de la integridad del pago

La situación jurídica declarada de insolvencia del deudor, ocasiona que la institución civil central en la extinción de las obligaciones: el pago, entendida como ejecución íntegra de la prestación, se relativice. Entonces, la prohibición referida a que: *No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación*, que alude el artículo 1221 del Código Civil, de paso a lo que Rojas Leo ha dicho que, el acreedor al participar en el proceso de insolvencia del deudor: “...*en realidad se ha convertido en una especie de*

4 Artículo V.- Colectividad: Los procedimientos concursales buscan la participación y beneficios 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.

5 ROJAS LEO, Juan. *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Ara Ed. 2002. p. 29.

‘inversionista circunstancial’ o ‘forzado’, y que, como tal tendrá que asumir las consecuencias de su inversión en proporción a su participación en el negocio”. Además, que el acreedor asumirá el riesgo de sus decisiones sobre la posibilidad de realizar su acreencia, pues, optar por la reestructuración del negocio del deudor o su liquidación, tendrá consecuencias que a la postre asumirá sus consecuencias, sean positivas con el reflotamiento del negocio, en hora buena –lograrán la recuperación íntegra de la deuda e incluso con pago de sus intereses-; empero, si son negativas, el negocio no levanta y va para su liquidación, podría ocasionar que se someta a un plan de pagos dilatado, e incluso a la declaración de incobrabilidad de la acreencia, asumiendo la pérdida parcial o total del crédito.

2. El principio de la autoridad de la cosa juzgada

Es necesario explicar, cuál es el fundamento y la importancia doctrinaria del instituto jurídico de la cosa juzgada, y cuál es su repercusión en la sociedad, como una institución más de política judicial que de derecho procesal, a fin de apreciar su trascendencia frente al principio de *la par conditio creditorum*.

Veamos, pues, como la cosa juzgada encuentra su asidero en determinadas instituciones y principios que integran el sistema de justicia y, por ende, influida por la política judicial que se adopte.

2.1 El fundamento jurídico de la cosa juzgada

Es conocido, desde el Derecho Romano que a la *res iudicata* se le ubicó en una base estrictamente jurídica material y luego estrictamente procesal. Sin embargo, hoy en día, se ha cerrado ese capítulo equivocado, para pasar a entender que la cosa juzgada es una institución de Derecho Público *porque se le asigna preferencialmente a la cosa juzgada el efecto vinculativo e inmutable de la decisión*, es decir, la cosa juzgada ingresa al Derecho Procesal como política judicial⁶.

Empero, el fundamento jurídico de la cosa juzgada, no queda enteramente en su vertiente puramente procesal, sino principalmente como lo señala Couture: *“la cosa juzgada es una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural sino de exigencia práctica”*⁷. Esta es la posición mayoritaria y más autorizada en la Doctrina.

⁶Guasp, citado por Hitters, refiere que “el ordenamiento procesal no puede renunciar a la institución de la cosa juzgada sin incurrir en una contradicción esencial de sus bases. Cuando el derecho del proceso otorga fuerza a una decisión judicial es porque entiende que con ella la finalidad peculiar del proceso, la satisfacción de pretensiones, ha quedado alcanzada” HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. 2da. Edición con la colaboración de Manuel Hernández. Librería Editora Platense 2000, p. 137.

⁷Por ello, LIEBMAN afirmaba que la sentencia es un mandato y, aun cuando sea plenamente eficaz, no solo es susceptible de reforma a causa de la pluralidad de instancias y del sistema de gravámenes sobre el que está constituido el proceso, sino que está también expuesta al riesgo de ser contradicho por otro mandato pronunciado también por un órgano del Estado. Así la eficacia de una sentencia no puede, en sí y por sí, impedir a un juez posterior investido también él de plenitud de los poderes ejercitados por el Juez del que ha

Esta exigencia práctica, a la que nos referimos es porque, el ordenamiento jurídico debe ser coherente, con la aplicación de sus principios constitucionales, pues, imaginemos que ocurriría si los jueces, interpretando el ordenamiento jurídico dentro de los márgenes de su independencia, pudieran ir anulando juicios anteriores. Se rompería la coherencia de los pronunciamientos judiciales, nadie sabría a qué atenerse y finalmente, dejaría de existir el aparato de justicia, puesto que nadie acudiría a él para resolver sus problemas.

