



DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO

El Peruano

FUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

Viernes 10 de marzo de 2023



RESOLUCIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA EN PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Nº 0648-2022/SCO-INDECOPI

MATERIAS : IMPUGNACIÓN DE ACUERDO DE JUNTA DE
ACREEDORES
CRÉDITOS GARANTIZADOS
PAGO DE CRÉDITOS DEL TERCER ORDEN
DE PREFERENCIA
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
PRECEDENTE DE OBSERVANCIA
OBLIGATORIA

NORMAS LEGALES

SEPARATA ESPECIAL

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Sala Especializada en Procedimientos Concursales

RESOLUCIÓN N° 0648-2022/SCO-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 011-2014/CCO-INDECOPI
(Cuadernillo de Apelación)

PROCEDENCIA	:	COMISIÓN DE PROCEDIMIENTOS CONCURSALES DE LA SEDE CENTRAL DEL INDECOPI
DEUDOR	:	POROMA S.A.C. EN LIQUIDACIÓN
IMPUGNANTES	:	ESTRATEGA CONSULTORES S.A.C. BANCO GNB PERU S.A. SOCIEDAD CONYUGAL CONFORMADA POR EL SEÑOR WALTER ERWIN WERNER PROTZEL REELITZ Y LA SEÑORA ANA SOFÍA MAZZINI SALOMÓN
MATERIAS	:	IMPUGNACIÓN DE ACUERDO DE JUNTA DE ACREEDORES CRÉDITOS GARANTIZADOS PAGO DE CRÉDITOS DEL TERCER ORDEN DE PREFERENCIA PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA
ACTIVIDAD	:	VENTA AL POR MAYOR DE METALES Y MINERALES METALÍFEROS

SUMILLA: se **DECLARA LA NULIDAD** de la Resolución N° 11463-2019/CCO-INDECOPI del 12 de agosto de 2019, mediante la cual se concedió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad conyugal conformada por el señor Walter Erwin Werner Protzel Reelitz y la señora Ana Sofía Mazzini Salomón contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI del 6 de junio de 2019; y, en consecuencia, se **DECLARA IMPROCEDENTE** el mencionado recurso de apelación. Ello debido a que el referido acto administrativo no le causa agravio a la recurrente, por lo que dicha impugnación no cumple con los requisitos previstos en el artículo 221 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, concordado con el artículo 124 de la referida norma y el artículo 114.2 de la Ley General del Sistema Concursal.

De otro lado, se **REVOCA** la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI del 6 de junio de 2019, en el extremo que declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la junta de acreedores de Poroma S.A.C. en Liquidación en la sesión realizada el 22 de abril de 2019, continuada el 25 de abril de 2019, relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes que se aplicará a la cuota inicial y a todas las cuotas mensuales que se obtengan con la ratificación y modificación del contrato de compraventa a plazos suscrito el 26 de marzo de 2015; y, reformándola, se **DECLARA válido** el mismo debido a que los referidos criterios de distribución aprobados por la junta de acreedores de Poroma S.A.C. en Liquidación no vulneran las disposiciones relativas al pago según órdenes de preferencia ni el mecanismo de pago a prorrata, previstas en los artículos 42 y 89.2 de la Ley General del Sistema Concursal.

Asimismo, teniendo en consideración que, a través del presente pronunciamiento se interpreta de modo expreso y con carácter general los alcances de los artículos 88.4 y 89.2 de la Ley General del Sistema Concursal, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, la Sala Especializada en Procedimientos Concursales ha aprobado como precedente de observancia obligatoria el criterio de interpretación que se enuncia a continuación:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.2 de la Ley General del Sistema Concursal, los créditos correspondientes al tercer orden de preferencia se pagan con el producto de la realización de los bienes del deudor afectados con garantía. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales un bien que garantiza un crédito reconocido en el tercer orden de preferencia haya sido realizado para pagar créditos correspondientes a órdenes de prelación anteriores, corresponde que únicamente el crédito en cuestión sea pagado en el tercer orden de preferencia mediante prorrata, conjuntamente con los otros créditos reconocidos en el tercer orden de preferencia, que sean pagados como consecuencia de la realización de bienes que garantizan a estos últimos, siendo que dicha prorrata no debe considerar a otros créditos que no se hayan visto perjudicados con la realización del bien que los garantiza para pagar órdenes de prelación anteriores.”

Asimismo, de conformidad con el principio de proporcionalidad contenido en el artículo VI del Título Preliminar y con el artículo 88.4 de la Ley General del Sistema Concursal, mientras los bienes que garantizan créditos comerciales reconocidos en el tercer orden de preferencia no sean realizados, corresponde que los mismos sean considerados dentro del pago a prorrata del quinto orden de preferencia, siendo que el importe pagado mediante dicha prorrata debe ser descontado del pago que se efectúe cuando el bien en garantía sea realizado”.

Finalmente, se **DECLARA QUE CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento respecto de la solicitud formulada por Estratega Consultores S.A.C. para que se suspendan los efectos de la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI del 6 de junio de 2019. Ello debido a que, con la presente resolución, la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Indecopi ha emitido pronunciamiento definitivo respecto de los cuestionamientos formulados por dicha administrada contra el mencionado acto administrativo.

Lima, 23 de diciembre de 2022

I. ANTECEDENTES

- Mediante Resolución N° 2258-2014/CCO-INDECOPI del 14 de abril de 2014, la Comisión de Procedimientos Concursales de la Sede Central del Indecopi (en adelante, la Comisión) declaró la situación de concurso de Poroma S.A.C. (en adelante, Poroma). Dicha situación fue difundida mediante aviso publicado en el diario oficial “El Peruano” el 5 de mayo de 2014.
- En sesión realizada el 30 de noviembre de 2015, la junta de acreedores de Poroma (en adelante, Junta de Acreedores) acordó lo siguiente: (i) aprobar la disolución y liquidación como destino de la deudora; (ii) designar a



- la señora Juana Ethel Vílchez Requejo (en adelante, señora Vílchez) como liquidadora de Poroma; y, (iii) aprobar y suscribir el convenio de liquidación respectivo.
3. En sesión realizada el 18 de junio de 2018, continuada el 22 de junio de 2018, la Junta de Acreedores adoptó, entre otros, los siguientes acuerdos: (i) remover a la señora Vílchez del cargo de liquidadora de Poroma; y, (ii) designar a Estratega Consultores S.A.C. (en adelante, Estratega Consultores) como entidad liquidadora de Poroma. Posteriormente, en sesión realizada el 6 de septiembre de 2018, la Junta de Acreedores aprobó y suscribió el convenio de liquidación respectivo (en adelante, el Convenio de Liquidación).
 4. En sesión realizada el 22 de abril de 2019, continuada el 25 de abril de 2019¹, la Junta de Acreedores acordó lo siguiente²:
 - (i) aprobar los términos propuestos para la firma de la minuta y escritura pública de ratificación y modificación (en adelante, la Adenda) del contrato de compraventa a plazos suscrito el 26 de marzo de 2015 (en adelante, el Contrato de Compraventa); y,
 - (ii) aprobar los criterios de distribución e imputación de bienes que se aplicará a la cuota inicial y a todas las cuotas mensuales que se obtengan con la Adenda del Contrato de Compraventa (en adelante, los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa).
 5. Por escrito presentado el 14 de mayo de 2019, Estratega Consultores, en su condición de entidad liquidadora de Poroma, presentó a la Comisión copia del acta de sesión de la Junta de Acreedores iniciada el 22 de abril de 2019 y continuada el 25 de abril de 2019.
 6. Mediante escrito presentado el 17 de mayo de 2019, Banco BBVA Perú (en adelante, BBVA), acreedor reconocido en el procedimiento concursal ordinario de Poroma, solicitó ante la Comisión que se revise la legalidad de los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores señalados en el numeral 4 de la presente resolución, alegando que los mismos vulneran el orden de preferencia para el pago de créditos conforme a lo dispuesto en la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC), según los siguientes argumentos:
 - (i) la cláusula sexta de la Adenda contiene los criterios de imputación del pago del saldo de precio de venta de los bienes contenidos en el Contrato de Compraventa³, siendo estos: a) el inmueble rústico denominado San Vicente III (en adelante, Inmueble San Vicente III); b) la concesión de beneficio denominada Poroma Perú (en adelante, la Concesión Poroma Perú); y, c) maquinarias y bienes muebles (en adelante, las Maquinarias);
 - (ii) en la cláusula sexta de la Adenda se establece que el Inmueble San Vicente III y la Concesión Poroma Perú garantizan créditos correspondientes al tercer orden de preferencia reconocidos a favor de Banco GNB Perú S.A. (en adelante, Banco GNB) y Minería y Exportaciones S.A.C. (en adelante, Minex), por lo que dicha cláusula tiene implicancia directa en el pago de las acreencias y cualquiera sea la forma de imputación del pago a los inmuebles, la misma debe respetar el orden de pago establecido en la LGSC y que es de obligatorio cumplimiento;
 - (iii) en el presente procedimiento concursal, el Banco de Crédito del Perú (en adelante, BCP) cuenta con una acreencia en tercer orden ascendente a US\$ 42 974,76 por concepto de intereses⁴, la cual se encuentra garantizada con un bien que fue realizado para pagar órdenes de preferencia anteriores;
 - (iv) la situación descrita configura el supuesto de hecho señalado en el numeral 89.2 de la LGSC, el cual señala que cuando se hayan realizado bienes que garantizan créditos en tercer orden, corresponde que todos los créditos de dicho orden de prelación sean pagados a prorrata; y,
 - (v) sin embargo, ni BBVA ni Mitsui Auto Finance Perú (en adelante, Mitsui) -acreedores reconocidos en el tercer orden de preferencia- se han visto beneficiados con pago alguno derivado de la venta regulada por el Contrato de Compraventa y por la Adenda, pese a tener créditos garantizados en dicho orden de prelación; más aún, Estratega Consultores no ha aplicado la prorrata en beneficio de BCP y, además, ha procedido a pagar créditos de cuarto orden de preferencia.

¹ Cabe precisar que la referida sesión se realizó sin la presencia de un representante de la Comisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley General del Sistema Concursal.

² Los acuerdos fueron adoptados por el cien por ciento (100%) del total de los créditos asistentes a dicha reunión, correspondientes a los créditos tributarios, Banco GNB Perú S.A., Banco de Crédito del Perú S.A., la señora Maria Luis Olcina de Noriega, Minería Corporativa S.A.C. Minercobre S.A.C. y Minería y Exportaciones S.A.C.

³ De acuerdo con la Adenda del Contrato de Compraventa los bienes objeto del contrato son los siguientes:

BIENES	PRECIO DE TRANSFERENCIA US\$
Inmueble Rústico denominado San Vicente III, ubicado en el Sector Chauchilla, distrito de Vista Alegre, provincia de Nazca y departamento de Ica, inscrito en la Partida N° 11016539 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral XI – Sede Ica	2 300 000,00
Concesión de Beneficio denominada Poroma Perú con Código N° P61000111 ubicada en el distrito de Vista Alegre, provincia de Nazca, departamento de Ica, inscrita en la Partida N° 12717347 del Libro de Derechos Mineros, Inscripción de Propiedad Inmueble de la Zona Registral IX – Sede Lima	500 000,00
Maquinarias y bienes muebles ubicados en la planta ubicada en el Km. 466.5 de la Panamericana Sur, distrito de Vista Alegre, provincia de Nazca, departamento de Ica	3 700 000,00
TOTAL	6 500 000,00

⁴ Por Resolución N° 1489-2019/CCO-INDECOPI del 17 de enero de 2019, la Comisión precisó que los créditos que BCP mantiene reconocidos frente a Poroma ascienden a las sumas de US\$ 2 098 510,92 por concepto de capital y US\$ 42 974,76 por concepto de intereses, correspondiendo el tercer orden de preferencia a los créditos ascendentes a US\$ 47 974,76 y el quinto orden de preferencia a la diferencia.

7. Por Requerimientos Nos. 3271-2019/CCO-INDECOPI y 3272-2019/CCO-INDECOPI, ambos notificados el 23 de mayo de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la Secretaría Técnica) puso en conocimiento de Banco GNB -en su calidad de presidente de la Junta de Acreedores- y de Estratega Consultores el escrito presentado el 17 de mayo de 2019 por BBVA para que manifiesten su posición al respecto.
8. Mediante escrito presentado el 30 de mayo de 2019, reiterado el 31 de mayo de 2019, Estratega Consultores absolvió el Requerimiento N° 3272-2019/CCO-INDECOPI, alegando lo siguiente:
- (i) desde diciembre de 2018 expuso los criterios que se aplicarían para la distribución del haber concursal entre los acreedores, los cuales constan insertos en el acta que en su oportunidad se presentó ante la Comisión para que los acreedores que no estuvieran conformes pudieran oponer sus cuestionamientos ante la autoridad concursal. Sin perjuicio de ello, tales criterios fueron expuestos y explicados en la Junta de Acreedores iniciada el 22 de abril de 2019 y continuada el 25 de abril de 2019 y aprobados por los acreedores asistentes;
 - (ii) se debe tener en consideración que conforme a la jurisprudencia administrativa, las resoluciones emitidas por la autoridad concursal no son constitutivas de derechos y, en ese sentido, el reconocimiento del tercer orden de prelación implica que la autoridad ha verificado que el derecho que emana de la garantía invocada cumple con los requisitos necesarios para ser oponible dentro del concurso y, por su parte, el derecho que emana de la garantía es el de excluir a los demás acreedores del valor económico que se obtenga de la misma;
 - (iii) el reconocimiento formal de la prelación por parte de la autoridad concursal no es lo que determina el importe que efectivamente tiene derecho a percibir el acreedor en el tercer orden, pues este vendrá definido por un segundo elemento que es el valor económico que se obtenga de la realización del bien afectado en garantía;
 - (iv) el segundo elemento señalado en el punto precedente resulta importante pues en tanto no se obtenga un valor económico del bien afectado en garantía y, por tanto, este sea igual a cero (0), los créditos respaldados con dicha garantía que tienen reconocido su derecho formal no tienen un derecho efectivo de cobro en la tercera prelación;
 - (v) en consecuencia, para determinar el importe al que efectivamente tendría derecho a percibir en tercera prelación un acreedor resulta necesaria la concurrencia de dos (2) requisitos: a) que su derecho se encuentre debidamente reconocido por la autoridad concursal; y, b) que se haya obtenido un valor económico de la realización del bien afectado en garantía;
 - (vi) si bien BBVA y Mitsui son acreedores que ostentan un tercer orden de prelación formalmente reconocido en función a garantías que recaen sobre activos ajenos a los involucrados en la operación y de los cuales, a la fecha, no se ha obtenido ningún valor económico, estos deben ser considerados para efectos de la proyección en el quinto orden de preferencia;
 - (vii) bajo los argumentos de BBVA los créditos reconocidos formalmente en tercer orden de preferencia tienen que pagarse antes que los de los demás órdenes aun cuando no se haya realizado la garantía que los respalda, sustentando dicha posición en lo dispuesto en el artículo 88.2 de la LGSC; sin embargo, se debe tener en cuenta que el elemento relevante es el valor de realización del bien;
 - (viii) de esta manera: a) si el bien que constituye la garantía se realiza por un valor menor por el cual esta fue constituida y reconocida por la autoridad concursal, el derecho del acreedor garantizado a cobrar en tercer orden de prelación quedará circunscrito a este valor, siendo el saldo derivado al quinto orden; y, b) si el bien que constituye la garantía no se ha realizado o no llega a realizarse nunca (porque se perdió o se destruyó) el acreedor no tendrá ningún derecho de cobro en tercera prelación y deberá ser considerado como un acreedor de quinto orden;
 - (ix) ante la inexistencia de un cronograma de amortización de los activos materia del Contrato de Compraventa, se sometió a consideración de los acreedores un planteamiento que dotara de orden, predictibilidad y racionalidad a la imputación de pagos, resultando amortizar primero, a prorrata, aquellos activos que tenían gravámenes reconocidos dentro del proceso concursal (a saber, el Inmueble San Vicente III y la Concesión Poroma Perú), luego de los cuales se amortizarían los bienes libres materia de compraventa (a saber, maquinarias y equipos). Dicho planteamiento fue propuesto, expuesto y debatido con los acreedores antes de firmar la Adenda, y ratificado con la aprobación de este en la Junta de Acreedores iniciada el 22 de abril de 2019 y continuada el 25 de abril de 2019;
 - (x) siendo que las cuentas por cobrar no se generan “espontáneamente” sino que son el producto de la realización de los bienes afectados en garantías a favor de Banco GNB y Minex, corresponde pagar esos créditos antes que los demás acreedores, de acuerdo con la imputación de dichos pagos;
 - (xi) aun cuando todavía no se obtiene ningún valor económico producto de la realización de los bienes que respaldan las acreencias de BBVA y Mitsui, BBVA considera que el hecho que de que BCP haya quedado con parte de sus créditos de tercer orden de prelación impagos y le asista el derecho a repetir contra el producto de los demás bienes de la masa, los beneficia y habilita su derecho de cobro en el tercer orden de preferencia;
 - (xii) si bien la regla es que a los acreedores garantizados se les paga con el producto de la realización de los bienes que tienen en garantía, solo en caso de que este producto haya sido destinado, total o parcialmente, al pago de créditos preferentes, le asistirá al acreedor perjudicado el derecho a mantener en tercer orden de prelación el importe que hubiera sido destinado para el pago de los créditos preferentes. Así, si se realizara algún bien libre, el acreedor en cuestión tendría derecho a oponer su tercera prelación sobre el producto de su realización;
 - (xiii) si bien la excepción general consiste en que, en caso el producto de la realización del bien en garantía sea destinado al pago de créditos preferentes, mantienen su prelación en relación con el resto del patrimonio del deudor, la excepción singular es que ello aplica incluso contra el principio de que los créditos correspondientes al tercer orden se pagan con el producto de la realización de los bienes del deudor afectados en garantía; es decir, el acreedor perjudicado puede concurrir con los otros acreedores garantizados cuando se realicen los bienes que garantizan sus créditos; y,
 - (xiv) la señalado en el punto precedente genera lo que se denomina “*comunidad de pérdidas*” que busca que el peso de los créditos preferentes se distribuya proporcionalmente entre los demás acreedores garantizados, de manera que la temporalidad en la realización de los activos no genere situaciones inequitativas, lo cual no busca crear un beneficio para acreedores de tercer orden de preferencia cuyos activos en garantía aún no han sido realizados, generando un derecho de cobro que aún no se configura.