Nos hacemos la pregunta entonces: ¿de qué le sirve a alguien obtener una sentencia a su favor?, si se podrá toda la vida cuestionarla ante nuevas sentencias que intentan confirmar, revocar o anular lo declarado. Es posible acaso, que las personas con el mismo argumento del demandante, puedan nuevamente abrir la maquinaria jurisdiccional, a pesar de que ya fue resuelto de manera definitiva su pretensión.

Por ende, colegimos que el Estado a fin de evitar la continua incertidumbre en la resolución de los conflictos en la sociedad; y, no restarle autoridad a las sentencias definitivas, ha establecido la protección y regulación de la cosa juzgada dentro de su ordenamiento, la cual se constituye en una decisión de política judicial, al delimitar y repercutir directamente en las relaciones sociales, en la búsqueda del orden justo, la paz social y la seguridad jurídica, satisfaciendo las exigencias prácticas de la vida cotidiana.

2.2 La cosa juzgada: afirmación del poder estatal

Un avance de civilización fue el tránsito de la justicia por mano propia, a la suerte o “popular” a la justicia institucional del tercero imparcial⁸, y para que éste sea eficaz su decisión debe ser definitiva y oponible *erga omnes*. Por ello adoptamos, lo expresado por Marinoni al decir que:

“la existencia de conflictos en la sociedad y la imposibilidad de que los propios involucrados asuman su resolución, obliga al Estado a manifestar su poder de ‘aplicación de la justicia’ o su poder jurisdiccional. Ese poder es indispensable para la estabilidad de la vida social que, de otra forma, se entregaría a contiendas interminables. Por ello la jurisdicción no es solo un medio para resolver litigios,

emanado la sentencia, examinar de nuevo el caso decidido. Sólo una razón de utilidad política y social interviene para evitar esta posibilidad haciendo el mandato inmutable. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficacia y Autoridad de la Sentencia*. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires 1946. Trad. De Santiago Sentis Melendo, p. 72.

8 13. Busquen, pues, entre ustedes hombres sabios, perspicaces y experimentados de cada una de sus tribus, y yo los pondré al frente del pueblo [...] 16. Entonces di a los jueces las siguientes instrucciones: 'Ustedes atenderán las quejas de sus hermanos, y decidirán, sea que el pleito oponga un israelita a su hermano, o bien un israelita a uno de los extranjeros que viven en medio de nosotros. 17. Cuando juzguen, no se dejarán influenciar por persona alguna, sino que escucharán lo mismo al pobre que al rico, al poderoso que al débil, y no tendrán miedo de nadie, pues el juicio es cosa de Dios. Si un problema les resulta demasiado difícil, me lo pasarán a mí, y yo lo veré. (Dt. 16:13,16-17)

sino fundamentalmente una manifestación estatal enfocada a solucionarlos definitivamente, haciendo que los involucrados reconozcan el fin”⁹

Entonces, si la controversia debe terminar, el proceso judicial no tendría sentido si no produjese una decisión definitiva, que no pueda ser cuestionada por las partes ni modificada por cualquiera de los órganos del Estado. El Poder Jurisdiccional para afirmarse, debe generar confianza, para lo cual es imprescindible la estabilidad e inmutabilidad de sus decisiones¹⁰.

2.3 La cosa juzgada como corolario del principio de la seguridad jurídica

La cosa juzgada es central en todo sistema jurídico moderno, al estar enraizada en los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza. El Estado Constitucional de Derecho, por tener una amplia latitud de objetivos, es un supra principio que se correlaciona con otros principios que revelan su contenido y, de esta forma, se constituyen en sus fundamentos. Uno de ellos, es la seguridad jurídica, la cual se encarga en el sistema de justicia: de la previsibilidad de los actos jurisdiccionales, el derecho obtenido y la cosa juzgada. Mientras que la protección de la confianza ciudadana, está destinado a alcanzar que los actos del Estado deben proporcionar al litigante, una mínima confianza en la resolución de sus conflictos, sin que estos puedan ser modificados por las partes ni por cualquier poder del Estado, en esto radica la legitimidad del sistema de justicia.

Entonces, diremos que existe cosa juzgada cuando a la firmeza o irrevocabilidad de la sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia, se agrega el impedimento de que en cualquier otro proceso, se juzgue de un modo contrario u opuesto a lo decidido por aquella. Siendo entonces, imposible que exista una nueva cosa juzgada sobre otra. Pues, en la solución de un conflicto determinado, existe o debe existir solamente una sentencia con autoridad de cosa juzgada, que produce efectos materiales y procesales, que consolida sus efectos, de manera permanente, vinculante e inmutable (art. 123 del CPC) a las partes procesales, en la certeza jurídica establecida, e impone a todos los particulares y funcionarios del Estado, no sólo a los jueces, el deber de respetar la decisión y de abstenerse de revisarla en juicio posterior. Salvo los casos permitidos del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta y el amparo contra resoluciones judiciales, a través de los cuales se puede levantar el manto “sagrado” de la autoridad de la cosa juzgada.

9MARINOMI, Luiz Guilherme. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Colección Monográfica Vol. 1, Librería Communitas, Lima 2008, pp. 57 y 58.

10 Sumilla.- El principio de inmutabilidad de las resoluciones judiciales comporta la protección de la cosa juzgada y se concretiza en el derecho que tiene todo ciudadano a que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas; y en su caso respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas allí declaradas. Lo contrario significaría desconocer la cosa juzgada material, privando de eficacia al proceso y lesionando la paz y seguridad jurídica. Cas. N° 1433-2014-Lima. Citado por la Revista Actualidad Civil. Instituto Pacífico. Vol. 17 Nov. 2015. p. 233.

III. LA JURISPRUDENCIA

Con relación al tema, es emblemática la Consulta No. 253-2010, emitida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, cuya décimo primera considerativa es concluyente, a saber:

“Décimo Primero: Por tanto, la incompatibilidad entre lo dispuesto en el artículo 139 inciso 2) de la Constitución Política del Estado y lo señalado en los artículos 17.1 y 18 de la Ley N° 27809 resulta manifiesta habida cuenta que de acogerse favorablemente la solicitud de la sociedad conyugal demandada supondría, en efecto el retardo en la ejecución de una resolución judicial que con anterioridad a la declaración y publicación de la disolución y liquidación de la referida sociedad conyugal había adquirido la calidad de cosa juzgada y permitiría además, el avocamiento indebido de cualquier otra autoridad en la procepción regular de un proceso judicial. Sin embargo, lo antes señalado no significa que deba descartarse en abstracto que frente a determinadas situaciones, como las que regula la Ley concursal, no se encuentre justificada la posibilidad de suspensión, porque el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es uno absoluto, pero en el caso dada las particularidades que se presentan, la mayor dilación resulta con claridad indebida”

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 1125-2001-AA/TC, publicada con fecha 13 de mayo de 2003, señaló que el acogimiento del deudor a un procedimiento concursal cuando ya existe resolución judicial con la calidad de cosa juzgada que ordenan el pago de una obligación, implica retardar la ejecución de las sentencias, por la razón siguiente:

“5. [...] exigirle a la demandante que agote el trámite del procedimiento transitorio supondría ordenarle que discuta, ante una instancia administrativa, un derecho que ya ha sido reconocido en diversas sentencias y que tienen la calidad de cosa juzgada. Por tal motivo, emitir un mandato disponiendo que la recurrente se sujete a una prelación de acreencias establecidas en el referido procedimiento administrativo, tampoco se adecuaría a la norma constitucional [...] Por las razones expuestas, el Tribunal Constitucional considera que no sólo se ha afectado el derecho a la intangibilidad de la cosa juzgada, sino también el derecho a la tutela judicial *efectiva*, esto es, el derecho a que las resoluciones judiciales se cumplan o, lo que es lo mismo, a la efectividad del proceso judicial [...]”