9. Por Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI del 6 de junio de 2019⁵, la Comisión resolvió lo siguiente:
- (i) calificar el escrito presentado por BBVA el 17 de mayo de 2019 como una impugnación a los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores en la sesión realizada el 22 de abril de 2019 y continuada el 25 de abril de 2019, señalados en los puntos (i) y (ii) del numeral 4 de la presente resolución;
 - (ii) declarar improcedente la impugnación señalada en el punto precedente, toda vez que: a) la misma fue presentada de manera extemporánea; y, b) BBVA no cuenta con el porcentaje de créditos reconocidos frente a Poroma requeridos para ejercitar dicho derecho, en tanto sus créditos representan únicamente el siete con cuarenta y un por ciento (7,41%) del total de créditos reconocidos frente a Poroma, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 118 y 119 de la LGSC;
 - (iii) declarar de oficio la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores en la sesión realizada el 22 de abril de 2019 y continuada el 25 de abril de 2019, relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa, por contravenir los artículos 42.1 y 89.2 de la LGSC, concordados con el artículo 118.2 de la citada norma; por considerar lo siguiente:
 - a) de la revisión de la Adenda, la cual contiene los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa, los cuales fueron aprobados por la Junta de Acreedores, se advierte que los pagos realizados por la compradora que amortizan el Inmueble San Vicente III sirven para pagar los créditos de primer orden, todo el crédito de tercer orden que mantiene Banco GNB -garantizados con dicho bien- y parte del crédito de tercer orden que mantiene BCP, así como créditos de cuarto y quinto orden;
 - b) por otro lado, del documento referido en el punto precedente se advierte que los pagos realizados por la compradora que amortizan la Concesión Poroma Perú sirven para pagar los créditos de primer orden, todo el crédito de tercer orden que mantiene Minex -garantizado con dicho bien- y la otra parte del crédito de tercer orden que mantiene BCP y créditos de cuarto y quinto orden;
 - c) por último, los pagos realizados por la compradora que amortizan las Maquinarias sirven para pagar créditos de quinto orden;
 - d) los artículos 89.2 y 42.1 de la LGSC requieren ser interpretados conjunta y sistemáticamente con la disposición contenida en el artículo 88.2 de la LGSC, cuando resulta necesario aplicarlo a situaciones como el presente caso, en el cual existen: 1) créditos de tercer orden de preferencia garantizados con bienes objeto de compraventa cuyo producto de realización será distribuido; 2) créditos de tercer orden que mantienen esa preferencia debido a que el producto de la realización de los bienes que los garantizaban sirvió para pagar créditos de prelación anterior; y, 3) créditos de tercer orden cuyos bienes que los garantizan aún no han sido realizados. Ello toda vez que ninguna de las disposiciones citadas regula todos los supuestos juntos;
 - e) a partir de lo anterior, corresponde precisar que el pago de los créditos de tercer orden de preferencia antes enumerados debe efectuarse a prorrata con el producto de la realización de bienes afectados con garantía y no se puede pasar a un orden posterior si no se ha pagado la totalidad del orden anterior;
 - f) en consecuencia, el acuerdo por el cual se aprobó los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa no prevé el pago a prorrata de los créditos de tercer orden de preferencia que mantienen Banco GNB, BCP, BBVA y Mitsui hasta por el producto de la realización de bienes afectados con garantía;
 - (iv) el acuerdo de la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los términos propuestos para la firma de la Adenda del Contrato de Compraventa constituye un acto jurídico entre privados, por lo que aun cuando dichos términos sean ratificados por la Junta de Acreedores, la revisión o validez del mismo es materia de competencia exclusiva del Poder Judicial; y,
 - (v) finalmente, dispuso que la Secretaría Técnica de Fiscalización Adscrita a la Comisión (en adelante, la Secretaría Técnica de Fiscalización) inicie las investigaciones pertinentes para verificar si la entidad liquidadora ha efectuado el pago de créditos en contravención del orden de preferencia establecido en la LGSC.
10. Mediante escrito presentado el 20 de junio de 2019, reiterado el 21 de junio de 2019, Estratega Consultores solicitó la aclaración de la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI respecto de cuál es el criterio que se debe considerar para asignar los valores que deben imputarse a los acreedores con créditos de tercer orden. Asimismo, solicitó que se amplíe la resolución en el sentido que se desarrolle el criterio de cómo deben realizarse los pagos a los acreedores de Poroma, teniendo en cuenta los valores por activos, garantías y créditos reconocidos.
11. Mediante escrito presentado el 28 de junio de 2019, BBVA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, en lo referido al acuerdo relativo a la aprobación de los términos propuestos para la firma de la Adenda del Contrato de Compraventa, alegando que contrariamente a lo señalado por la Comisión, la validez de dicho acuerdo debe ser revisado en sede administrativa, en la medida que mediante dicho acuerdo Estratega Consultores está incumpliendo con sus obligaciones de velar por el interés de todos los acreedores involucrados en el concurso de Poroma al constituir un ejercicio abusivo del derecho, por las siguientes razones:
- (i) resultaba importante que en la Adenda del Contrato de Compraventa se estipule que Icasur no fue propietaria de los bienes objeto de dicho contrato y, por tanto, no debió recibir el importe ascendente a US\$ 2 076 666,10. Asimismo, la entidad liquidadora se encuentra en la obligación de iniciar las acciones de cobro contra Icasur para procurar la devolución del importe antes indicado;
 - (ii) los términos de la minuta de la Adenda del Contrato de Compraventa propuestos por Estratega Consultores y aprobados por la Junta de Acreedores no se pronuncia sobre la devolución del importe ascendente a US\$ 2 076 666,10 que fue recibido indebidamente por Icasur, siendo que, por el contrario, ratifica dicho pago y obliga a la compradora a desistirse de una denuncia penal por el delito de fraude contra los dueños de Poroma;
 - (iii) el acuerdo relativo a la aprobación de los términos propuestos para la firma de la Adenda del Contrato de Compraventa fue adoptado en contubernio con los acreedores mayoritarios, los acreedores vinculados y la anuencia del presidente de la Junta de Acreedores en abusivo ejercicio del derecho, al no haber

⁵ La Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI fue notificada a BBVA, Banco de Crédito del Perú y Poroma el 17 de junio de 2019, mientras que a Banco GNB, Créditos Tributarios y Scotiabank, el 18 de junio de 2019.

- cumplido la entidad liquidadora con sus obligaciones lo cual va en contra de los intereses de los acreedores y el sistema concursal en general, por cuanto con estas acciones se desnaturaliza el proceso concursal; y,
- (iv) resulta imperativo que la autoridad concursal evalúe la validez del acuerdo relativo a la aprobación de los términos propuestos para la firma de la Adenda del Contrato de Compraventa en cuanto a la falta de estipulación del reclamo a Icasur de la devolución del importe ascendente a US\$ 2 076 666,10 y a la falta de realización de acciones de cobro, por cuanto constituye un incumplimiento de la entidad liquidadora en el ejercicio de sus funciones.
12. En sustento de su recurso, BBVA presentó en calidad de nueva prueba copia de los siguientes documentos: (i) veinticinco (25) cheques emitidos por la señora Cirila Elena Aybar Molina (en adelante, señor Aybar) a la orden de Icasur S.A.C. (en adelante, Icasur); (ii) un cheque de gerencia emitida a la orden de Icasur; (iii) el anverso de ocho (8) letras de cambio giradas por la señora Aybar a la orden de Icasur; (iv) informe emitido por Estratega Consultores el 6 de diciembre de 2018; y, (v) Partida N° 11892115 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, correspondiente a Icasur.
13. Por escrito presentado el 8 de julio de 2019, reiterado el 9 de julio de 2019, Estratega Consultores interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOP, en el extremo en el que se declaró de oficio la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa, alegando lo siguiente:
- (i) en la resolución recurrida, la Comisión ha identificado tres (3) tipos de acreedores de tercer orden: a) el acreedor de tercer orden cuyo bien objeto de la garantía que le otorga tal preferencia fue realizado y el importe recuperado debe ser distribuido en el concurso; b) el acreedor del tercer orden cuyo crédito se encontraba garantizado con un bien realizado y cuyo producto sirvió para pagar créditos con un mejor orden de preferencia; y c) el acreedor de tercer orden cuyo bien objeto de la garantía que le otorga tal preferencia no ha sido aún realizado, concluyendo que estos tres (3) tipos de acreedores, aun cuando se encuentran en situaciones distintas, deben concurrir a prorrata;
- (ii) así, la Comisión señala que los acreedores del tercer orden, aun cuando los bienes objeto de sus garantías no han sido realizados, participarán a prorrata con los otros dos (2) tipos de acreedores de tercer orden, adquiriendo un derecho de cobro preferente que es ajeno a su garantía, y afectando la expectativa de cobro de los demás acreedores de cuarto y quinto orden de preferencia;
- (iii) las conclusiones arribadas por la Comisión en la resolución recurrida resultan contrarias a la racionalidad del sistema de garantías y el sistema concursal, pues ello supone que solo importa contar con una resolución de administrativa para que se reconozca la validez del derecho de garantía, sin tener en consideración la eficacia de la misma, pues implica que para concurrir a prorrata en el tercer orden de preferencia basta con contar con una garantía reconocida en el concurso, más allá del valor de realización del bien objeto de dicha garantía o el rango de la misma, de modo que, bajo dicha premisa, mientras los acreedores cuyas garantías han sido ya realizadas en beneficio del concurso tienen como limitante el valor de realización del bien garantizado, los acreedores cuya garantía aún no se ha realizado concurren a prorrata con un mayor valor al que concurren los anteriores, dado que no poseen tal limitante, lo cual no solo contraviene la ley sino que, además, vulnera los principios elementales del derecho, distorsionan arbitrariamente el sistema de garantías y afecta el derecho de crédito;
- (iv) el objetivo de la LGSC es la recuperación del crédito, el mismo que se concreta en dos (2) aspectos: a) el grado de satisfacción de acreencias comprendidas en el procedimiento; y, b) la correcta asignación de los recursos en función a los derechos preexistentes al concurso;
- (v) la satisfacción de acreencias comprendidas en el procedimiento es procurado por la LGSC en función a una serie de dispositivos que buscan la reducción de los costes asociados a la insolvencia y la maximización del patrimonio concursado, a través de la compresión en el concurso de todos los activos y pasivos del deudor (principio de universalidad), siendo los acreedores los que toman las decisiones que consideren más convenientes para la satisfacción de sus intereses, al ser estos los directamente afectados por la situación de concurso (principio de colectividad);
- (vi) más importante que la maximización del valor patrimonio del deudor y la reducción de costes de la insolvencia es la correcta asignación del patrimonio en concurso a los acreedores, en particular, aquellos que cuentan con causas de preferencia previas al concurso;
- (vii) si el sistema concursal trastoca o distorsiona los derechos que existen antes de concurso, en particular los derechos de garantía y, en función a ello se produce la asignación del patrimonio del concurso, esto generará incertidumbre en los acreedores, lo que se traducirá en un mayor riesgo de financiamiento que se plasmará en condiciones más onerosas para el acreedor a efectos de acceder al crédito⁶ (ya sea mayores tasas de interés, mayores garantías o garantías más complejas);
- (viii) el concurso no debe alterar los derechos constituidos antes del concurso, salvo por razones excepcionales y que cuenten con una clara justificación en pro del beneficio colectivo, principio que se encuentra recogido en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América como *"the burtner principle"* y determina la mínima afectación de las relaciones jurídicas preexistentes y, de ser el caso, únicamente de manera excepcional, de manera que la legislación concursal no debe crear derechos, sino garantizar que los derechos existentes se encuentren reivindicados en la medida de lo posible⁷;
- (ix) el sistema de garantías, al igual que el sistema concursal, tiene por finalidad la tutela del derecho de crédito, por tanto, ambos sistemas no deben colisionar ni confrontarse, sino concordarse, de manera que el sistema concursal debe reconocer como causa de preferencia a las garantías, en los términos que están tienen en el derecho común;
- (x) al igual que lo señalado en la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el sistema concursal peruano procura mantener los derechos de preferencia en su estricta dimensión dentro del concurso;
- (xi) en el régimen común cuando un deudor constituye una garantía sobre un bien de su propiedad a favor de su acreedor, concede a este el derecho de excluir a los demás acreedores del valor de realización o ejecución del referido bien hasta por el importe convenido, que puede ser mayor o menor al crédito,

⁶ Al respecto, Estratega Consultores citó a GUERRA MARTÍNEZ, Aurelio. El Derecho Concursal en España: Problemas estructurales y propuestas de reforma. Madrid: Reus, 2018. Pp. 17-18 y GARRIDO, José María. Garantías reales, privilegios y par condicio [sic]. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999. Pp. 70.

⁷ Al respecto, Estratega Consultores citó a JACKSON, Thomas H. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Washington, D.C.: BeardBooks, 1986. Pp.22.

- de modo que el importe de la preferencia que concede la garantía está determinada por a) el valor del crédito; b) el importe del gravamen; o, c) el valor de realización del bien, el que resulte menor de todos estos;
- (xii) para determinar el alcance del derecho de preferencia que otorga la garantía será necesario contar con los tres (3) elementos mencionados, por lo que, a falta de uno de estos -en especial el valor de realización del bien- es imposible determinar tal alcance, siendo antijurídico, antitécnico y absurdo conceder una prelación sobre un derecho que no se ha efectivizado;
 - (xiii) dentro del concurso, aplicar lo señalado por la Comisión en la resolución recurrida, tiene como efecto que, dependiendo de la temporalidad en la realización de los activos y de la existencia de créditos preferentes, cabría supuestos en los acreedores de tercer orden con preferencia pese a que no se han realizado los bienes que garantizan sus créditos cobren de forma preferente, cuando en el derecho común la asignación de preferencias se da en mérito a dicho valor, sin que exista justificación para que ello no se traslade al concurso;
 - (xiv) conforme a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LGSC el tercer orden de preferencia corresponde a los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía haya sido constituida o la medida cautelar haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación del inicio de concurso del deudor y se encuentren inscritas en el registro correspondiente para ser oponibles a la masa de acreedores, siendo estos requisitos formales para que la autoridad concursal reconozca dicha prelación;
 - (xv) las resoluciones que emite la autoridad concursal no son constitutivas de derechos, por lo que la verificación que efectúa la autoridad concursal es el cumplimiento de los requisitos necesarios para oponer el derecho que emana de la garantía en el concurso, siendo este el derecho de excluir a los demás acreedores del valor económico que se obtenga de su realización, de modo que cuando la autoridad concursal otorga a determinados créditos el tercer orden de preferencia está reconociendo al acreedor titular de la garantía el derecho de excluir a los demás acreedores, con excepción de los que poseen una mejor prelación, del valor económico que se obtenga de la realización del bien que constituye su garantía, tal como sucede en el derecho común;
 - (xvi) el reconocimiento formal del orden de preferencia que efectúa la autoridad concursal no determina el importe que efectivamente tiene derecho de percibir el acreedor de tercer orden, pues este viene definido por el valor económico que se obtenga de la realización del bien afectado en garantía, tal como se dispone en el parte final del quinto párrafo del artículo 42.1 de la LGSC, que no ha sido considerado por la Comisión en el análisis efectuado en la resolución recurrida pese a su relevancia;
 - (xvii) de un correcto análisis de las normas concursales aplicables se concluye que en tanto no se obtenga un valor económico del bien afectado en garantía, los créditos respaldados con la misma, pese a que cuentan con una resolución que reconoce de manera formal su derecho de preferencia, no tiene un derecho efectivo de cobro en tercera prelación;
 - (xviii) el artículo 89.1 de la LGSC contiene lo que puede denominarse “regla general” para el pago de créditos del tercer orden de preferencia, y establece que dichos créditos se pagan con el producto de la realización del bien que respalda su crédito, ello en concordancia con el derecho común. Dicho dispositivo guarda correcta relación con lo establecido en el artículo 42.1 de la LGSC, pues es el valor de realización del bien el que determina el derecho de preferencia del acreedor garantizado;
 - (xix) la primera excepción a la regla general antes señalada se encuentra prevista en el artículo 89.2 de la LGSC por el cual se establece que mantendrá su privilegio de preferencia cuando el bien que le otorgó el tercer orden de preferencia fue realizado para pagar créditos preferentes, en cuyo caso estos participarán a prorrata con los demás. Dicha disposición se encuentra sustentada en el principio de “comunidad de pérdidas” por el cual se busca que el peso de los créditos preferentes se distribuya proporcionalmente entre los demás acreedores garantizados, de modo que la temporalidad en la realización de los activos no genere situaciones inequitativas y no interese el orden en que sean realizados los activos, las cargas de los créditos preferentes serán asumidas por todos los acreedores garantizados;
 - (xx) la disposición antes señalada no busca crear un beneficio para los acreedores de tercer orden de preferencia cuyos bienes en garantía no han sido realizados, como concluye la Comisión en la resolución recurrida, pues ello generaría un derecho de cobro no amparado por la ley;
 - (xxi) en el presente caso, la errada interpretación efectuada por la Comisión implica involucrar a BBVA y Mitsui en la distribución a prorrata de los recursos obtenidos de la realización de los bienes que respaldan los créditos de Banco GNB y Minex, cuando los bienes que respaldan los créditos de BBVA y Mitsui aún no han sido realizados, infringiendo lo dispuesto en los artículos 82.1 y 82.2 de la LGSC; y,
 - (xxii) la segunda excepción a la regla general establecida en el artículo 82.1 de la LGSC se encuentra prevista en el artículo 82.3 de la misma norma, por el cual se dispone que el único supuesto en el que todos los acreedores del tercer orden pueden concurrir a prorrata es cuando todos los bienes que garantizan dichos créditos han sido realizados para pagar créditos de un orden preferente, hecho que no ha ocurrido en el presente caso, pues los bienes que respaldan los créditos de BBVA y Mitsui no han sido aún realizados, de modo que no pueden participar en la prorrata.
14. Asimismo, en su recurso de apelación Estratega Consultores solicitó que se conceda a sus representantes el uso de palabra, para exponer oralmente sus argumentos.
15. Mediante escrito presentado el 9 de julio de 2019, Banco GNB interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, en el extremo en el que se declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa, solicitando la revocatoria o, de ser el caso, la nulidad de dicho acto administrativo, toda vez que, el derecho de preferencia de un acreedor de tercer orden se encuentra supeditado a la realización del bien que respalda su crédito, resultando errado que se pretenda que este se beneficie con el producto de un bien que garantiza el derecho de otro acreedor, sobre la base de contar con un reconocimiento formal de dicho orden efectuado por la autoridad concursal. Asimismo, Banco GNB solicitó se conceda a su representante el uso de la palabra para exponer oralmente sus argumentos.
16. Por Resolución N° 11461-2019/CCO-INDECOPI del 12 de agosto de 2019⁸, la Comisión declaró improcedente el pedido de aclaración, presentado el 20 de junio de 2019, reiterado el 21 de junio de 2019, por Estratega Consultores en todos sus extremos, debido a que la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI es precisa y

⁸ Dicho acto administrativo fue notificado a Estratega Consultores el 16 de agosto de 2019, tal como consta en la cédula de notificación que obra en el expediente.

- clara al declarar la nulidad de acuerdo relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa, toda vez que dicho acuerdo contravenía las disposiciones contenidas en los artículos 89.2 y 42.1 de la LGSC, concordante con el artículo 88.2 de la LGSC.
17. Por Resolución N° 11463-2019/CCO-INDECOPI del 12 de agosto de 2019, la Comisión calificó el recurso de reconsideración interpuesto por BBVA contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI como uno de apelación, concedió el mismo y dispuso remitir los actuados a la Sala Especializada en Procedimientos Concursales (en adelante, la Sala).
 18. Mediante Resoluciones Nos. 11464-2019/CCO-INDECOPI y 11465-2019/CCO-INDECOPI, ambas del 12 de agosto de 2019, la Comisión concedió los recursos interpuestos por Estratega Consultores y Banco GNB contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI y dispuso la remisión de los actuados a la Sala⁹.
 19. Por escrito presentado el 21 de enero de 2020, complementado el 14 de agosto de 2020¹⁰, Estratega Consultores absolvió el traslado del recurso de apelación interpuesto por BBVA contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, manifestando su conformidad con los fundamentos expuestos en dicha resolución respecto del extremo apelado.
 20. Mediante escrito presentado el 21 de enero de 2020, BBVA absolvió el traslado de los recursos de apelación interpuestos por Estratega Consultores y Banco GNB contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, manifestando su disconformidad con dichos recursos, en la medida que el acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa contraviene los artículos 42.1 y 89.2 de la LGSC.
 21. Por escrito presentado el 23 de enero de 2020, Esso Technologies S.A.C. (en adelante, ESSO), acreedor reconocido en el procedimiento concursal de Poroma, manifestó su conformidad con el recurso de apelación interpuesto por BBVA contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI.
 22. Por escrito presentado el 6 de febrero de 2020, complementado el 5 de agosto de 2020, Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, Sunat), en su calidad de Representante de los Créditos Tributarios, manifestó su conformidad con los recursos de apelación interpuestos por Estratega Consultores y Banco GNB contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI y solicitó que se revoque dicha resolución en el extremo que declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa.
 23. Mediante escrito presentado el 3 de julio de 2020, Banco GNB amplió los argumentos de su recurso de apelación y solicitó que se declare la nulidad de la Resolución N° 11463-2019/CCO-INDECOPI mediante la cual se concedió el recurso de apelación interpuesto por BBVA contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI¹¹.
 24. Por escritos presentados el 6 de agosto de 2020, Minex, Minería Corporativa S.A.C. (en adelante, Mincorp) y Minercobre S.A.C., acreedores reconocidos en el procedimiento concursal de Poroma, se apersonaron al presente procedimiento solicitando que se les notifique las actuaciones emitidas en dicho procedimiento.
 25. Mediante escrito presentado el 7 de agosto de 2020, BCP, acreedor reconocido en el procedimiento concursal ordinario de Poroma, solicitó: (i) se le incorpore al trámite de la presente apelación por tener legítimo interés en el mismo, a efectos de poder ejercer su derecho de defensa; (ii) se revoque la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, en el extremo en el que se declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa; y, (iii) se le conceda el uso de la palabra, a efectos de exponer oralmente sus argumentos, por las siguientes razones:
 - (i) si bien no interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, cuentan con legitimidad e interés para intervenir en el procedimiento, al ser un acreedor directamente afectado con el pronunciamiento contenido en dicha resolución, en tanto los criterios de distribución aprobados por la Junta de Acreedores consideran el pago de sus créditos de tercer orden de prelación;
 - (ii) la legitimidad para obrar existe cuando las partes materiales que conforman la relación jurídica sustantiva son también las partes en la relación jurídica procesal, mientras que el interés para obrar es la capacidad de acudir al órgano jurisdiccional como único medio para resolver una controversia, siendo que en el presente caso, cualquier decisión que la Sala adopte respecto a los criterios de distribución aprobados por la Junta de Acreedores en sesión iniciada el 22 de abril de 2019 y continuada el 25 de abril de 2019, tendrá incidencia directa en el pago de sus créditos, por lo que forman parte de la relación material en controversia, siendo la única vía existente para dilucidar dicha controversia el procedimiento seguido en el presente expediente, correspondiendo que se le incorpore al mismo;
 - (iii) en la resolución recurrida la Comisión incurre en un grave error al interpretar el artículo 89.2 de la LGSC, sin tomar en consideración los principios y la finalidad del sistema concursal, pues para una correcta interpretación de dicho artículo es necesario efectuar a su vez una revisión del sistema de garantías fuera y dentro del marco concursal;
 - (iv) el sistema de garantías reales tiene por finalidad proteger el crédito del acreedor diligente, que logró que el deudor constituya e inscriba a su favor una garantía sobre determinado bien de su propiedad, a fin de respaldar las obligaciones a su cargo y que, en caso de incumplimiento, le permita cobrarse de manera preferente con el producto de realización de dicho bien, minimizando el riesgo de recuperación de su crédito, pues la garantía le concede el derecho de excluir a los demás acreedores del cobro de sus acreencias con el producto del bien garantizado;

⁹ La Sala recibió el expediente el 3 de octubre de 2019.

¹⁰ Estratega Consultores adjuntó a su escrito copia del Informe legal del Estudio Rebaza, Alcázar & De Las Casas, suscrito por los señores Gonzalo De Las Casas y José A. Jiménez.

¹¹ Banco GNB adjuntó a su escrito copia del Informe legal del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, suscrito por los señores Guillermo Puelles y Renzo Rossi.

- (v) en un escenario ajeno al marco concursal, cuando el deudor no hace frente a su obligación, el acreedor garantizado es el único que, de manera individual, goza del derecho de ejecutar su garantía, en ese escenario puede ocurrir que el producto de la realización del bien garantizado no resulte suficiente para cubrir sus créditos, quedando un saldo impago, debiendo efectuar acciones adicionales para recuperar dicho saldo;
- (vi) de modo que, fuera del marco concursal, el acreedor tiene un derecho de oposición sobre un bien determinado, sobre el cual podrá excluir a los demás acreedores del cobro con el producto de la realización del bien garantizado a su favor; sin embargo, sobre los bienes libres del deudor u otros bienes garantizados a favor de terceros no tiene ningún derecho que oponer, salvo obtenga una medida cautelar o una garantía de rango inferior, en caso el deudor no cuente con bienes libres;
- (vii) el sistema concursal no es ajeno al sistema de garantías reales que rige en situaciones normales de solvencia, por lo que no se puede alterar el sistema de garantía desconociendo la preferencia en el cobro de los acreedores garantizados con el producto de la realización de los bienes que el deudor le otorgó en garantía, salvo en el caso de los acreedores laborales y previsionales, pues de alterarlo no se cumpliría el objetivo y finalidad del sistema concursal, generándose un incentivo perverso para utilizar el sistema concursal con el propósito de alterar o modificar derechos que no se tienen en situaciones fuera del concurso, beneficiando a unos acreedores en desmedro de otros que se verían perjudicados por estas alteraciones;
- (viii) la interpretación realizada por la Comisión en la resolución recurrida transgrede gravemente el sistema de garantías reales, distorsionando el beneficio de preferencia en el cobro otorgado al acreedor garantizado respecto al producto de la realización del bien sobre el cual recae la garantía, habiendo partícipe de dicho derecho a otros acreedores también garantizados pero con otros bienes del deudor, lo cual no sería posible en un escenario extra concursal y tampoco tiene cabida en el marco del concurso, pues debe tenerse en cuenta el ordenamiento jurídico es un todo sistemáticamente ordenado y completo que, en teoría, no admite contradicciones;
- (ix) el sistema de garantías reales y el sistema concursal tiene como elemento en común buscar la recuperación del crédito, de modo que, sobre la base de una interpretación sistemática, no existe contradicciones entre dichos sistemas;
- (x) en la medida que el procedimiento concursal busca la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor, el interés colectivo de los acreedores se superpone al interés individual de cada uno de ellos, siendo además que los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, ante la imposibilidad de satisfacerse la totalidad de los créditos, salvo por los órdenes de prelación expresamente establecido en la LGSC;
- (xi) de modo tal que, si bien la LGSC privilegia el interés colectivo sobre el interés individual en la recuperación del crédito, tal principio no es absoluto, pues se reconoce como excepción los órdenes de preferencia de pagos establecidos en la propia norma, dentro del cual se encuentra el orden preferente que otorgan las garantías reales;
- (xii) conforme a lo dispuesto en los párrafos tercero y quinto del artículo 42.1 de la LGSC, con independencia de tener un reconocimiento en el tercer orden de preferencia, lo que determina cuanto es lo que un acreedor garantizado debe recibir es el valor de realización del bien, de modo tal que en caso el valor de realización de bien sea menor al importe del crédito, la diferencia pasará del tercer orden al quinto orden de preferencia, como expresamente señala la parte final del referido artículo, cualquier solución contraria distorsionaría el sistema de garantías reales, al cual no es ajeno el sistema concursal;
- (xiii) el artículo 89.2 de la LGSC contiene dos (2) supuestos: a) cuando no se utilizan los recursos provenientes de la realización de los bienes objeto de la garantía para pagar créditos preferentes a aquellos reconocidos en el tercer orden de preferencia precisamente por mantener dicho bien en garantía; y, b) cuando se utilizan los recursos provenientes de la realización de bienes afectados en garantía para pagar créditos preferentes a los reconocidos en tercer orden en virtud a dicha garantía;
- (xiv) el segundo supuesto antes señalado, los créditos reconocidos en tercer orden de prelación tendrán la calidad de "créditos afectados" por el pago de créditos de prelación anteriores y mantendrán el tercer orden hasta el valor de realización de los bienes que le otorgaron dicha preferencia, es decir hasta el importe que les hubiera correspondido recibir si este se hubiera aplicado únicamente al pago de sus créditos, es en este supuesto que la norma señala que la norma señala que la norma deberá pagarse a prorrata;
- (xv) haciendo la distinción señalada resulta fácil entender que los créditos que se pagarán a prorrata, en aplicación de lo establecido en el artículo 89.2 de la LGSC, no son todos los créditos reconocidos en el procedimiento concursal en el tercer orden de preferencia, sino únicamente aquellos créditos reconocidos en el tercer orden de preferencia y cuyos bienes que respaldan sus acreencias y le otorgaron dicha preferencia fueron utilizados para pagar créditos de órdenes preferentes;
- (xvi) el artículo 89.2 de la LGSC no dispone una prorrata global o general entre todos los titulares de créditos del tercer orden de prelación sino una prorrata específica, aplicable únicamente para resarcir al "acreedor afectado" con la venta del bien que garantiza su crédito y con el que se pagaron ordenes preferentes;
- (xvii) una interpretación distinta del artículo 89.2 de la LGSC, como la realizada por la Comisión en la resolución recurrida, implica considerar a todos los créditos reconocidos en el tercer orden de preferencia como si se tratara de un "pool" de garantías comunes que todos deben compartir, afectando a todos los demás acreedores del tercer orden de preferencia, pues habrían aun bienes con garantías a favor de acreedores de tercer orden que aún no se han realizado y respecto de los cuales, dichos acreedores mantendrán su derecho de cobrar con el producto de los mismos, cuando estos no pueden beneficiarse con la realización de otros bienes respecto de los cuales no tienen derecho alguno, más aún cuando dichos créditos podrían ser pagados íntegramente pagados con cargo a la venta de los bienes que los respaldan; y,
- (xviii) una solución como la dada por la Comisión en la resolución recurrida, implica extrapolar garantías y preferencias entre todos los acreedores garantizados, generándose distorsiones e inequidades no deseadas, pues una colectivización de todas las garantías en un escenario de concurso ocasionaría una falta de predictibilidad sobre las garantías en el Perú, pues al tomar una garantía cada acreedor se vería en la necesidad de evaluar escenarios de liquidación sobre como compartir sus garantías con otros acreedores garantizados y con ello incentivos para generar gravámenes equivalentes al importe total del crédito, aun cuando desde la constitución de la garantía se conoce que son menores, solo por el hecho de tener una buena posibilidad de cobro en caso de concurso, en perjuicio de acreedores diligentes que tomaron mejores bienes en garantía antes del inicio del concurso.

26. Por escrito presentado el 18 de agosto de 2020, Scotiabank Perú S.A.A. (en adelante, Scotiabank), acreedor reconocido en el procedimiento concursal ordinario de Poroma, señaló que la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, en el extremo en el que se declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores

- relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa es ilegal y afecta las expectativas de cobro de los acreedores de Poroma reconocidos en el cuarto y quinto orden de prelación, por lo que solicitó que se revoque dicha resolución en el referido extremo.
27. El 6 de octubre de 2020, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la participación de los representantes de Estratega Consultores, Banco GNB, BBVA y BCP, quienes reiteraron los argumentos formulados durante el trámite del presente procedimiento.
 28. Por escritos presentados el 5, 6, 12, 13 y 19 de octubre de 2020, BBVA, Banco GNB, Estratega Consultores y BCP remitieron las presentaciones que contienen los alegatos expuestos en la audiencia de informe oral del 6 de octubre de 2020.
 29. Mediante escrito presentado el 10 de diciembre de 2020, la Sociedad Conyugal conformada por el señor Walter Erwin Werner Protzel Reelitz y la señora Ana Sofía Mazzini Salomón (en adelante, la Sociedad Conyugal)¹² informó a la Sala que mediante Resolución N° 4272-2020/CCO-INDECOPI del 20 de noviembre de 2020, la Comisión resolvió considerarla como la nueva titular de los créditos reconocidos a favor de BBVA frente a Poroma, y solicitó se le conceda el uso de la palabra, para exponer oralmente sus argumentos.
 30. En atención a la Resolución N° 4272-2020/CCO-INDECOPI¹³, por Resolución N° 0536-2020/SCO-INDECOPI del 15 de diciembre de 2020, la Sala tuvo por sustituido a BBVA por la Sociedad Conyugal en el trámite de recurso de apelación interpuesto por BBVA contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, al haber operado la sucesión procesal en aplicación del numeral 3 del artículo 108 del Código Procesal Civil.
 31. El 15 de diciembre de 2020, se llevó a cabo la audiencia de informe oral convocada con la participación de los representantes de Estratega Consultores, Banco GNB, BCP y la Sociedad Conyugal, en la que las partes reiteraron los argumentos expuestos durante el trámite del presente procedimiento.
 32. Por escrito presentado el 18 de diciembre de 2020, la Sucesión Conyugal manifestó su posición en el presente procedimiento, alegando lo siguiente:
 - (i) el sistema concursal ha reconocido excepciones al principio de proporcionalidad, las cuales se encuentran en el artículo 42 de la LGSC;
 - (ii) en ningún extremo de la normativa concursal se prescribe que los créditos del tercer orden deban ser relegados al quinto orden hasta que los bienes que los garantizan sean realizados; por el contrario, la norma establece que el pago de los acreedores de tercer orden se realizará a prorrata al interior de dicho orden;
 - (iii) en esa línea, el valor de realización de la garantía es un hecho incierto y por lo tanto no puede condicionarse ni modificar la prelación otorgada a un crédito por la Comisión;
 - (iv) los créditos de tercer orden están determinados por el monto del crédito reconocido y por el monto del gravamen que poseen sobre los bienes que le sirven de garantía; sostener lo contrario implicaría sancionar a un acreedor diligente que constituyó una garantía en respaldo de su crédito, quedando supeditado su derecho preferente a las acciones de las entidades liquidadoras para poder realizar estos bienes; además implicaría que las resoluciones de reconocimiento de créditos de tercer orden no son en realidad de tercer orden; y,
 - (v) una interpretación sistemática de los artículos 42.1, 88.2 y 89.2 de la LGSC permite concluir que en caso se hayan pagado créditos de primer o segundo orden con el producto de la realización de un bien que garantiza un crédito de tercer orden y que debido a que este pago, exista un saldo por pagar reconocido en el tercer orden, corresponde que en la siguiente venta de bienes que garantizan créditos del tercer orden, el dinero resultante de esta venta deba ser destinado a prorrata a cubrir todos los créditos del tercer orden, no pudiendo desconocerse el orden de prelación de los acreedores con deudas garantizadas y cuyos bienes no han sido vendidos aún, ya que ello implicaría vulnerar la LGSC.
 33. Por escrito del 6 de enero de 2021, BCP señaló que la Resolución N°9847-2019/CCO-INDECOPI es nula por cuanto la Comisión no explica las razones por las cuales, a su criterio, corresponde que, en cualquier caso, los créditos correspondientes al tercer orden de preferencia se paguen a prorrata entre todos los acreedores reconocidos en dicho orden de prelación. Asimismo, reiteró los argumentos sostenidos durante el trámite del presente procedimiento.
 34. Mediante escrito presentado el 18 de marzo de 2021, Estratega Consultores solicitó a la Sala que se le conceda una medida cautelar de no innovar consistente en la suspensión de los efectos de la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, en tanto se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra dicho acto administrativo, por las siguientes razones:
 - (i) a la fecha en que fue notificada con la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, Estratega Consultores había efectuado el pago de créditos de primer orden y comenzado a pagar los créditos de tercer orden a favor de Banco GNB y Minex (acreedores titulares de las garantías de los bienes que fueron realizados) y BCP (acreedor cuyo bien en garantía se destinó al pago de créditos de primer orden);
 - (ii) al haber sido notificada con la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, suspendió los pagos y procedió a interponer recurso de apelación contra el referido acto administrativo;

¹² Por escrito presentado el 30 de julio de 2020, complementado el 6 de agosto de 2020, la Sociedad Conyugal solicitó que a partir de la presentación del mencionado escrito se le considere como parte recurrente en el trámite del expediente materia de autos, ratificando todos los argumentos expuestos por BBVA. Dicho pedido fue declarado improcedente por la Sala mediante Resolución N° 382-2022/SCO-INDECOPI del 25 de agosto de 2020: toda vez que, la solicitud presentada por la referida administrada ante la Comisión para que se le considere la nueva titular de los créditos reconocidos a favor de BBVA frente a Poroma se encontraba en trámite, dejando a salvo su derecho para apersonarse al presente procedimiento en la oportunidad en que se emita la resolución por la cual se le declara la nueva titular de los mencionados créditos.

¹³ Dicho acto administrativo fue emitido por la Comisión en el trámite del procedimiento de reconocimiento de créditos seguido por BBVA frente a Poroma en el Expediente N° 11-2014/CCO-INDECOPI-03-23.