En materia comercial se ha consolidado esta tendencia jurisprudencial con el Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial 2012, en cuyo Tema 2, frente a la formulación del problema: *El inicio del procedimiento concursal ¿puede evitar la ejecución de la decisión que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada? Mayoritariamente estableció que: No, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el inciso 2 del artículo 139 de la*

Constitución impiden que la ejecución de una decisión con autoridad de cosa juzgada pueda verse frustrada por el inicio de un simple procedimiento administrativo.

Finalmente, tenemos la Consulta N° 8461-2013 JUNÍN, que aprueba nuestra resolución que es materia de desarrollo en el presente artículo, en cuyo fundamento décimo primero, concluye en lo siguiente:

Décimo Primero: Por tanto, la incompatibilidad entre lo dispuesto en el artículo 139 inciso 2) de la Constitución Política del Estado y lo señalado en el artículo 17.1 de la Ley N° 27809 resulta manifiesta, pues se supondría en efecto el retardo en la ejecución de una resolución judicial que con anterioridad a la declaración y publicación del sometimiento de la empresa Doe Run Perú al procedimiento concursal había adquirido la calidad de cosa juzgada y permitiría además, el avocamiento indebido de cualquier otra autoridad en la prosecución regular de un proceso judicial. Sin embargo, lo antes señalado no significa que deba descartarse en abstracto que frente a determinadas situaciones, con las que regula (la) Ley concursal, no se encuentre justificada la posibilidad de suspensión, porque el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es uno absoluto, pero en el presente caso, dadas las particularidades que se presentan, la mayor dilación resulta con claridad indebida.

IV. PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS

La par conditio creditorum vs. la autoridad de cosa juzgada, implican los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídicas, por tanto, cuando se judicializa la prevalencia de uno u otro, según la pretensión de cada justiciable, la jurisprudencia citada contribuirá a justificar la decisión del Juez, sin embargo, a nuestro criterio necesariamente deberá de realizar un juicio de ponderación y que presentamos a continuación.¹¹

4.1 Juicio de ponderación

El núcleo del *balancing* de principios en conflicto y el control constitucional de los enunciados normativos, se centra en el juicio de ponderación, que nos permitirá establecer el principio que prima sobre el otro, del cual extraemos creativamente la regla que corresponde aplicar en la solución judicial del caso concreto, y que desplaza a la regla y a su principio que desapruaban el test de proporcionalidad. Tal método de argumentación es explicado por Gascón Abellan, a saber:

¹¹ Lo que también no es ajeno en España, como lo patentiza Jiménez Mañas, a saber: "...el principio general de la par conditio creditorum es un dogma, equívoco e injusto en nuestro actual derecho porque iguala el crédito anotado al que no goza de preferencia legal, despreciando no su naturaleza o circunstancia, sino el procedimiento judicial de tutela al que recurrió el acreedor, lo que supone un daño a todo nuestro sistema jurídico de garantías y al derecho constitucional a una tutela judicial efectiva" Ob. Cit. p. 16.

“[...] si el resultado de esa ponderación es una resolución que da prevalencia al principio constitucional esgrimido frente al principio que justifica la regla legal, se habrá excepcionado esa regla en el caso concreto; si se quiere, habremos ascendido desde la regla hasta el principio que la fundamenta para después, mediante un juicio de ponderación, inaplicarla. Por eso puede decirse que la principalización de los casos es un medio para excepcionar o excluir la aplicación de la regla en el caso concreto. Y por eso esta principalización tiene lugar, sobre todo, cuando la rígida aplicación de la regla, sin atender a las circunstancias del caso, conduce a resultados que son sentidos como gravemente lesivos de algún otro bien o valor constitucional...”¹²