- (iii) el 1 de marzo de 2021, Estratega Consultores fue notificada con el Informe Final de Instrucción N° 010-2021/FCO-CCO-INDECOPI mediante el cual la Secretaría Técnica de Fiscalización adscrita a la Comisión (en adelante, la Secretaría Técnica de Fiscalización) le imputa una falta de deber de diligencia al haber efectuado pagos al tercer orden sin considerar a BBVA ni a Mitsui, proponiendo que se le imponga una multa ascendente a cien (100) Unidades Impositivas Tributarias de manera individual a Estratega Consultores y a su representante, señor Carlos Corbella Espinoza;
 - (iv) a efectos de verificar la verosimilitud del derecho invocado, se debe tener en cuenta un probable escenario en el que la Sala expida un pronunciamiento favorable respecto del recurso de apelación interpuesto por Estratega Consultores contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI y, de ser ese el caso, el procedimiento sancionador sería archivado por efecto de lo resuelto por la Sala, razón por la cual corresponde que no se perjudique a Estratega Consultores con la afectación de su patrimonio y su reputación; y,
 - (v) a fin de verificar el peligro en la demora, se debe considerar que: a) si la Comisión acoge los fundamentos del Informe Final de Instrucción N° 010-2021/FCO-CCO-INDECOPI, la magnitud de la sanción propuesta generará una grave afectación patrimonial y reputacional que perjudicaría la posibilidad de que sea designada como entidad liquidadora en otros procesos concursales o incluso podría ocasionar que sea removida de aquellos procesos en curso; y, b) si la Comisión emite una resolución sancionando a Estratega Consultores, se les conminaría a seguir con los pagos beneficiando indebidamente a BBVA y Mitsui en desmedro de los demás acreedores del proceso concursal de Poroma y, en caso efectúen tales pagos y posteriormente la Sala revoca la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, tendrían que reclamar a los acreedores la devolución de los importes que estos hubieran recibido, siendo una probabilidad que los acreedores no cumplan con ello voluntariamente, de lo cual se colige que tendrían que iniciar largos y gravosos procesos judiciales que complicarían y extenderían innecesariamente el proceso de liquidación.
35. El 29 de noviembre de 2022¹⁴, se llevó a cabo una nueva audiencia de informe oral con la participación de los representantes de Banco GNB, BCP y Estratega Consultores, quienes reiteraron los argumentos formulados durante el trámite del procedimiento y que han sido señalados en los numerales precedentes.
36. Por escrito presentado el 5 de diciembre de 2022, BCP remitió la presentación que contiene los alegatos formulados en la audiencia de informe oral del 29 de noviembre de 2022.
37. Mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2022, Estratega Consultores reiteró los argumentos formulados en el presente procedimiento y remitió la presentación que contiene los alegatos expuestos en la audiencia de informe oral del 29 de noviembre de 2022.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

38. De los antecedentes expuestos, la Sala considera que debe determinarse lo siguiente:
- (i) si procede o no el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Conyugal contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI;
 - (ii) la interpretación del artículo 89.2 de la LGSC a efectos de definir la forma de pago de los créditos que ostentan el tercer orden de preferencia;
 - (iii) si es válido o no el acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores en la sesión realizada el 22 de abril de 2019, continuada el 25 de abril de 2019, relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa; y,
 - (iv) si procede o no la suspensión de los efectos de la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI solicitada por Estratega Consultores.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Cuestiones previas

III.1.1 Recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Conyugal

39. Tal como se ha señalado en los antecedentes de la presente resolución, en sesión iniciada el 22 de abril de 2022 y continuada el 25 de abril de 2019, la Junta de Acreedores adoptó dos (2) acuerdos relativos a la: (i) aprobación de los términos propuestos para la firma de la Adenda del Contrato de Compraventa; y, (ii) aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa.
40. En la resolución recurrida, la Comisión resolvió lo siguiente: (i) señaló que el acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los términos propuestos para la firma de la Adenda del Contrato de Compraventa constituye un acto jurídico entre privados, por lo que aun cuando dichos términos sean ratificados por la Junta de Acreedores, la revisión o validez del mismo es materia de competencia exclusiva del Poder Judicial; y, (ii) declaró la nulidad del acuerdo relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa, por contravenir lo dispuesto en los artículos 42.1 y 89.2 de la LGSC, concordados con el artículo 118.2 de la citada norma.
41. BBVA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, respecto del acuerdo relativo a la aprobación de los términos propuestos para la firma de la Adenda del Contrato de Compraventa, alegando que la validez del referido acuerdo debe ser revisado en sede administrativa, en la medida que con dicho acuerdo Estratega Consultores está incumpliendo con sus obligaciones de velar por el interés de todos los acreedores involucrados en el concurso de Poroma, lo que configura un ejercicio abusivo del derecho. Dicho recurso de reconsideración fue calificado por la Comisión como uno de apelación a través de la Resolución N° 11463-2019/CCO-INDECOPI del 12 de agosto de 2019.

¹⁴ Dicha audiencia de informe oral fue convocada en atención a que la conformación de la Sala varió desde la fecha de realización de las audiencias de informe oral previas, tal como se advierte de las Resoluciones Supremas Nos. 189-2022-PCM y 255-2022-PCM del 26 de julio y 4 de noviembre de 2022, por las cuales se designó a los señores Esteban Anibal Carbonell O'Brien y Walter Leonardo Valdez Muñoz como Vocales de la Sala, respectivamente.



42. Posteriormente, mediante Resolución N° 0536-2020/SCO-INDECOPI del 15 de diciembre de 2020, la Sala resolvió tener por sustituido a BBVA por la Sociedad Conyugal en el trámite de los recursos de apelación interpuestos por Estratega Consultores y Banco GNB contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI.
43. De la revisión de la resolución recurrida se advierte que el análisis efectuado por la Comisión respecto del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los términos propuestos para la firma de la Adenda del Contrato de Compraventa se encuentra relacionado de modo directo con el análisis del acuerdo relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa, cuya nulidad fue declarada por la autoridad concursal de primera instancia.
44. En ese sentido, si bien en su recurso de apelación la Sociedad Conyugal, sucesora procesal de BBVA, ha señalado que está cuestionando lo resuelto por la Comisión sobre el acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los términos propuestos para la firma de la Adenda del Contrato de Compraventa, se debe considerar que tales alegaciones están dirigidas a cuestionar la declaración de nulidad del acuerdo relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa.
45. El artículo 221 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁵ (en adelante, TUO de la LPAG) establece que el escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124. Por su parte, el numeral 2 del artículo 124 del TUO de la LPAG¹⁶ establece que todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener la expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
46. El artículo 114.2 de la LGSC¹⁷ establece como uno de los requisitos de procedencia de los recursos administrativos que debe observar el impugnante, la identificación del agravio que le produce a este la resolución emitida por la autoridad concursal.
47. Al respecto, en lo concerniente al agravio producido, se señala que el mismo consiste en la lesión que la resolución produce a los intereses de quien apela, constituyendo la base objetiva que le otorga el interés concreto de apelar dicha decisión, por lo que el agravio debe ser entendido como "sinónimo de decisión desfavorable a una de las partes"¹⁸.
48. Sobre el particular, la identificación del agravio producido por parte del recurrente resulta necesaria para la determinación de la procedencia del recurso interpuesto, toda vez que solo se encuentra justificada la revisión del acto administrativo emitido por la autoridad concursal en tanto este ocasione una afectación concreta al impugnante.
49. Conforme se ha señalado en los numerales precedentes, los argumentos formulados por la Sociedad Conyugal en su recurso de apelación pretenden que la Sala revise la validez del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los términos propuestos para la firma de la Adenda del Contrato de Compraventa, el cual se encuentra directamente relacionado con el acuerdo relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa, el cual fue declarado nulo por la Comisión.
50. En ese sentido, la Sala verifica que la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa no ha ocasionado un perjuicio a la impugnante lo cual implica que el recurso de apelación interpuesto por esta contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI no se sustenta en la existencia de un agravio, incumpliendo de esta manera uno de los requisitos de procedencia previstos en el artículo 114.2 de la LGSC.
51. Por lo expuesto, conforme a lo señalado por la Sala en anterior pronunciamiento¹⁹, corresponde declarar la nulidad de la Resolución N° 11463-2019/CCO-INDECOPI, mediante la cual la Comisión concedió recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Conyugal contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI; y, en consecuencia, se debe declarar improcedente el mencionado recurso.

III.1.2 Escritos presentados por ESSO, Sunat, BCP y Scotiabank

52. Tal como se ha señalado en los antecedentes del presente pronunciamiento, mediante escritos presentados el 23 de enero de 2020, 6 de febrero de 2020, 7 de agosto de 2020 y 18 de agosto de 2020, ESSO, Sunat, BCP y Scotiabank -acreedores reconocidos en el procedimiento concursal de Poroma- manifestaron su posición sobre los recursos de apelación interpuestos por Estratega Consultores y Banco GNB contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI.

¹⁵ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 221.- Requisitos del recurso. El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124.

¹⁶ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 124.- Requisitos de los escritos. Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

(...)

2.La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.

(...)

¹⁷ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 114.- Resoluciones impugnables y legitimidad para obrar.

(...)

114.2 Para la procedencia del recurso el impugnante deberá identificar el vicio o error del acto recurrido, así como el agravio que le produce.

(...)

¹⁸ ARIANO DEHO, Eugenia. Capítulo III. Apelación. En: Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas (Tomo III). Lima: Gaceta Jurídica, 2016. Pp. 226 - 250.

¹⁹ Criterio desarrollado en la Resolución N° 0583-2022/SCO-INDECOPI del 22 de noviembre de 2022 emitida en el trámite de la solicitud de reconocimiento de créditos presentada por Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria frente a Club Alianza Lima.

53. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 117.2 TUO de la LPAG²⁰ el derecho de petición administrativa comprende las facultades, entre otros, de presentar solicitudes en interés particular del administrado y de contradecir actos administrativos.
54. Asimismo, el artículo 118 del TUO de la LPAG²¹ establece que cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.
55. De las normas citadas en los numerales precedentes, se colige que los administrados tienen el derecho de apersonarse a un procedimiento a fin de formular pedidos ante la autoridad administrativa y a obtener una respuesta por parte de esta.
56. En el presente caso, si bien ESSO, Sunat, BCP y Scotiabank no forman parte del presente procedimiento al no haber formulado recursos impugnativos contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOP, se debe tener en consideración que estos tienen un interés particular al ser acreedores reconocidos del procedimiento concursal de Poroma que podrían ver afectados sus derechos con la decisión que emita la Sala.
57. En ese sentido, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 117.2 y 118 del TUO de la LPAG, la Sala considera que las alegaciones y argumentos planteados por ESSO, Sunat, BCP y Scotiabank deben ser merituados en el presente procedimiento.

III.2 Pago de créditos en el tercer orden de preferencia

III.2.1. Sistema de garantías en el derecho común

58. De conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, el régimen económico peruano se sustenta en que la iniciativa privada es libre y se ejerce en el marco de un modelo de Economía Social de Mercado²².
59. Al respecto, el hecho que nuestro régimen constitucional reconozca a la libertad de iniciativa privada como pilar de la economía nacional implica que el poder constituyente ha dispuesto que la autonomía privada -entendida como el poder que el ordenamiento jurídico confiere a los individuos para que gobiernen sus propios intereses o, también, como un poder de autorregulación de intereses y relaciones jurídicas²³- constituye la base de las relaciones en el mercado.
60. En esa línea, el artículo 62 de la Constitución Política del Perú reconoce la libertad de contratación con la que cuentan quienes concurren en el mercado, al señalar que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, siendo que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase²⁴.
61. Es así que, acertadamente, se ha sostenido que cuando la Constitución establece que la iniciativa privada es libre, ello supone "*afirmar que el mercado le pertenece a los particulares y no al Estado. Quiere decir que no es tarea del Estado la creación de riqueza, esta función se encuentra reservada a los particulares. Nuestra Constitución ha entendido que la civilización moderna es producto del accionar de los particulares en el mercado, del libre intercambio de bienes y servicios que son la base de las relaciones económicas que se manifiestan en los contratos. (...) Consagrar constitucionalmente la iniciativa privada es afirmar que las relaciones de mercado se regularán por el Derecho Privado, especialmente por el Derecho de los Contratos*"²⁵.
62. Ahora bien, al sostener que las relaciones comerciales en el mercado se celebran en ejercicio de la autonomía privada reconocida como pilar de la Constitución Económica, debe considerarse que dichas relaciones normalmente son relaciones obligatorias, figura jurídica según la cual el crédito constituye una situación jurídica de ventaja activa cuyo titular es el acreedor, quien como consecuencia del cumplimiento de la prestación a cargo del deudor -titular de la situación jurídica de desventaja activa de débito-²⁶, espera obtener un resultado o provecho con el fin de eliminar una necesidad preexistente²⁷.

²⁰ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 117.- Derecho de petición administrativa. (...)

117.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes de interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

²¹ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 118.- Solicitud en interés particular del administrado. Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

²³ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. Cuarta Edición. Tecnos. Madrid – España. Año 1982. P. 387. Citado por: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Primera Edición. Lima – Perú. Año 2003. P. 226

²⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU. Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

²⁵ CAMACHO GUTIÉRREZ, Walter. *La Constitución Comentada*. Tomo II. Tercera Edición. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Año 2015. P. 293.

²⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Apuntes para una estructura de la relación obligatoria y su clasificación*. En: Themis N° 60. PUCP. Año 2011. P. 256-257.

²⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La Obligación*. En: *De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América*. Cuarta Reunión de Trabajo. Fondo Editorial de la PUCP. Lima – Perú. Año 2012. P. 27.

63. De esta manera, el concepto de crédito cumple un rol esencial en un modelo de Economía Social de Mercado que tutela la libre iniciativa privada. Asimismo, al ser el crédito una fuente de financiamiento, las reglas de acceso a él y de recuperación del mismo impactan en el dinamismo de las relaciones en el mercado, por cuanto incidirán en las facilidades para la obtención de bienes de capital o, en general, en las posibilidades de inversión, lo cual permite fomentar la producción y, con ello, estimular el ciclo económico.
64. Ahora bien, en el documento de trabajo denominado “*Sobre la necesidad de reformar el Sistema de Garantías y Facilitar el Acceso al Crédito*”, el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) ha puesto en evidencia que la celebración de una relación obligatoria conlleva al riesgo de incumplimiento por parte del deudor, en cuyo caso implicará la responsabilidad patrimonial del deudor, lo que se traduce en que el conjunto de bienes y derechos del deudor -con las excepciones de ley- sea susceptible de ser ejecutado forzosamente por el acreedor a fin de procurar el pago incumplido.
65. En efecto, el MEF ha señalado que la obtención de financiamiento por parte de las empresas implica también el riesgo de incumplimiento del pago de la deuda, riesgo que es asumido por el acreedor prestamista, razón por la cual el nivel de riesgo que ofrecen los deudores será determinante al momento en que se fije la tasa de interés, pues a mayor riesgo, mayor costo para el deudor y, por tanto, mayor tasa de interés²⁸.
66. De esta manera, el MEF resalta que una de las formas de mitigar el riesgo de incumplimiento del deudor prestatario es la constitución de garantías que permitan al acreedor ejecutar la misma en caso el deudor no cumpla con pagar el crédito en las condiciones y plazos establecidos. Es así que “*el acceso al crédito queda en realidad limitado a aquellas personas o empresas que ofrecen un riesgo “aceptable” para quien presta el dinero. Esto se logra generalmente demostrando solvencia y/o con el respaldo de una garantía que asegure al deudor la recuperación efectiva de su dinero ante una eventual falta de pago. Son dos, pues, las condiciones básicas que debe reunir un deudor para acceder a financiamiento: (i) solvencia, es decir, demostrar capacidad de pago; y, (ii) una garantía que asegure la recuperación del monto adeudado*”²⁹.
67. En esa línea, la garantía, entendida como noción vinculada al derecho civil patrimonial encuentra su razón de ser y su funcionalidad en la posibilidad que el deudor no cumpla con el pago al que se encuentra obligado dentro del plazo previsto.
68. En efecto, tal como ha sido señalado por un sector de la doctrina “*el concepto general de garantía comprende en sí todo medio con el cual se asegura al acreedor la exacta ejecución de la prestación*”. Asimismo, citando a diversos autores, se resalta como uno de sus elementos centrales a la seguridad patrimonial, al sostener que “*la garantía es un medio para reforzar el derecho del acreedor en la hipótesis que el deudor no cumpla con la prestación por él debida*”, “*asegura el cumplimiento de una obligación brindando seguridad al acreedor*” y “*están destinadas a la efectiva realización del aseguramiento de la deuda (siendo que) es cualquier seguridad que se le otorga a un crédito*”³⁰.
69. La importancia del sistema de garantías ha sido correctamente explicada por un sector de la doctrina francesa al sostener que el acreedor corre un “*doble peligro*” en caso de que no se hayan constituido garantías sobre un derecho de crédito, riesgos que se encuentran referidos a la posibilidad de que el deudor disponga fraudulentamente de sus bienes a fin de que los mismos no sean ejecutados por el incumplimiento del pago, y a la posibilidad de concurrencia de acreedores sobre el mismo deudor. En esa línea, se ha señalado: (i) “*que al originarse el crédito o la obligación hasta el momento de su exigencia, el deudor puede en ese tiempo, esconder su patrimonio; o, en todo caso, puede simular la celebración de diversos actos jurídicos y aparecer como insolvente. Así, el acreedor, solo puede accionar contra los bienes del deudor de los cuales siga siendo titular al momento de la ejecución de la obligación, mediante una acción indirecta. No pudiéndose perseguir los bienes del deudor que fueron transferidos*”; y, que (ii) “*si en el momento de efectivizar la obligación aparecen otros acreedores (concurrencia de acreedores), el patrimonio del deudor se dividirá a prorrata entre todos ellos. Se trata pues de acreedores quirografarios, los cuales no tienen preferencia o prelación alguna; ya que son simples acreedores ordinarios, que al no contar con garantías, no gozan de preferencia respecto al pago de la deuda*”³¹.
70. La garantía que requiere el acreedor para mitigar el riesgo de incumplimiento de su deudor puede obtenerse mediante la obligación asumida por un tercero de responder ante el acreedor en caso de que el deudor no cumpla con el pago correspondiente, así como mediante la posibilidad de que el acreedor ejecute el íntegro del patrimonio del deudor o determinados bienes de este, hasta cubrir el monto del crédito impago.
71. De esta manera, pueden constituirse garantías personales o reales, según sea el caso. Al respecto, la doctrina ha señalado que la garantía personal “*permite que un tercero, distinto al deudor, exponga su patrimonio personal a favor de cierto acreedor; por tanto, a partir de ese momento, el acreedor cuenta, ya, con dos patrimonios a su favor: el del deudor y el del garante personal (fiador o avalista)*”; mientras que la garantía real es “*un añadido del crédito que mejora la posición jurídica del acreedor; por tal motivo, el acreedor garantizado cuenta con dos acciones a su favor: la primera, de carácter personal, se deriva de la responsabilidad patrimonial del deudor, por mérito de la cual, el acreedor tiene a su disposición el íntegro patrimonio del obligado, sea cual fuese los bienes que lo conforman; por otra parte, la segunda acción, de carácter real, está presente en los acreedores que, además, cuentan con una garantía real a su favor, la cual permite ejecutar exclusivamente el bien gravado*”³².

²⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Sobre la necesidad de reformar el Sistema de Garantías y Facilitar el Acceso al Crédito*. Lima – Perú. Año 2001. Obtenido el 19 de diciembre de 2022 de:

https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=102405&view=article&catid=297&id=2140&lang=es-ES

²⁹ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. Cit.*

³⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Teoría General de los Derechos de Garantía*. Universidad de Lima. 2019. Pp. 11-12. Obtenido el 19 de diciembre de 2022 de: <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/9190>

³¹ MAZEAUD; Henry, León y Jean. *Derecho Civil*. Parte III. P. 9. Citado por CANELO RABANAL, Raúl. *Derecho de Garantías Civiles y Comerciales*. Grijley. Lima – Perú. Año 2015. P. 29.

³² GONZALEZ BARRÓN, Gunther. *Teoría General de la Propiedad y del Derecho Real*. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Año 2018. P. 245

III.2.1.1. Derechos reales de garantía

72. Salvo excepciones previstas en la ley, la responsabilidad por parte del deudor frente al acreedor por el incumplimiento de la prestación a su cargo abarca todos los bienes y derechos de su patrimonio, siendo que el deudor debe tratar a los acreedores que concurren a perseguir su derecho de crédito en igualdad de condiciones. En esa línea, la doctrina sobre la materia ha señalado que *“la responsabilidad patrimonial del deudor se sustenta en los principios de universalidad (comprende todos los bienes), personalidad (afecta al deudor u obligado) e igualdad (todos los créditos se encuentran en pie de igualdad frente al deudor común, por lo que en principio no existe preferencia o privilegio para los distintos acreedores (...))”*³³.
73. Lo señalado en el numeral precedente ha sido denominado por la doctrina como el principio de *“Garantía Genérica Patrimonial”*, según el cual se asume que los acreedores tienen de garantía para el pago de sus créditos la totalidad del patrimonio del deudor, esto es, bienes muebles, inmuebles, derechos, acciones, títulos valores, y todo aquello que sea susceptible de ser valorizado económicamente³⁴.
74. Sin embargo, cuando nos referimos a las garantías reales o derechos reales de garantía, nos encontramos ante garantías que vinculan bienes específicos, identificados, para respaldar el cumplimiento de una obligación en particular. Esto es, los derechos reales de garantía no necesariamente afectan la totalidad de bienes de un deudor, sino requiere de la especificación de ciertos bienes a efectos de que, al momento de ejecutar el bien, el producto de dicha ejecución se destine específicamente al pago de la obligación garantizada.
75. En esa línea, la doctrina señala que los derechos reales de garantía *“pueden definirse como la vinculación pública de un bien al cumplimiento de una obligación, vinculación que se manifiesta en la facultad de instar la enajenación jurisdiccional del mismo en caso de incumplimiento de la obligación garantizada”*³⁵.
76. De esta manera, en el marco de una relación obligatoria en la que el deudor no haya cumplido con el pago correspondiente, el derecho real de garantía permite que, además de la responsabilidad patrimonial genérica del deudor, ciertos bienes del deudor puedan ser ejecutados con la finalidad de que el producto de dicha realización sea destinado exclusivamente a pagar al acreedor insatisfecho.
77. Ahora bien, siguiendo a la doctrina, los derechos reales de garantía tienen las siguientes características³⁶:
- (i) tipicidad, esto es, únicamente pueden ser considerados como derechos reales de garantía aquellos establecidos expresamente como tales en normas con rango de ley;
 - (ii) publicidad, esto es, los derechos reales de garantía deben ser debidamente inscritos en el registro correspondiente;
 - (iii) especialidad e indivisibilidad, esto es, la garantía real afecta siempre una cosa determinada al cumplimiento de una obligación determinada y se mantiene íntegra, aunque el crédito se pague parcialmente o extinga el bien de modo parcial; y,
 - (iv) accesoriedad, esto es, la garantía real depende del crédito garantizado, de lo cual se colige que la existencia de y subsistencia de la garantía exige la existencia y subsistencia del crédito, siendo que aquella depende de esta.
78. Resulta de particular importancia resaltar el carácter especial del derecho real de garantía, por cuanto ello refleja que el producto de la realización de un bien afecto forzosamente debe ser destinado al pago de la obligación para la cual dicha garantía se constituyó. Ello guarda coherencia con el hecho que quien debe verse respaldado y beneficiado con la ejecución del derecho real de garantía constituido es aquel acreedor perjudicado con el incumplimiento de la prestación por parte del deudor.
79. Asimismo, cabe resaltar el carácter accesorio de la garantía que se constituye para respaldar el pago de una obligación, por cuanto ello refleja la funcionalidad de la garantía, al encontrarse condicionada al incumplimiento de la obligación principal.

III.2.1.2. Derechos reales de garantía en el sistema concursal

80. Ahora bien, la seguridad patrimonial que otorga el sistema de garantías en las relaciones de derecho civil patrimonial es susceptible de ser aplicada a los casos en los que un deudor se encuentra sujeto a procedimiento concursal, pues el sistema concursal reconoce que los acreedores que ostentan garantías constituidas sobre bienes del patrimonio de un deudor tienen un tratamiento preferente para el pago de sus acreencias en comparación con los acreedores quirografarios.
81. Al respecto, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia ha recomendado a la comunidad internacional que la legislación en materia concursal debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz y exigible, la misma sea reconocida como tal en el procedimiento concursal³⁷.

³³ GONZALEZ BARRÓN, Gunther. *Op. Cit.* P. 244

³⁴ JIMENEZ BOLAÑOS, Jorge. *Análisis de la aplicación del principio par conditio creditorum en relación con los créditos privilegiados*. En: Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N° 111. San José – Costa Rica. Año 2014. P. 68

³⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, Jose Antonio. *Derechos Reales*. Instituto Pacifico. Lima – Peru. Año 2017. P. 277

³⁶ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, Jose Antonio. *Op. Cit.* P. 278

³⁷ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía Legislativa para el Régimen de la Insolvencia*. Nueva York – E.E.U.U. Año 2006. P. 17

82. Asimismo, mediante el referido documento la CNUDMI reconoce el tratamiento especial que debe recaer sobre el crédito garantizado en el marco de un procedimiento concursal, dado que recomienda como política legislativa no impedir ni retrasar el ejercicio de los derechos del titular de un crédito garantizado sobre el bien gravado. En esa línea, señala que “*convendrá sopesar cuidadosamente la introducción de cualquier medida por la que el acreedor garantizado vea disminuida la certeza de que podrá cobrar su crédito o que reduzca el valor de la garantía real*”³⁸, toda vez que una medida de dicha naturaleza podría impactar en la disponibilidad de crédito a un costo asequible por cuanto reduciría la seguridad que se busca con la constitución de una garantía.
83. En esa misma línea, la CNUDMI ha señalado que los sistemas concursales deberían tutelar a aquel acreedor garantizado ante la disminución del valor del bien gravado sobre el cual mantenga una garantía real, siendo uno de los mecanismos de tutela la preservación del valor del bien en cuestión mediante el pago en efectivo con cargo a la masa concursal o, incluso, la aportación de garantías suplementarias³⁹.
84. El sistema concursal peruano no es ajeno a las consideraciones expuestas por la CNUDMI. Es así que, en el marco de los procedimientos de disolución y liquidación, la LGSC regula lo relativo al tratamiento de los créditos garantizados en sus artículos 42 y 89 de la LGSC.
85. Al respecto, el artículo 42 de la LGSC establece que, en los procedimientos de disolución y liquidación, existe un orden de preferencia en el pago de créditos. De esta manera, respetando el carácter preferente de los créditos de origen laboral y alimentario, el artículo 42 de la LGSC establece que en los procedimientos de disolución y liquidación, una vez que se paguen los créditos laborales y alimentarios, gozan del tercer orden de preferencia en el pago aquellos créditos que se encuentren garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación de la situación de concurso de deudor; asimismo, se precisa que los créditos garantizados mantienen el tercer orden de preferencia en el pago incluso cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero solo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos⁴⁰, siendo que el saldo pendiente de pagar no cubierto con el valor de realización del bien será pagado en el quinto y último orden de preferencia.
86. Por su parte, en el marco de la disolución y liquidación del deudor, el artículo 89 de la LGSC⁴¹ establece que para el pago de los acreedores garantizados se aplicarán los bienes que garantizan su crédito, siendo que dichos créditos se pagan con el producto de la realización de los bienes afectados con garantía.
87. De una lectura conjunta de los artículos 42 y 89 de la LGSC, concordada con los fundamentos que inspiran el sistema de garantías señalados precedentemente, se advierte que la LGSC confiere un tratamiento privilegiado a los acreedores que cuenten con garantías constituidas sobre los bienes del deudor concursado, toda vez que, en principio, en el marco del procedimiento concursal se les permite cobrar prioritariamente respecto de los acreedores que no cuentan con garantías a su favor (quienes forman parte del cuarto y quinto orden de preferencia) y con exclusividad respecto del producto de la realización del bien que garantiza su derecho de crédito.
88. De esta manera, considerando el marco doctrinario expuesto precedentemente respecto del derecho de garantías, en condiciones ordinarias, una vez que la entidad liquidadora haya cumplido con pagar los créditos correspondientes al primer y segundo orden de preferencia, procederá a realizar los bienes respaldan el derecho de crédito de los acreedores garantizados y estos últimos verán satisfecho su derecho de crédito con el producto de la realización del bien sobre el cual recae la garantía. Asimismo, de conformidad con los fundamentos del sistema de garantías antes expuestos, tales como el carácter especial y accesorio del derecho de garantía, dicho producto será destinado exclusivamente para el pago de los créditos del acreedor en cuestión, sin que un acreedor distinto pueda verse beneficiado con la realización de dicho bien, salvo la existencia de un rango de garantías.
89. Sin embargo, si bien el artículo 89.1 de la LGSC dispone que el producto de la realización del bien sobre el cual se ha constituido un derecho real de garantía se destina a pagar al acreedor garantizado con dicho bien, la LGSC ha considerado el supuesto en el cual, habiendo más de un acreedor garantizado en el procedimiento de disolución y liquidación, uno de ellos resulta afectado con la realización anticipada del bien sobre el cual recae su garantía para pagar órdenes de preferencia prioritarios.

³⁸ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Op. Cit.* P. 106.

³⁹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Op. Cit.* P. 124.

⁴⁰ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 42.- Orden de preferencia

42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

(...)

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos.

(...)

⁴¹ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 89.- Pago de créditos garantizados.

89.1 Salvo que existan créditos preferentes pendientes de pago, para el pago de los acreedores de tercer orden se aplicarán los bienes que garanticen su crédito.

89.2 Los créditos correspondientes al tercer orden se pagan con el producto de la realización de los bienes del deudor afectados con garantía. Sin embargo, mantendrán dicho privilegio, considerando el rango que les corresponde, conforme lo establecido en el Artículo 42, si se realizan los bienes que los garantizan para pagar créditos de órdenes de preferencia anteriores. En tal caso, los créditos del tercer orden se pagarán a prorrata.

89.3 Cuando todos los bienes que garantizan créditos de tercer orden hayan sido realizados para cautelar los de órdenes de preferencia anteriores, aquellos créditos se pagan al interior del indicado orden de preferencia a prorrata, considerando el rango de las garantías originalmente constituidas.

89.4 el pago a prorrata implica que el derecho de cobro de cada acreedor se determina en proporción al porcentaje que representa su crédito garantizado respecto del universo de acreedores con créditos respaldados igualmente por garantías.

90. Dado el contexto de crisis patrimonial del deudor que ameritó la declaración de su situación de concurso, subsiste la posibilidad que, dada la concurrencia de acreedores impagos y un patrimonio insuficiente para afrontar dichas deudas, la entidad liquidadora se encuentre en la necesidad de procurar la realización no solo de bienes libres de gravámenes, sino de bienes afectos con garantías a fin de pagar créditos correspondientes al primer y segundo orden de preferencia, dada la escasez de recursos que afrontaría para pagar la deuda concursal. Dicho de otro modo, existe una alta probabilidad que, para pagar a los acreedores laborales y alimentarios, ante la insuficiencia de ingresos -tales como flujos derivados de la realización de bienes libres de gravámenes-, la entidad liquidadora se vea en la necesidad de rematar o vender bienes que garantizan a los acreedores del tercer orden, anticipándose al momento en el cual debería realizar el bien, esto es, luego de haber pagado a los acreedores preferentes.
91. En ese sentido, el artículo 89.2 dispone que, en el caso descrito en el numeral precedente, los créditos perjudicados con la realización anticipada del bien que los garantiza mantendrán el tercer orden de preferencia, esto es, deberán ser pagados considerando el privilegio que ostentarían aun cuando el bien que los garantiza no haya sido realizado previamente; sin embargo, la forma como se pagarán los mismos será a prorrata.
92. Ahora bien, el análisis respecto a la aplicación del artículo 89.2 de la LGSC implica, necesariamente, profundizar de modo paralelo en el principio de proporcionalidad, el cual se encuentra íntimamente vinculado con el concepto de “comunidad de pérdidas”.

III.2.2. El principio de proporcionalidad en el sistema concursal

93. En un escenario común de cesación de pagos por parte de un deudor, los acreedores del mismo tienen el incentivo de perseguir su derecho de crédito a través de la iniciación de procesos judiciales o arbitrales a fin de que una autoridad jurisdiccional ordene, en definitiva, el cumplimiento de la obligación o disponga la ejecución del patrimonio del deudor a efectos de satisfacer el crédito impago.
94. El escenario en el cual los acreedores promueven acciones individuales de cobro conlleva a lo que la doctrina ha denominado “*canibalización*” del patrimonio en crisis⁴², situación en la que los acreedores pugnan por ejecutar primero los bienes del deudor y así cobrar primero su acreencia impaga. Ello debido a que, al encontrarnos ante un patrimonio escaso, quien ejecute primero el patrimonio del deudor tendrá mayores posibilidades de recuperación de su crédito en comparación con aquel que promueva su respectiva acción de cobro con posterioridad, por cuanto en este último caso existe una mayor posibilidad de que el patrimonio sea inexistente, ya que el mismo habría sido ejecutado por los acreedores que ejercitaron su acción de cobro primero.
95. En esa línea, se colige que la promoción de acciones individuales de cobro conllevaría a un escenario en el cual existiría una alta probabilidad de que el destino del deudor sea su liquidación y su salida del mercado, toda vez que su patrimonio, al encontrarse en crisis, resulta *per se* insuficiente para afrontar todas las acciones de cobro que se interpongan.
96. En el contexto expuesto, la doctrina ha identificado riesgos que, si bien no se encuentran vinculados directamente con la recuperación del crédito por parte de los acreedores impagos, están asociados con la tramitación paralela de acciones de cobro sobre un patrimonio en crisis⁴³, tales como el riesgo de quiebras en cadenas o la generación de mercados poco competitivos. En ese sentido, se sostiene que cuando el deudor ingresa a una situación de crisis patrimonial “*su salida del mercado puede afectar gravemente la situación económica de sus clientes y proveedores*” pues sus clientes podrían encontrarse en dificultades patrimoniales al no contar con uno de sus principales proveedores de insumos para el desarrollo de sus actividades; mientras que sus proveedores no solo afrontan la incobrabilidad de sus créditos sino que enfrentan el riesgo de perder a su principal cliente como consecuencia de su salida del mercado. Derivado de lo anterior, la doctrina advierte la posibilidad de que la salida del mercado de un deudor conlleve a una menor presión competitiva, generando mercados monopólicos u oligopólicos proclives a la configuración de abusos de posición de dominio, perjudicando con ello legítimas expectativas de los consumidores.
97. Conjuntamente con lo anterior, se ha resaltado la importancia de que se determine en qué condiciones el valor del patrimonio en crisis podría generar mayores rendimientos a fin de afrontar la situación de crisis patrimonial existente; ello debido a que la crisis patrimonial puede ser transitoria y, por tanto, la actividad empresarial del deudor puede ser viable, en cuyo caso los acreedores podrían ver recuperada su deuda con mayor seguridad si es que el deudor continúa sus actividades, en comparación con un escenario en el cual se optase por la liquidación.
98. Considerando las inconveniencias expuestas, como alternativa al escenario descrito, surge la posibilidad de que los acreedores afectados con la crisis patrimonial del deudor, en conjunto, promuevan el inicio de un procedimiento de “*ejecución colectiva*” a fin de procurar la recuperación de sus créditos de la manera más eficiente posible, sistema que consiste en que **sean los acreedores del deudor quienes decidan si resulta más eficiente que el deudor continúe con sus actividades empresariales o liquidar el patrimonio**. En efecto, según la doctrina, en un contexto de crisis patrimonial por parte del deudor “*la mera aplicación del sistema de las ejecuciones singulares y aisladas por sus acreedores conduciría al injusto resultado de que tan solo pudieran cobrar unos pocos, normalmente los más cercanos al deudor, o los primeros en ejecutar, volatilizándolo en su beneficio y en perjuicio de los restantes la garantía patrimonial del deudor, la cual, por el contrario, debe operar en favor de todos los acreedores*”⁴⁴.
99. De esta manera, el procedimiento concursal, en tanto régimen de ejecución colectiva, se fundamenta en: (i) mitigar la posibilidad de que los bienes del deudor puedan ser ejecutados aisladamente a favor de ciertos acreedores; (ii) la conveniencia de ejecutar en un solo procedimiento todas las acciones de cobro individuales contra el deudor en estado de crisis patrimonial; (iii) la necesidad de someter a publicidad la situación de crisis patrimonial del deudor; y, (iv) la inhabilitación del deudor para la realización de ciertos actos sobre su patrimonio⁴⁵.

⁴² EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal. Análisis económico del derecho*. Palestra Editores. Lima – Perú. Año 2002. P. 25.

⁴³ EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Op. Cit.* Pp. 27 y siguientes.