4.2 Test de proporcionalidad al caso concreto

El examen de proporcionalidad de la medida estatal objeto de control constitucional, para el caso planteado, será el artículo 17.1 de la Ley No. 27809, que prescribe: “*A partir de la fecha de la 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, [...]*”

a) Examen de idoneidad: En este punto debe identificarse: i. El objetivo y finalidad de relevancia constitucional respecto de la intervención en los derechos fundamentales; e ii. La adecuación de la medida, es decir, verificar si la medida estatal es adecuada o no para lograr la mencionada finalidad de relevancia constitucional.

- **Finalidad de la intervención:** En primer lugar, debemos precisar la finalidad que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de la medida legal implementada, es la que establece *la suspensión de la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a la fecha de publicación de su sometimiento a un proceso concursal*. Esta medida se denomina “intervención” en la estructura del test de proporcionalidad. Ahora bien, la finalidad implica, a su vez, dos aspectos: el *objetivo* y el *fin*. El *objetivo* es el estado de cosas que pretende lograrse con la medida (intervención) normativa. El *fin* es el derecho, principio o valor constitucional que justifica dicha intervención.

Para determinar el *objetivo*, esto es, el estado de cosas en que el legislador pretendió a través del establecimiento de *la suspensión de la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a la fecha de publicación de su sometimiento a un proceso concursal*, fue la de lograr *la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor buscando la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés*

¹²GASCÓN ABELLAN, Marina y otro: *La argumentación en el Derecho*. Ed. Palestra, 2005, Lima – Perú. p. 316.

colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor, según los artículos I Objetivo y V Colectividad de la Ley Concursal. Tal es el estado de cosas pretendido por el artículo 17.1.

Ahora bien, este objetivo que justifica la regla, tiene por fin tutelar el principio concursal, denominado *par conditio creditorum*, es decir, que todos los créditos sean satisfechos en las mismas condiciones, según su preferencia legal, en donde el interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor. Entonces, ascendiendo de la regla al principio, su cobertura constitucional estaría dada por el principio de igualdad (no discriminación) y el derecho fundamental a la propiedad, contenidas en los artículos 2.2 y 2.16 de la Constitución¹³.

- **Adecuación de la medida:** Corresponde ahora determinar si la medida adoptada, esto es, *la suspensión de la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a la fecha de publicación de su sometimiento a un proceso concursal*, es adecuada o conducente al *objetivo* del artículo 17.1 cuestionado. La respuesta es afirmativa. Se cumple el objetivo de lograr *la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor buscando la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor*. El principio de igualdad y el derecho a la propiedad se satisfacen para aquellos acreedores de la deudora, que no tienen su crédito en ejecución de cobranza judicial con resolución firme pasado en autoridad de cosa juzgada.

b) Examen de necesidad: Dado que la medida cuestionada ha superado el examen de idoneidad, debemos establecer si la norma en cuestión resulta necesaria para solucionar el caso hipotético, corresponde indagar si supera también este examen.

Antes bien, cabe recordar la ley de la ponderación de Alexy: *“cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Conforme con esta ley, la estructura de la ponderación puede dividirse en tres pasos [...]: En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso; debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la*

13Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de...condición económica o de cualquiera otra índole.

16. A la propiedad [...]

afectación o la no satisfacción del otro”¹⁴. Además, Bernal Pulido, sobre el grado de la confrontación de principios constitucionales, destaca la “escala triádica” de Alexy, a saber:

“Es importante advertir que el primero y segundo paso de la ponderación son análogos. Ambas operaciones consisten en: establecer la importancia de los principios en colisión. Con esta expresión nos referiremos en adelante a estos dos pasos. Alexy sostiene que en ambos puede alcanzarse la conmensurabilidad mediante la referencia a una escala triádica, en la que las intensidades ‘leve’, ‘moderada’ y ‘grave’ especifican el grado de importancia de los principios en colisión”¹⁵