⁴⁴ BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*. Volumen II. Duodécima Edición. Tecnos. Madrid – España. Año 2005. P. 505

⁴⁵ BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Op. Cit.* P. 505 - 506

100. Pese a lo señalado, la ejecución colectiva del patrimonio de un deudor conlleva como principal problema la existencia de altos costos de transacción, consistentes en los costos de coordinación entre los acreedores impagos de un mismo deudor.
101. Al respecto, la teoría del “costo de transacción”, concepto acuñado por el profesor Ronald Coase, desarrolla que una transacción en el mercado conlleva a costos inherentes, paralelos, que deben ser asumidos forzosamente si se quiere llevar a cabo la transacción en cuestión, siendo tales costos, entre otros, el tiempo o información necesarios para llevar a cabo determinada transacción, los trámites derivados de la transacción, entre otros⁴⁶.
102. En esa línea, a diferencia de lo que sucede con la ejecución patrimonial promovida por un acreedor individual, la ejecución colectiva requiere reducir los costos de coordinación entre los acreedores impagos, a fin de generar las condiciones para que la recuperación de la deuda impaga sea asumida colectivamente. En tal sentido, el sistema de ejecución colectiva aspira a que los acreedores impagos y el deudor coincidan en un espacio que les permita deliberar y decidir sobre la forma más óptima de recuperar los créditos impagos, lo que supone reducir los costos de transacción derivados de reunir a los acreedores del deudor en un solo espacio, de centralizar la toma de decisiones, de proteger el patrimonio del deudor frente a ejecuciones individuales, de contar con la información relevante sobre el patrimonio del deudor, entre otros.
103. De esta manera, desde el punto de vista económico, se ha sostenido que “*el objetivo de un sistema concursal, en términos microeconómicos, es asegurar que los activos de los agentes económicos con problemas de insolvencia sean asignados a su mejor uso, en un ambiente de negociación con los acreedores, maximizando la probabilidad de recuperación de las obligaciones y minimizando los costos de transacción asociados a identificar y reunir a las partes, buscar información, así como negociar y cumplir los acuerdos*”⁴⁷.
104. Considerando lo expuesto, tal como ha sido señalado por esta Sala en reiterados pronunciamientos⁴⁸, el sistema concursal peruano busca facilitar a la totalidad de los acreedores del deudor concursado un escenario de negociación y toma de decisiones de naturaleza privada que permitan superar, a bajos costos de transacción y en beneficio de los acreedores, en cuanto principales afectados con la situación de concurso del deudor⁴⁹, las circunstancias actuales o inminentes de la cesación de pagos y/o insuficiencia patrimonial del deudor. Para tales efectos, los acreedores adoptan acuerdos destinados a maximizar el valor del patrimonio concursado para procurar la mayor recuperación posible de los créditos, siendo este el objetivo rector en base al cual se estructuran y desarrollan los esquemas procedimentales puestos a disposición de los agentes económicos involucrados en este tipo de crisis patrimonial⁵⁰.
105. Dicho esto, ha sido reconocido unánimemente por la doctrina que el sistema concursal descansa en tres (3) principios fundamentales, a saber: (i) Universalidad; (ii) Colectividad; y, (iii) Proporcionalidad.
106. La LGSC reconoce el principio de universalidad al señalar en el artículo IV de su Título Preliminar que los procedimientos concursales producen sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, con las excepciones establecidas expresamente por la ley⁵¹.
107. Al respecto, dicho principio consiste en que la totalidad del patrimonio presente y futuro de un deudor -salvo las excepciones previstas expresamente en la ley- forma parte de la masa que será realizada para pagar la deuda comprendida en el procedimiento concursal.
108. De esta manera, se ha sostenido que “*el efecto de la publicación de la declaración de la situación de concurso (...) afecta a todo el patrimonio (constituido por los elementos del activo y del pasivo) del deudor insolvente, comprendiendo en su lado activo, al conjunto de bienes y derechos (...). El concepto de universalidad debe referirse por un lado, a los bienes, como objeto del procedimiento concursal y, por otro, a los destinatarios de esta última. Los bienes abarcan todo el patrimonio presente y futuro del deudor común, es decir de los bienes existentes en el momento de la declaración de sometimiento a concurso y los que adquiera después, durante el procedimiento concursal; y bienes que hubieran sido distraídos por el deudor, los que podrán ser reintegrados a la masa común mediante acciones recuperatorias propias del procedimiento concursal*”⁵².
109. Por su parte, el artículo V del Título Preliminar de la LGSC reconoce el principio de colectividad al señalar que los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor, siendo que el interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor⁵³.
110. La doctrina ha establecido que el principio de colectividad puede analizarse desde dos (2) sub principios: (i) el sub principio de integración; y, (ii) el subprincipio de interés colectivo. Con relación al sub principio de integración, se sostiene que puede entenderse “*como la necesidad de que el procedimiento concursal involucra a todos*”

⁴⁶ Al respecto, ver GHERSI SILVA, Enrique. *Una introducción al Análisis Económico del Derecho*. En: Revista Advocatus N° 7. Universidad de Lima. Lima – Perú. Año 2002. P. 149; y, HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. *Seguridad Jurídica y Costos de Transacción: Algunas distorsiones en el Código Civil*. En: Revista Derecho & Sociedad N° 12. PUCP. Lima – Perú. Año 1997. P. 20.

⁴⁷ MENDIBURU, Carlos; IBERICO, Jorge; RUIZ, Manuel. *El sistema concursal como mecanismo microeconómico de solución de problemas de insolvencia*. En: Revista Moneda N° 186. Banco Central de Reserva del Perú. Lima – Perú. Año 2021. P. 48.

⁴⁸ Criterio desarrollado en las Resoluciones Nos. 0706-2021/SCO-INDECOPI del 5 de octubre de 2021 emitida en el trámite de la solicitud de reconocimiento de créditos presentada por Ministerio de Energía y Minas frente a Compañía Minera Quiruvilca S.A. en Liquidación y 0117-2022/SCO-INDECOPI del 22 de marzo de 2022 emitida en el trámite del procedimiento concursal ordinario de Sociedad Anónima de Negocios Muebles e Inmuebles S.A.C.

⁴⁹ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Título Preliminar. Artículo II.- Finalidad de los procedimientos concursales. Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.

⁵⁰ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Título Preliminar. Artículo I.- Objetivo de la Ley. El objetivo de la presente Ley es 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.

⁵¹ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Título Preliminar. Artículo IV.- Universalidad. Los procedimientos concursales producen sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, con las excepciones establecidas expresamente por la ley.

⁵² RAMOS PADILLA, César. *Derecho Concursal*. Legales Ediciones. Lima – Perú. Año 2017. P. 25-26.

⁵³ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Título Preliminar. Artículo V.- Colectividad. Los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor.

los acreedores del deudor sometido a concurso y ello en virtud a que -al menos en principio- el sometimiento del deudor al procedimiento afecta -o interesa- a todos ellos, por lo que se les reconoce el derecho a intervenir en el mismo (siendo que) la forma de procurar que la totalidad de acreedores del deudor sean incorporados al procedimiento concursal es empleando mecanismos idóneos de publicidad”; mientras que, con relación al sub principio de interés colectivo comprende “la búsqueda de la satisfacción del interés de todos” y “la priorización del interés de la colectividad sobre el interés de los acreedores individuales”⁵⁴.

111. Ahora bien, con relación al principio de proporcionalidad, el artículo VI del Título Preliminar de la LGSC dispone que los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes, salvo los órdenes de preferencia establecidos expresamente en la LGSC⁵⁵.
112. Dicho principio guarda relación con las ideas expuestas en los numerales precedentes referidas a la inconveniencia de promover ejecuciones individuales aisladas sobre el patrimonio del deudor y, como contraste de ello, las ventajas de que se promueva una ejecución colectiva sobre el patrimonio en crisis. En ese sentido, el principio de proporcionalidad parte de la idea de someter a la totalidad de acreedores a reglas comunes para la recuperación de sus créditos, así como de la reducción drástica de privilegios y preferencias en el concurso en favor de ciertos acreedores, debiéndose observar una regla de igualdad de trato. Así, *“el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas”*⁵⁶.
113. En efecto, la noción de un procedimiento colectivo de cobro, a diferencia del procedimiento de ejecución promovido singularmente, busca la satisfacción de todos los acreedores en igual proporción, lo cual presupone que, por regla general, todos los acreedores deben: (i) estar en la posibilidad de cobrar sus créditos en igualdad de condiciones respecto de los otros acreedores perjudicados de tal modo que se evite que ciertos acreedores cobren primero o en una cantidad distinta a los demás; y, (ii) soportar en común la situación de quebranto patrimonial del deudor, de modo tal que las circunstancias negativas que impacten en el patrimonio del deudor y ocasionen su pérdida de valor, deben ser asumidas e internalizadas por todos los acreedores, sin que ninguno de ellos quede exento de perjudicarse con dicha pérdida de valor.
114. En ese sentido, la doctrina sostiene que *“la naturaleza del procedimiento de ejecución concursal que se tramita en favor de la generalidad de los acreedores del deudor agrupados en una comunidad de intereses, y el hecho de que aquellos deben soportar por igual las pérdidas que la insolvencia de éste determina, explican los profundos efectos de la declaración judicial de concurso produce sobre los acreedores del concursado. En general, puede afirmarse que tales efectos vienen impuestos por el hecho de que el concurso es un procedimiento de ejecución colectiva que tiene a la satisfacción de todos los acreedores en igual medida, con todo el patrimonio del deudor. Estos efectos suelen afirmarse generados por la vigencia de la llamada par conditio creditorum, o principio de igualdad de trato de todos los acreedores”*⁵⁷.
115. La igualdad de tratamiento, o igualdad de trato, o prohibición de preferencias y privilegios respecto de los acreedores en el concurso puede ser abordada desde dos perspectivas: (i) desde la perspectiva constitucional del principio/derecho a la igualdad; y, (ii) desde el principio *“par conditio creditorum”*, antecedente directo del principio de proporcionalidad.
116. Al respecto, el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho fundamental a la igualdad ante la ley, siendo que nadie debe ser discriminado por motivo de cualquier índole.
117. Al respecto, el reconocimiento de la igualdad implica que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo el derecho a no ser tratado discriminatoriamente, siendo que el objeto de la igualdad es la equiparación de una situación jurídica. En esa línea, el derecho a la igualdad tendrá funcionalidad en la medida que el ordenamiento jurídico haya atribuido a alguna persona -natural o jurídica- un derecho, supuesto de hecho que habilita a dicha persona a exigir igualdad de tratamiento respecto de tal derecho⁵⁸.
118. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la igualdad es tanto un principio como un derecho. En esa línea *“en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele”*⁵⁹.
119. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha establecido expresamente que el derecho a la igualdad se encuentra vinculado con dos (2) categorías distintas, a saber, la diferenciación y discriminación, siendo que *“la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”*⁶⁰.
120. De lo expuesto, es posible colegir que el principio de igualdad constituye la base constitucional para el tratamiento de acreedores común de un deudor, siendo que -salvo consideraciones que obliguen a efectuar un trato diferenciado- se debe observar un tratamiento equitativo respecto de los mismos.
121. Tal regla no debiera ser distinta en el marco de un procedimiento concursal. En efecto, el principio de igualdad obliga a observar un tratamiento equitativo respecto de todos los acreedores de un deudor sometido a concurso, proscribiéndose la posibilidad de establecer tratos diferenciados entre los mismos, salvo causas objetivas o debidamente justificadas.

⁵⁴ ROBILLIARD D'ONOFRIO, Paolo. *Colectividad*. En: *Ley General del Sistema Concursal. Análisis Exegético*. Editorial Rodhas. Lima - Perú. Año 2011. P. 62 y siguientes.

⁵⁵ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Título Preliminar. Artículo VI.- Proporcionalidad. Los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes, salvo los órdenes de preferencia establecidos expresamente en la presente Ley.

⁵⁶ PRENDES CARRIL, Pedro; PONS ALBENTOSA, Leopoldo. *Prácticum concursal 2019*. Aranzadi. Navarra - España. Año 2018. P. 285.

⁵⁷ BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Op. Cit.* P. 532.

⁵⁸ BAÑO LEÓN, José María. *La igualdad como derecho público subjetivo*. En: *Revista de Administración Pública* N° 114. INAP. Madrid - España. 1987. P. 183.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 606-2004-AA del 28 de junio de 2004. Fundamento 9.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 48-2004 del 1 de abril de 2005. Fundamento 62.

122. Se suma a lo previo que el principio de proporcionalidad tiene su fuente en la máxima romana “*par conditio creditorum*”. Según dicho precepto, los acreedores de un deudor deben tener igualdad de trato, esto es, gozar de igualdad de condiciones frente al deudor en cuestión⁶¹.
123. En el derecho común, el principio “*par conditio creditorum*” adquiere funcionalidad únicamente en aquellos casos en los cuales concurre más de un acreedor frente a un deudor a exigir la satisfacción de su derecho de crédito. De esa manera, la simultaneidad en el cobro frente a un patrimonio delimitado -y, por tanto, insuficiente- es lo que exige un criterio de igualdad de tratamiento sobre todos aquellos acreedores que convergen frente a un deudor.
124. En el ámbito concursal, el principio “*par conditio creditorum*” se expresa también mediante el tratamiento común para todos los acreedores en la recuperación de sus créditos, pero, adicionalmente, se expresa mediante la distribución de las pérdidas del patrimonio concursado entre todos los acreedores. Si bien ambas situaciones son características del principio de proporcionalidad, esta última es lo que define al sistema concursal como tal, por cuanto resulta inherente a la existencia del procedimiento colectivo.
125. En efecto, la aplicación del principio “*par conditio creditorum*” en materia concursal implica que: (i) todos los acreedores se beneficien de igual forma con la realización del patrimonio sujeto a concurso, esto es, todos los acreedores deberían tener la misma expectativa respecto a las posibilidades de recuperación de sus créditos; y, (ii) todos soporten las pérdidas que se obtengan de la realización del patrimonio sujeto a concurso, pues únicamente podrán recuperar sus créditos hasta el valor de realización de dicha masa patrimonial.
126. Así, el principio “*par conditio creditorum*” sustituye al principio general civil “*prior in tempore potior in iure*”, esto es, primero en el tiempo, mejor en el derecho. Ello con la finalidad de distribuir el activo concursal equitativamente; de esta manera, en principio, “*la par conditio es incompatible con la preferencia temporal*”⁶².
127. De esta manera, considerando que un procedimiento concursal se justifica en una situación de insuficiencia patrimonial cualificada preexistente, la igualdad o “*par conditio creditorum*” en el concurso se traduce, principalmente, en que los acreedores compartan o soporten equitativamente las pérdidas que derivan de la insuficiencia patrimonial del deudor concursado, de modo que los superávits en el desarrollo del concurso beneficien a todos los acreedores y la pérdida de valor del patrimonio -cuya probabilidad de realización es alta considerando en contexto preexistente- también sea soportada por todos los acreedores.
128. La circunstancia en la cual los acreedores de un deudor sometido a concurso asumen e internalizan la pérdida del valor del patrimonio en crisis se conoce como principio de “*comunidad de pérdidas*”. En esa línea, la doctrina sostiene que, dado su carácter especial, propio del sistema concursal, el principio de proporcionalidad “*equivale al principio de igualdad que se le suele denominar con la expresión latina “par conditio creditorum”, toda vez que a los acreedores se les debe otorgar un trato igualitario en la distribución de las pérdidas del concurso*”⁶³.
129. El sistema concursal descansa, pues, sobre el principio de “*comunidad de pérdidas*”; dicho principio ha sido explicado acertadamente por la doctrina empleando la “*ley del dividendo*” según la cual “*si el patrimonio del deudor común es insuficiente para atender a todos los créditos, dicho patrimonio se divide entre los acreedores a prorrata o en proporción de todos los créditos, de suerte que el sacrificio de los acreedores sea para todos ellos proporcionalmente igual*”⁶⁴.
130. Ahora bien, pese a que la regla general en el trámite de un procedimiento concursal consiste en el trato igualitario a todos los acreedores de un deudor en función al principio de proporcionalidad, resulta preciso indicar que dicha regla no es absoluta, sino que admite excepciones, pues en circunstancias específicas un crédito puede recibir un tratamiento distinto y diferenciado respecto de los demás que conforman la masa concursal, tal como se ha evidenciado en el acápite precedente referido al sistema de garantías.
131. Es así que, en contraposición con el principio de proporcionalidad se encuentra la noción de privilegio, el cual consiste en el derecho de un acreedor a cobrar su crédito con cierta preferencia y diferenciación respecto de los demás acreedores -los cuales a su vez pueden encontrarse diferenciados respecto de otros- siendo ello un beneficio en comparación con la masa que espera el reparto equitativo de los activos de un deudor común⁶⁵.
132. En nuestro sistema concursal, los privilegios en el pago de los créditos -que, por tanto, constituyen excepciones al principio de proporcionalidad-, el marco de la disolución y liquidación, radican en: (i) los órdenes de preferencia para el pago de los créditos; y, (ii) el mecanismo de pago de créditos al interior de un orden de preferencia.

⁶¹ Siguiendo a un sector de la doctrina, los orígenes del principio “*par conditio creditorum*” se remontan a la época en la que: (i) como consecuencia del desarrollo de actividades empresariales en Roma tuvo que delimitarse la responsabilidad del *Pater Familias* por los negocios celebrados por sus dependientes; y, (ii) surgen los conceptos de “*vocatio in tributum*”, antecedente romano del procedimiento concursal ordinario, y “*ius deductionis*”, esto es, el privilegio de pago que el *Pater Familias* ejercía sobre su dependiente. En ese contexto, se identifica y divide el patrimonio de los dependientes respecto del patrimonio del *Pater Familias*, siendo una consecuencia lógica de ello que la insolvencia del patrimonio del dependiente del *Pater Familias* sea distinta de la insolvencia del patrimonio de este último y que, además, éste se constituya en acreedor de aquel. [SUAREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. *Concurso mercantil de acreedores: Vocatio in tributum. La “Acción tributaria” frente al dueño (empresario corrupto)*. En: Revista de Derecho de la Universidad del Norte N° 39. Barranquilla – Colombia. Año 2013. P. 173 y siguientes.]. En esa línea, la doctrina resalta que el *Pater Familias* se constituía en un acreedor más, toda vez que no ejercía su facultad de cobro frente a sus dependientes ostentando el privilegio derivado de su condición de superioridad reconocida por la legislación romana. Así, se ha sostenido que “*el principio según el cual todos los acreedores deben ser tratados en igualdad de condiciones (par conditio creditorum) parece adquirir en el mundo romano relevancia dogmática en el contexto de la vocatio in tributum. Los juristas, refiriéndose a los múltiples problemas relativos a esta, vuelven una y otra vez sobre este punto, poniendo de relieve que el dueño del esclavo (o el padre del hijo, según el caso puntual), participa como un acreedor más. (...) esta atención dispensada al igual tratamiento del dueño en relación con los demás acreedores (...) guarda una estrecha relación con la pérdida del privilegio del dueño, respecto del cobro de sus créditos contra el esclavo, dado el supuesto de su conocimiento de los negocios de este*. [LAZO GONZÁLEZ, Patricio. *El contexto dogmático de la Par Conditio Creditorum en el Derecho Romano*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte N° 2. Antofagasta – Chile. Año 2010. P. 93.]