- **Examen de necesidad en el caso concreto:** En sede judicial, aplicar al demandante acreedor el artículo 17.1 cuestionado, que está ejecutando judicialmente a la deudora, luego de un largo litigio hasta obtener la resolución con autoridad de la cosa juzgada, no resulta una medida normativa adecuada, ya que para él la afectación es grave en relación a la satisfacción de los acreedores de la deudora, cuyos créditos no están en ejecución judicial, y por ende sin la garantía de la cosa juzgada.

c) Examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto: La aplicación del artículo 17.1 de la Ley Concursal al caso en concreto, ocasionaría que la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la efectividad de las resoluciones judiciales, al principio de la autoridad de la cosa juzgada y con ello a la seguridad jurídica sea *grave*, mientras que el grado de optimización o realización del fin constitucional a la igualdad y propiedad (*par conditio creditorum*) es elevado. Es uno o lo otro, ante tal dilema, puestos en una balanza, prima la cosa juzgada, ya que una autoridad administrativa no puede avocarse a causas pendientes en el poder judicial y, menos un procedimiento administrativo no puede levantar ni afectar la autoridad de la cosa juzgada, tanto más si expresamente la Constitución, en su artículo 139.2, párrafo final, prohíbe que: “*Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ...ni retardar su ejecución*”. Vale decir, que por ley no se puede crear una excepción a esta prohibición constitucional expresa y clara.

Además, el propio principio de igualdad se vería afectado, puesto que aplicar la regla contenida en el artículo 17.1 en cuestión, de suspensión de la exigibilidad de todas las obligaciones de la empresa insolvente, sean que estén garantizadas con una orden judicial de cobranza con autoridad de cosa juzgada o no, es cometer la injusticia de tratar por igual a los acreedores, pese a que unos asumieron el costo de transitar por un tedioso y dilatado

¹⁴ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. En Revista Española de Derecho Constitucional N° 66, 2002, p. 32.

¹⁵BERNAL PULIDO, Carlos. *La racionalidad de la ponderación*. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional, Palestra Editores N° 8, 2010, p. 47.

proceso judicial incluso hasta obtener una Casación, que les otorgó una sentencia de cobranza de su crédito con autoridad de cosa juzgada, mientras que los otros no habían obtenido aún tal garantía de justicia. Entonces, el tratamiento normativo debe ser distinto, de acuerdo al aforismo: “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, lo que constituye una causa razonable y objetiva que los diferencia. En consecuencia, a los primeros como el caso en estudio, máxime si su crédito es alimentario, se le debe aplicar directamente la protección de la cosa juzgada e inaplicarles el cuestionado artículo 17.1, en cambio a los otros si resulta constitucional la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones que ordena este dispositivo legal.

Por tanto, habiéndose verificado que la medida estatal examinada no supera el examen de necesidad, y consecuentemente que tal medio restringe, injustifica e inconstitucionalmente, el principio de la autoridad de la cosa juzgada, la efectividad de las resoluciones judiciales y con ello la seguridad jurídica, debe declararse la inconstitucionalidad de tal medida estatal (norma o sentido interpretativo), por resultar incompatible con estos derechos y principio constitucionales, y subsecuentemente, corresponde inaplicar el artículo 17.1 en cuestión al caso planteado.

4.3. El control difuso de constitucionalidad en este caso: Teniendo en cuenta los criterios establecidos por la STC 02132-2008-PA/TC¹⁶, para la aplicación válida del control difuso de constitucionalidad de las leyes, cabe realizar la verificación siguiente:

a) La Resolución judicial que resuelve declarar fundada la petición de la parte demandada declarada insolvente, suspendiendo la exigibilidad de la obligación de pago ordenado en autos, a favor del acreedor demandante, con abstención de dictar todo tipo de medidas de ejecución, constituye un acto de aplicación del artículo 17.1 de la Ley Concursal, cuando prescribe que: *A partir de la fecha de la 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* (quita y espera).