⁶² JIMENEZ MAÑAS, Dionisio Bernardo. *Par Conditio Creditorum Vs. Privilegium*. Universidad Internacional de Andalucía. Sevilla – España. Año 2011. P. 15. Obtenido el 19 de diciembre de 2022 de https://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1854/0330_Jimenez.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁶³ AROSEMENA HAGUE, Gerardo. *Proporcionalidad*. En: *Ley General del Sistema Concursal. Análisis Exegético*. Rodhas. Lima – Perú. Año 2011. P. 70.

⁶⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. *Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores*. En: *Reforma de derecho de quiebra. Jornada sobre la reforma de Derecho Concursal Español*. Civitas. Madrid – España. Año 1982. P. 294.

⁶⁵ SANTIN LOPEZ-TORRES, Rafael. *La subordinación voluntaria de créditos en el Derecho Peruano*. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Año 2018. Lima – Perú. P. 12. Obtenido el 19 de diciembre de 2022 de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3831/DER-L_024.pdf?sequence=1&isAllowed=y

133. Con relación a los órdenes de preferencia, la doctrina señala que la determinación del pasivo sometido a concurso implica dos (2) operaciones: (i) el reconocimiento de créditos; y, (ii) la graduación de créditos. El reconocimiento implica un contraste entre el derecho de crédito invocado por el solicitante y los documentos que sustentarían dicho derecho; mientras que la graduación *“es una operación que viene impuesta por el hecho que, aunque el concurso se rige básicamente por el principio de par conditio, esto es, por la idea motriz de que todos los acreedores son de igual condición frente al patrimonio del deudor común, algunos créditos, por razones de política económica o de política social, es justo que sean antepuestos a los demás”*⁶⁶.
134. En efecto, por diversas consideraciones de índole política, económica o social, el legislador ha estimado otorgar a ciertos acreedores un derecho preferente de cobro respecto de los demás participantes en el concurso mediante el establecimiento de un orden de preferencia o prelación de pago, produciéndose con ello una ruptura del principio de proporcionalidad a fin de tratar privilegiadamente determinados créditos según las consideraciones que el legislador haya estimado.
135. Lo expuesto ya ha sido recogido por la Sala en anterior pronunciamiento⁶⁷, al señalar que el carácter privilegiado de un crédito consiste en una ruptura o una excepción del principio general de igualdad de trato de los acreedores que se produce cuando la ley concede a un acreedor la facultad de cobrar, con preferencia sobre los demás, el producto obtenido con la realización de los bienes del deudor.
136. El sistema concursal peruano recoge la lectura señalada precedentemente para los procesos de disolución y liquidación. Al respecto, el artículo 41 de la LGSC⁶⁸ establece que las resoluciones de reconocimiento de créditos deben contener, entre otros extremos, el orden de preferencia que le corresponde a los créditos reconocidos, el cual le concede al acreedor la facultad de cobrar sus créditos con preferencia respecto a los créditos de los demás acreedores reconocidos en órdenes de preferencia posteriores al suyo, en aquellos casos en los que el deudor concursado se encuentre sometido a proceso de liquidación, así como en el supuesto excepcional de la distribución de los recursos obtenidos por la venta de activos fijos prescindibles de deudores sometidos a reestructuración patrimonial.
137. Conforme a lo señalado por la Sala en anteriores pronunciamientos⁶⁹, y en línea con lo señalado en los numerales precedentes, el orden de preferencia previsto en el artículo 42.1 de la LGSC constituye una excepción al principio de proporcionalidad que rige los procedimientos concursales, en virtud del cual se privilegia el pago de ciertos créditos por consideraciones que involucran el interés público en desmedro del trato igualitario que, en principio, debe existir entre los acreedores que intervienen en el concurso del deudor.
138. El artículo 42 de la LGSC contiene todos aquellos supuestos en los cuales el acreedor concursal podrá cobrar preferentemente sus créditos en el procedimiento de disolución y liquidación, estableciendo un orden de prelación que implica que aquellos acreedores con créditos reconocidos en el primer orden de preferencia cobrarán prioritariamente a los de segundo orden y estos, a su vez, prioritariamente a los de tercer orden y así sucesivamente. En ese sentido, se reconocen los siguientes órdenes de prelación:
- (i) **Primer orden de preferencia:** 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; deuda exigible al Seguro Social de Salud que se encuentra en ejecución coactiva respecto de las cuales se haya ordenado medidas cautelares; así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse;
 - (ii) **Segundo orden de preferencia:** Los créditos alimentarios;
 - (iii) **Tercer orden de preferencia:** Los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32, tal como se indicó en el numeral 85 de la presente resolución;
 - (iv) **Cuarto orden de preferencia:** Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud - ESSALUD que no se encuentren contemplados en el primer orden de preferencia; sean tributos, multas intereses, moras, costas y recargos; y,
 - (v) **Quinto orden de preferencia:** Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del artículo 48.3 de la LGSC, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos.
139. Como puede advertirse, en el marco de un procedimiento concursal en el cual la junta de acreedores acordó como destino del deudor la disolución y liquidación, la regla general sería que todos los créditos comprendidos en el concurso deban cobrar al mismo tiempo, esto es, un equivalente a que todos deban ser considerados en el quinto orden de preferencia, en atención al principio de proporcionalidad. Sin embargo, por mandato expreso de la LGSC, se encuentran exceptuados de dicha regla general los créditos que se encuentran comprendidos desde el primer orden hasta el cuarto orden, siendo que sobre los mismos recae un tratamiento diferenciado, esto es, un privilegio, en comparación con los créditos del quinto orden. Ello se debe estrictamente a la decisión del legislador concursal de extraer del tratamiento igualitario a los créditos de origen laboral, alimentario, a aquellos que se encuentren garantizados y a los de origen tributario, en ese orden.

⁶⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.* Pp. 293-294.

⁶⁷ Criterio desarrollado en la Resolución N° 0687-2014/SCO-INDECOPI del 23 de octubre de 2014, emitida en el trámite de la solicitud de reconocimiento de créditos presentada por el señor Jaime Esparza de Pomar frente a Compañía Embotelladora del Pacífico S.A. en Liquidación.

⁶⁸ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 41.- Contenido de las resoluciones de reconocimiento de créditos. Las resoluciones de reconocimiento de créditos emitidas por la Secretaría Técnica y la Comisión deberán contener:

- a) La identificación del acreedor y del deudor;
- b) El monto de los créditos por concepto de capital, intereses y gastos;
- c) El orden de preferencia de los créditos; y
- d) La existencia o inexistencia de vinculación entre acreedor y deudor, conforme a los criterios establecidos en el Artículo 12.

⁶⁹ En las Resoluciones Nos. 0426-2020/SCO-INDECOPI del 8 de octubre de 2020 emitida en el trámite de la solicitud de reconocimiento de créditos presentada por Atlas Copco Perú S.A.C. frente a Compañía Minera Quiruvilca S.A. en Liquidación y 0442-2021/SCO-INDECOPI del 15 de julio de 2021 emitida en el trámite de la solicitud de reconocimiento de créditos presentada por Superintendencia del Mercado de Valores frente a GPI Asociados S.A.C. en Liquidación.

140. Otra circunstancia que implica la ruptura del principio de proporcionalidad en el marco de una disolución y liquidación viene dada por las excepciones a la forma de pago de los créditos, esto es, excepciones al pago a prorrata que constituye la regla para el pago dentro de un mismo orden de relación.
141. Al respecto, el pago a prorrata implica el derecho de cobro de cada acreedor según la distribución proporcional al porcentaje que representan el universo de los créditos dentro del total de deudas de un orden de preferencia. De esta manera, el mecanismo ordinario de pago a ser efectuado por una entidad liquidadora consiste en identificar el cien por ciento (100%) de los créditos correspondientes a un orden de preferencia y, seguidamente, identificar qué porcentaje representa cada uno de los créditos comprendidos en dicho orden, a efectos de que el pago que efectúe la entidad liquidadora sea distribuido proporcionalmente según el porcentaje correspondiente a cada uno de los acreedores.
142. En esa línea, de la lectura conjunta de los artículos 88 y 89 de la LGSC, se verifica que, con excepción de los créditos correspondientes al tercer orden, la regla general para el pago de los créditos en un procedimiento de disolución y liquidación es la prorrata, por cuanto es el mecanismo de pago para los créditos del primer, segundo, cuarto y quinto orden de preferencia.
143. Por tanto, considerando los fundamentos expuestos, cabe resaltar que el orden preferente de pago instituido por la LGSC, así como el mecanismo de pago distinto a la prorrata, son excepcionales y deben entenderse, necesariamente, de esa forma, toda vez que constituyen privilegios otorgados a un determinado grupo de acreedores con el objeto de favorecer el ejercicio de su derecho de cobro respecto del resto de acreedores. Por tanto, salvo que ostenten un privilegio legal de cobro, no debe perderse de vista que la regla general es que el pago de los créditos dentro de los procedimientos concursales se efectúe con arreglo al principio de proporcionalidad, esto es, observando igualdad de trato y comunidad de pérdidas entre los acreedores concursales, de modo que estos se sujeten al pago de sus créditos de acuerdo con el porcentaje que estos representen en la masa concursal⁷⁰.
144. Por tal motivo, los supuestos de hecho previstos en el artículo 42 de la LGSC, así como la posibilidad de que dentro de un orden de preferencia la entidad liquidadora pague bajo un mecanismo distinto a la prorrata deben ser interpretados en forma restrictiva, de modo que la afectación que dichos privilegios suponen para la colectividad de acreedores intervinientes en el procedimiento concursal únicamente se restrinja a los supuestos expresamente previstos en la LGSC.
145. Dicho esto, corresponde, ahora, determinar los alcances del artículo 89.2 de la LGSC, referido al supuesto en el cual la entidad liquidadora procede a efectuar los pagos a prorrata de los créditos que se encuentran en el tercer orden de preferencia debido a que los bienes que garantizan dichos créditos fueron realizados para el pago de órdenes de preferencia anteriores, esto es, primer y segundo orden.

III.2.3. Alcances del artículo 89.2 de la LGSC

146. Como se indicó en el acápite precedente, el artículo 89 de la LGSC dispone que, los créditos que se encuentran garantizados con hipotecas, warrants, garantías mobiliarias, entre otros, se pagan con el producto de la realización de dichos bienes. Ello implica que, contrariamente a la regla de la prorrata, los acreedores garantizados gozan de un tratamiento diferenciado consistente en que: (i) sus créditos van a ser cancelados anticipadamente en comparación con los acreedores del cuarto y quinto orden; y, (ii) el pago de su crédito debe efectuarse exclusivamente con el ingreso obtenido por la venta del bien sobre el cual se constituyó una garantía, o, dicho de otro modo, el producto de la realización del bien debe ser destinado íntegra y exclusivamente para pagar el crédito por el cual se constituyó la garantía.
147. Lo expuesto guarda relación con la finalidad del sistema de garantías desarrollada en el acápite precedente y corresponde analizar las excepciones al principio de proporcionalidad. De esta manera, se verifica que los acreedores garantizados gozan de un privilegio reconocido por la LGSC por cuanto cobrarán anticipadamente al común de acreedores del cuarto y quinto orden y, además, no se les aplicará la "ley del dividendo", sino que tendrán derecho a que se les pague íntegramente con el producto de la realización del bien sobre el cual se constituyó la garantía a su favor, hasta donde alcance el valor del bien.
148. Sin embargo, el artículo 89.2 de la LGSC establece que cuando los bienes que garantizan créditos de tercer orden hayan sido realizados para cancelar los créditos de órdenes de preferencia anteriores, aquellos créditos se pagan al interior del indicado orden de preferencia a prorrata, considerando el rango de las garantías originalmente constituidas.
149. La determinación sobre a quiénes alcanza la prorrata en el supuesto señalado en el numeral precedente implica ponderar e interpretar conjuntamente el principio de proporcionalidad -especialmente, la comunidad de pérdidas- con los fundamentos que inspiran el sistema de garantías, los cuales son recogidos, como se indicó, por el sistema concursal.
150. Bajo una interpretación literal del artículo 89.2 de la LGSC, podría alegarse que en aquellos casos en los cuales el bien que respalda el derecho de crédito de un acreedor garantizado ha sido realizado para pagar órdenes de preferencia anteriores, corresponde que **todos** los créditos que forman parte del tercer orden de preferencia sean pagados a prorrata.
151. Sin embargo, dicha lectura, en opinión de este Colegiado, no explica de qué manera un acreedor garantizado cuyo bien no ha sido realizado -y cuyo producto de realización será destinado a pagarle- puede tener derecho a beneficiarse con el pago a prorrata que se efectúe como consecuencia de la venta de los bienes que garantizan el derecho de otro acreedor.
152. En efecto, no es correcta la interpretación relativa a que la afectación a un solo acreedor garantizado habilita a que todos los acreedores del tercer orden de preferencia -quienes no han sufrido ninguna pérdida como consecuencia del pago a acreedores de órdenes preferentes- entren a una prorrata a fin de favorecerse con el flujo producto de la realización de un bien afecto a una garantía constituida a favor de otro acreedor. Una interpretación en ese sentido desconocería totalmente los fundamentos del sistema de garantías, especialmente aquellos referidos a que: i) la garantía resulta de aplicación especial respecto del derecho de crédito que, en

⁷⁰ Criterio desarrollado en la Resolución N° 0687-2014/SCO-INDECOPI del 23 de octubre de 2014, emitida en el trámite de la solicitud de reconocimiento de créditos presentada por el señor Jaime Esparza de Pomar frente a Compañía Embotelladora del Pacífico S.A. en Liquidación.

- particular, respalda; ii) confiere a su titular un tratamiento preferente en comparación con otros acreedores del deudor que no cuentan con garantías constituidas, pudiendo excluir a estos últimos del producto de la realización del bien sobre el cual recae la garantía.
153. Asimismo, cabe precisar que el artículo 89.3 de la LGSC dispone que cuando todos los bienes que garantizan créditos de tercer orden hayan sido realizados para cancelar los de órdenes de preferencia anteriores, aquellos créditos se pagan al interior del indicado orden de preferencia a prorrata, considerando el rango de las garantías originalmente constituidas.
154. En esa línea, de una lectura conjunta de los artículos 89.2 y 89.3 de la LGSC, se advierte que la prorrata que abarca a todos los acreedores en el tercer orden de preferencia únicamente tendría lugar cuando la totalidad de los bienes que garantizan los créditos correspondientes a dicho orden de preferencia hayan sido realizados para pagar al primer y segundo orden de prelación, lo cual resulta coherente con los fundamentos del sistema de garantías, toda vez que en el supuesto señalado, al no existir bienes garantizados por realizar no habría sustento para establecer algún trato diferenciado respecto del mecanismo de pago.
155. Ahora bien, este Colegiado considera que una lectura correcta del artículo 89.2 de la LGSC implica considerar que la prorrata a que hace referencia dicha norma únicamente debe involucrar a aquel acreedor que se ha visto perjudicado con la realización del bien que garantiza su derecho de crédito para pagar órdenes de preferencia anteriores.
156. La lectura señalada deriva de una interpretación conjunta de los fundamentos del sistema de garantías y el principio de comunidad de pérdidas aplicable en cualquier procedimiento concursal, por cuanto tal lectura: (i) respeta el carácter especial de la garantía real, esto es, que el derecho real de garantía se constituye respecto de un bien en específico y plenamente identificado; (ii) confirma que la realización del bien que respalda al acreedor garantizado debe beneficiar principalmente a este último, reivindicando de este modo la finalidad tuitiva del derecho de crédito; y, (iii) impone al acreedor garantizado el principio de comunidad de pérdidas, por cuanto verá parcialmente afectado su derecho de cobro en el tercer orden de preferencia para equilibrar el perjuicio causado al acreedor cuyo bien fue realizado para pagar órdenes preferentes, siendo que en caso exista un remanente pendiente de pago que no fue cubierto con el bien realizado, el acreedor garantizado deberá cobrar dicho remanente en el quinto orden, por mandato del quinto párrafo del artículo 42.1 de la LGSC.
157. De esta manera, lo que corresponde es que cuando la entidad liquidadora pague créditos del tercer orden, debe considerar para el pago no solo a aquel acreedor cuyo crédito se encuentra garantizado con el bien realizado, sino también a aquel acreedor perjudicado con la realización de su bien en garantía para pagar órdenes de prelación anteriores. Es así que solo en tales casos, los pagos se efectuarán a prorrata, pero considerando únicamente al acreedor perjudicado y no a la totalidad de acreedores del tercer orden.
158. Ahora bien, la lectura propuesta por este Colegiado conlleva a ciertas implicancias en el trámite del pago del tercer, cuarto y quinto orden de preferencia, las cuales se encuentran referidas al pago de los créditos de acreedores garantizados cuando en el trámite del concurso la entidad liquidadora perciba ingresos que no se encuentren directamente destinados a pagar créditos garantizados, tales como ingresos percibidos por cuentas por cobrar vinculadas con la realización de bienes libres, entre otros.
159. Al respecto, los ingresos que puede obtener una entidad liquidadora como consecuencia de la realización del patrimonio concursado pueden derivar de la realización de los bienes garantizados, así como de otro tipo de fuentes tales como cuentas por cobrar y la realización de bienes no afectos a ningún tipo de garantía. Asimismo, existe una alta probabilidad de que luego de pagar la totalidad de los créditos de un acreedor garantizado, subsista un remanente del producto de realización del bien, con lo cual la entidad liquidadora tendría un ingreso adicional que no podría ser imputado a pagar créditos en el tercer orden de preferencia toda vez que, como se indicó, dicho orden contiene créditos que ya se encuentran garantizados por otros bienes pendientes de realización.
160. De lo expuesto, se colige que mientras la entidad liquidadora pague créditos del tercer orden puede percibir ingresos que no se encuentran orientados a pagar los créditos que se encuentran garantizados con un derecho real de garantía o que derivan de fuente distinta a la realización de algún bien sobre el cual recae una garantía, en cuyo caso, a efectos de no paralizar el trámite del concurso, corresponde determinar cómo debe proceder la entidad liquidadora respecto de tales flujos.
161. Tal como se ha indicado en el presente pronunciamiento, la regla general en la tramitación de un procedimiento concursal es la aplicación del principio de proporcionalidad y comunidad de pérdidas, de lo cual se colige que los órdenes de preferencia, en cuanto excepciones al principio de proporcionalidad, deben ser interpretados de manera restrictiva. De esta manera, únicamente son susceptibles de ser pagados con anticipación -esto es, fuera del quinto orden de preferencia- aquellos bienes que garantizan créditos y que efectivamente se hayan realizado, siendo que mientras dicha realización no se produzca, el acreedor comercial garantizado debe ser considerado en el quinto orden de preferencia.
162. Asimismo, una vez considerados en el quinto orden y la entidad liquidadora inicie el pago de créditos en dicho orden de preferencia sin que se haya realizado el bien que garantiza a un acreedor comercial del tercer orden, este último debe ser considerado para efectos del pago observando el mecanismo que prevé la LGSC para los acreedores del quinto orden de preferencia, esto es, el pago a prorrata. Es así que el acreedor con créditos de origen comercial y garantizados cuyo bien en garantía no ha sido realizado aún, debe ser considerado en el quinto orden de preferencia y, en consecuencia, debe ser considerado en la prorrata de dicho orden de prelación para el pago de las acreencias reconocidas por la autoridad concursal.
163. Dicho esto, cabe precisar que si bien el artículo 88.4 de la LGSC⁷¹ establece que los créditos correspondientes al quinto orden de preferencia se pagan a prorrata entre todos los créditos reconocidos por la autoridad concursal en

⁷¹ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 88.- Pago de créditos por el liquidador.