b) Es relevante el control de la mencionada norma legal, ya que la solución del caso girará en torno a su aplicación o inaplicación en el proceso judicial, en estado técnico de ejecución.

c) Existe un perjuicio ocasionado por la norma legal en cuestión, pues como consecuencia de haberse declarado la suspensión de la exigibilidad de la obligación de pago ordenado en autos a favor del demandante, con abstención de dictar todo tipo de medidas de ejecución en dicho proceso, el ejecutante se ha visto privado del cobro oportuno de su acreencia laboral.

d) Se ha verificado la inexistencia de pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional en los que mediante procesos de inconstitucionalidad se hubiese controlado la cuestionada

¹⁶Ver en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>>

norma legal. Por el contrario, tanto el supremo intérprete de la Constitución, como la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, han establecido criterios jurisprudenciales a favor de inaplicar dicha norma, en este tipo de casos.

e) La norma cuestionada (*A partir de la fecha de la 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*), no permite que exista otro sentido interpretativo respecto de ésta que pueda resultar compatible con la Constitución.

f) Entonces, verificado que la norma cuestionada no supera el test de proporcionalidad y, por tanto, vulnera el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el principio de la autoridad de la cosa juzgada, en su conjunto a la tutela procesal efectiva y la seguridad jurídica, debe declararse inaplicable al caso concreto. En consecuencia, ordenar la prosecución de la ejecución de la cobranza judicial contra la parte demandada insolvente. Elevando en consulta los actuados judiciales a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, según el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁷.

De este modo, esperamos haber satisfecho las exigencias que el supremo intérprete de la Constitución ha establecido para validar la declaración de inconstitucionalidad de una medida normativa estatal, y presentar ante ustedes la estructuración de la argumentación conforme con la teoría del control de las leyes por los jueces, aceptada por nuestra doctrina jurisprudencial.

V. CONCLUSIÓN

El principio de la *par conditio creditorum*, sin lugar a dudas, es de necesaria realización en los procesos concursales, es más, su observancia es de justicia y constituye la piedra de ángulo de esta institución, empero, no se puede tratar igual a los desiguales, pues, aquellos cuyos créditos gozan de la “santidad” de la cosa juzgada, en justicia, también, merecen un trato distinto a aquel acreedor que no transitó por un proceso judicial y obtuvo una sentencia firme en la cobranza de su crédito. La seguridad jurídica en la actividad económica, resulta esencial para los inversores. De ahí que la Resolución y Consulta de la Corte Suprema que lo aprueba en comentario contribuye a que, en estos casos, se haga justicia. En estos tiempos de principalización de los conflictos, cuando al Juez se le exige

¹⁷Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece [...]

mayor carga argumentativa al recurrir al juicio de ponderación en su resolución, como también constituye un criterio jurisdiccional a tomar en cuenta para los abogados defensores y preventivos, ante casos similares que se les presenten. Ello nos ha motivado a presentarles este ejercicio de control de constitucionalidad, que esperamos sea de utilidad para usted amable lector.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ROJAS LEO, Juan. *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Ara Ed. 2002.

HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. 2da. Edición con la colaboración de Manuel Hernández. Librería Editora Platense 2000

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficacia y Autoridad de la Sentencia*. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires 1946. Trad. De Santiago Sentis Melendo.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Colección Monográfica Vol. 1, Librería Communitas, Lima 2008.

Revista Actualidad Civil. Instituto Pacífico. Vol. 17 Nov. 2015.

GASCÓN ABELLAN, Marina y otro: *La argumentación en el Derecho*. Ed. Palestra, 2005, Lima – Perú.

ALEXY, Robert. *Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. En Revista Española de Derecho Constitucional N° 66, 2002.

BERNAL PULIDO, Carlos. *La racionalidad de la ponderación*. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional, Palestra Editores N° 8, 2010,

VII. ANEXOS

- Resolución N° 4 del 30 de mayo de 2013, recaída en el cuaderno N° 00022-2007-4-1509-SP-LA-01, emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarma.
- Consulta N° 8461-2013 JUNIN emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.