(...)

88.4 Los créditos correspondientes al segundo, cuarto y quinto orden, se pagan al interior de cada orden de preferencia a prorrata entre todos los créditos reconocidos del respectivo orden. Deberá entenderse por prorrata la distribución proporcional al porcentaje que representan los créditos dentro del total de deudas de un orden de preferencia.

(...)

dicho orden, una lectura conjunta de dicha disposición con el carácter excepcional de los órdenes de preferencia y con el principio de proporcionalidad implica considerar que el privilegio de pago en el tercer orden de prelación se encuentra sujeto a la realización del bien que garantiza un derecho de crédito, razón por la cual mientras dicho bien no se realice, el acreedor garantizado debe concurrir con el resto de acreedores no garantizados a fin de beneficiarse, como cualquier otro acreedor quirografario, del mecanismo del pago a prorrata y, por tanto, con el mecanismo concursal para el recupero de sus créditos.

- 164. En esa línea, resulta lógico sostener que el acreedor garantizado en mención se habrá beneficiado con el pago parcial de sus créditos como consecuencia de haber participado en la prorrata en el quinto orden mientras que el bien que garantiza su acreencia no haya sido realizado aún; razón por la cual una vez que la entidad liquidadora logre realizar el bien que garantiza su crédito y destine dicho producto al pago de sus acreencias, previamente procederá a descontar del crédito reconocido aquel importe percibido hasta la fecha en la prorrata del quinto orden, quedando un saldo resultante pendiente de pago respecto del cual se debe aplicar el monto de la realización del bien en garantía.
- 165. La lectura indicada también es susceptible de ser aplicada para aquellos casos en los cuales la entidad liquidadora percibe ingresos de bienes libres o, en general, flujos que no se encuentran afectos a ninguna garantía y, por tanto, deberían ser destinados al pago de acreedores del cuarto y quinto orden de preferencia. Por tanto, resulta razonable que el acreedor cuyo bien en garantía aún no ha sido realizado, forme parte de la prorrata de dichos órdenes de prelación según el monto de crédito reconocido por la autoridad concursal y, posteriormente, cuando el bien que garantiza su derecho de crédito sea realizado, se proceda a descontar el importe adelantado en el quinto orden de prelación y se pague el saldo pendiente con el producto de la realización del bien.
- 166. Lo señalado en el acápite precedente puede graficarse con el siguiente ejemplo:

- (i) en un primer escenario en el cual la entidad liquidadora ha pagado a los acreedores del primer y segundo orden de preferencia, si dichos pagos han sido efectuados con la totalidad de la realización de bienes afectados con garantía que respaldan créditos en el tercer orden de preferencia, corresponde que la totalidad de las acreencias reconocidas por la autoridad concursal en el tercer orden de preferencia sean pagadas a prorrata, en aplicación del artículo 89.3 de la LGSC; por tanto, la autoridad concursal procederá a pagar a prorrata a los acreedores A, B, C y D con el flujo de ingresos que obtenga en el trámite del concurso, con preferencia a los créditos de cuarto y quinto orden, tal como se verifica en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 1



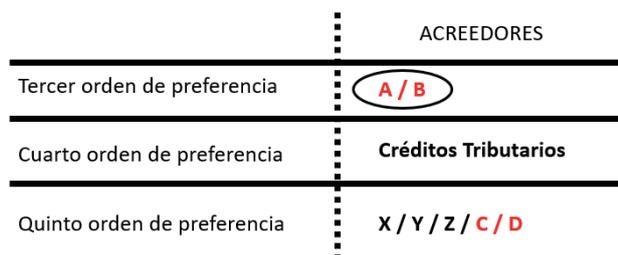
- (ii) en un segundo escenario en el cual los créditos de primer y segundo orden fueron pagados sin la necesidad de realizar los bienes que garantizan créditos correspondientes al tercer orden y, por tanto, estos últimos se encuentran pendientes de realización, corresponde que en atención al principio de proporcionalidad y comunidad de pérdidas, mientras el bien que respalda su crédito no sea realizado, los acreedores con créditos reconocidos en el tercer orden de preferencia deben ser considerados en el quinto orden de preferencia y, en consecuencia, deben concurrir en la prorrata de dicho orden de prelación conjuntamente con los acreedores quirografarios, tal como se verifica a continuación:

Gráfico N° 2



- (iii) un tercer escenario puede configurarse cuando los créditos de primer y segundo orden fueron pagados con la realización de ciertos bienes -no todos- que garantizan créditos que corresponden al tercer orden de preferencia, será de aplicación el artículo 89.2 de la LGSC. En el ejemplo propuesto, si el acreedor B resultase afectado con la realización del bien que garantiza su crédito para el pago de órdenes de preferencia anteriores y el bien que garantiza el crédito del acreedor A es realizado, entonces cuando la entidad liquidadora pague a este último corresponderá que efectúe una prorrata con dicho flujo que involucre únicamente al acreedor B por ser el directamente afectado con la realización de un bien para pagar órdenes de prelación anteriores; mientras que los acreedores C y D no tienen derecho a verse beneficiados con la prorrata aplicable al pago a favor del acreedor A, sino que seguirán siendo considerados en el pago a prorrata del quinto orden de preferencia mientras sus bienes en garantía no sean realizados, tal como se verifica a continuación:

Gráfico N° 3



167. En esa línea, como consecuencia de la interpretación establecida por el Colegiado en el presente pronunciamiento: (i) cuando se configure el supuesto previsto en el artículo 89.3 de la LGSC⁷², -esto es, que todos los acreedores del tercer orden hayan sido perjudicados con la realización de todos los bienes en garantía para el pago de órdenes anteriores-, la entidad liquidadora deberá efectuar el pago a prorrata de todos los créditos correspondientes a los acreedores garantizados con anterioridad al pago de créditos del cuarto y quinto orden de preferencia; y, (ii) cuando obtenga el ingreso derivado de la realización de bienes garantizados, la entidad liquidadora deberá pagar con dicho ingreso al acreedor beneficiado con dicha garantía y, en caso de existir un acreedor garantizado perjudicado con la realización de su bien para el pago de órdenes de preferencia anteriores, deberá considerarse como beneficiario del pago únicamente a este último conjuntamente con aquel, bajo el mecanismo de pago a prorrata.

III.3 Acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa

168. En la resolución recurrida, la Comisión declaró de oficio la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa, por contravenir los artículos 42.1 y 89.2 de la LGSC, concordados con el artículo 118.2 de la LGSC.

169. De la revisión de la Adenda del Contrato de Compraventa⁷³, se advierte que en la cláusula cuarta las partes acordaron el precio de venta final de los bienes objeto de dicho contrato, tal como se detalla a continuación:

- (i) Inmueble San Vicente III: US\$ 2 300 000,00;
- (ii) la Concesión Poroma Perú US\$ 500 000,00; y,
- (iii) las Maquinarias: US\$ 3 700 000,00.

170. Asimismo, en la cláusula quinta de la Adenda del Contrato de Compraventa las partes acordaron que el saldo del precio de venta de los bienes ascendía a US\$ 4 793 806,02, el cual debía ser pagado con una cuota inicial ascendente a US\$ 750 000,00 y cuarenta y seis (46) cuotas mensuales por el importe ascendente a US\$ 102 313,80 cada una, que debía ser cancelada el último día hábil de cada mes empezando desde el mes de mayo de 2019, tal como se detalla a continuación:

“(…) CLÁUSULA QUINTA: DEL SALDO DEL PRECIO DE VENTA Y LA FORMA DE PAGO

5.1 **LA VENDEDORA Y LA COMPRADORA** acuerdan que, a la fecha, el saldo del precio de venta de los Bienes asciende a la suma de US\$ 4 793,806.02 (Cuatro millones setecientos noventa y tres mil ochocientos seis y 02/100 Dólares de los Estados Unidos de América) incluido el respectivo IGV, a los que se aplicará una tasa de interés de 8,27% anual, según se pactó en la Cláusula Cuarta del Contrato de Compraventa.

5.2 El referido saldo del precio de venta será pagado a **LA VENDEDORA** de la siguiente manera:

- a) Una Cuota Inicial de US\$ 750,000.00 (Setecientos cincuenta mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), que será pagada por **LA COMPRADORA** mediante la entrega a **LA VENDEDORA** de un cheque de gerencia no negociable girado a nombre de ésta, el cual será dejado en custodia notarial hasta que se configure la condición suspensiva establecida en la Cláusula Séptima del presente documento, luego de lo cual deberá ser entregado a **LA VENDEDORA** de ser el caso.
- b) Cuarenta y seis (46) cuotas mensuales por el importe de US\$ 102.313.80 (Ciento dos mil trescientos trece y 80/100 Dólares de los Estados Unidos de América) cada una. Dichas cuotas deberán ser pagadas el último día hábil de cada mes, empezando desde el mes de mayo de 2019, mediante la entrega de un cheque no negociable girado a nombre de **LA VENDEDORA**. Para tales efectos, **LA COMPRADORA** emitirá cuarenta y seis (46) cheques post fechados, cada uno por el importe de US\$ 102,313.80 (Ciento dos mil trescientos trece y 80/100 Dólares de los Estados Unidos de América), los cuales serán dejados en custodia notarial hasta que se configure la condición suspensiva establecida en la Cláusula Séptima del presente documento, luego de lo cual deberán ser entregados a **LA VENDEDORA** de ser el caso. (…)

171. De la misma forma, en la cláusula sexta de la Adenda del Contrato de Compraventa se estableció la forma de imputación del saldo del precio de venta de los bienes considerando que: (i) en primer lugar, los pagos realizados serán imputados a pagar a prorrata el precio de venta del Inmueble San Vicente III y la Concesión Poroma Perú;

⁷² LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 88.- Pago de créditos por el liquidador.

(…)

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

⁷³ La Adenda del Contrato de Compraventa fue suscrito por Poroma, representada por Estratega Consultores, en su calidad de vendedora, y la señora Aybar, en su calidad de compradora, con la intervención de la sociedad conyugal conformada por el señor Justino Federico Aybar Molina y la señora Karin Josiane Carpio Cerpa, Banco GNB, Minex, Minería Corporativa S.A.C., Icasur y Kobrefam Perú S.A.C.

(ii) en segundo lugar, los pagos realizados serán imputados al pago del precio de venta de las Maquinarias; y, (iii) en tercer lugar, los pagos realizados serán imputados a prorrata al precio de venta de todos los bienes hasta su total cancelación, tal como se detalla a continuación:

“(…) CLÁUSULA SEXTA: DE LA IMPUTACIÓN DEL PAGO DEL SALDO DE PRECIO DE VENTA.

6.1 Considerando que, en el Contrato de Compraventa no se estableció la forma cómo se deben de imputar los pagos que realice LA COMPRADORA a la cancelación del precio de venta los Bienes, por medio de la presente cláusula, LA VENDEDORA y LA COMPRADORA acuerdan la siguiente forma de imputación del saldo del precio de venta de los Bienes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley No. 27809, Ley General del Sistema Concursal:

- i. En primer lugar, los pagos realizados serán imputados a pagar a prorrata el precio de venta de los Bienes garantizados, esto es, LA CONCESIÓN POROMA y EL INMUEBLE, hasta la cancelación del importe de US\$ 490,087.50 (Cuatrocientos noventa mil ochenta y siete y 50/100 Dólares de los Estados Unidos de América) del total del precio de venta de LA CONCESIÓN POROMA y la suma de US\$ 2'254,402,48 (Dos millones doscientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos dos y 48/100 Dólares de los Estados Unidos de América) del total del precio de venta de EL inmueble.
- ii. En segundo lugar, los pagos realizados serán imputados al pago del precio de venta de LAS MAQUINARIAS hasta el importe de US\$ 3'650,000.00 (Tres millones cincuenta mil [sic] y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) del total del precio de venta de LAS MAQUINARIAS.
- iii. En tercer lugar, los pagos realizados serán imputados al pago a prorrata del saldo del precio de venta de todos los Bienes hasta su cancelación total. (…)”

172. De igual manera, en la cláusula octava de la Adenda del Contrato de Compraventa se señalaron las cargas y gravámenes que recaen sobre el Inmueble San Vicente III y la Concesión Poroma Perú, tal como se detalla a continuación:

“CLÁUSULA OCTAVA: DE LAS CARGAS Y GRAVÁMENES QUE RECAEN SOBRE LOS BIENES

8.1 Sobre los Bienes recaen las siguientes cargas y gravámenes:

BIEN	CARGA / GRAVAMEN
Inmueble Rústico denominado SAN VICENTE III, inscrito en la Partida No. 11016539 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral No. IX-Sede Ica	Hipoteca a favor del HSBC Bank Perú S.A. hasta por el monto de US\$ 1'787,483.18 (Asiento D00007)
	Hipoteca a favor de Minería y Exportaciones S.A.C. y Minería Corporativa S.A.C. hasta por el monto de US\$ 500,000.00 (Asiento D00008)
	Medida cautelar de anotación de demanda del procedimiento de ejecución de Garantías en los seguidos por Banco GNB Perú (Asiento D00010)
CONCESIÓN POROMA, inscrita en la Partida No. 12717347 del Libro de Derechos Mineros, Inscripción de Propiedad Inmueble de la Zona Registral No. IX-Sede Lima	Hipoteca a favor de Minería y Exportaciones S.A.C. y Minería Corporativa S.A.C. hasta por el monto de US\$ 200,000.00

173. Dicho esto, se advierte que la Adenda consideró la compraventa de tres (3) bienes, de los cuales dos (2), a saber, el Inmueble San Vicente y la Concesión Poroma Perú, se encontraban afectos a garantías constituidas a favor de Banco GNB y Minex, respectivamente.

174. Ahora bien, Estratega Consultores señaló en su recurso de apelación que en diciembre de 2018 presentó ante la Junta de Acreedores un informe de liquidación que contiene los criterios que utilizaría la entidad liquidadora para distribuir el haber concursal de Poroma obtenido de la compraventa materia de análisis, siendo que respecto de los créditos de tercer orden se consideró que los mismos no tienen un efectivo derecho de cobro en dicho orden de prelación mientras la garantía que los respalda no sea realizada, tal como se verifica a continuación⁷⁴:

“c) Créditos de Tercer Orden

Al respecto, el artículo 42.1 de la LGSC señala que tendrán el tercer orden en el pago de los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación del inicio del concurso.

La norma dispone que, para efectos de su reconocimiento, dichas garantías o gravámenes deben ser inscritas en el registro correspondiente antes de la mencionada publicación para ser oponibles a la masa de acreedores.

Hasta este punto la norma establece cuales son los requisitos formales que debe tener en consideración la autoridad concursal para reconocer tercera prelación de un crédito dentro del concurso.

Es necesario que este primer requisito formal se verifique y sea reconocido por la autoridad concursal oportunamente, pues en caso contrario, el acreedor beneficiario de la garantía podría, en la práctica, perder la prelación que le da su garantía.

Ahora, el reconocimiento formal de la prelación por parte de la autoridad concursal no es lo que determina el importe que efectivamente tiene derecho a percibir el acreedor de tercer orden, pues este vendrá definido por un segundo elemento: el valor económico que se obtenga del bien afectado en garantía.

En efecto, la norma prevé que dichos créditos mantienen su prelación, aun cuando los bienes constituyen la garantía que la sustenta, sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que los garantiza.

Correlativamente, la norma dispone que tendrán el quinto orden el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos.

En la misma línea, de una lectura sistémica de la LGSC, el artículo 89.1 establece que, “Salvo que existan créditos preferentes pendientes de pago, para el pago de los acreedores de tercer orden se aplicarán los bienes que garantizaban su crédito”; en tanto que el artículo 89.2 establece que “Los créditos correspondientes al tercer orden de pagan con el producto de la realización de los bienes del deudor afectados con garantía.”

En consecuencia, podemos sostener, de manera simplificada, que la fórmula para determinar el derecho de cobro efectivo del acreedor en tercer orden y el importe que le correspondería cobrar en quinto orden es la siguiente:

⁷⁴ Dicho documento obra a fojas 44 a 46 del expediente.

Créditos reconocidos
en tercer orden - Valor económico obtenido
del bien afectado en garantía = Créditos en
Quinto Orden

Esta consideración es importante pues, en tanto no se obtenga un valor económico del bien afectado en garantía y, por tanto, este sea igual a 0, los créditos respaldados con la misma, que tienen reconocido su derecho formal, no tienen un derecho efectivo de cobro en la tercera prelación.

En consecuencia, para determinar el importe al que efectivamente tendría derecho a percibir en tercera prelación un acreedor es necesaria la concurrencia de dos requisitos: a) que su derecho esté debidamente reconocido por la autoridad concursal y b) que se haya obtenido un valor económico del bien afectado en garantía.

Según los informes de gestión de la anterior liquidadora, con los ingresos provenientes de la compraventa se cancelarían en tercera prelación los créditos de Banco Continental BBVA así como los de Mitsui; no obstante, al tener estos acreedores un tercer orden formalmente reconocido en función a garantías que recaen sobre activos ajenos a los involucrados en la operación y de los cuales, a la fecha, no se ha obtenido ningún valor económico, deben ser considerados para efectos de esta proyección, en el quinto orden.

Para efectos de la proyección, se han disgregado los importes relacionados con cada activo y se ha considerado su amortización con los pagos provenientes de la cuota inicial y cada cuota del cronograma, en función a una prorrata calculada el saldo del valor de cada activo (se ha amortizado el valor de cada activo).

Hay que destacar que en el Contrato de Compraventa no se estableció un cronograma de amortización de cada activo; no obstante, verificamos que, en los pagos que efectuó la señora Aybar, las partes aplicaron este criterio, motivo por el cual, a pesar que sería más ordenado y fácil de administrar uno en el que la amortización se aplicará a los activos de forma sucesiva y no simultánea, hemos considerado conveniente replicarlo para generar objeciones; sin perjuicio de los cual la Junta podría instruirnos a negociar con la señora Aybar uno distinto.

Sobre esta base, los acreedores con tercer orden reconocido formalmente en el proceso que harían efectivo su derecho de cobro serían los correspondientes a Minex por la Concesión de Beneficio Poroma hasta por US\$ 152,179.43 y Banco GNB por el Inmueble San Vicente III hasta por US\$ 479,189.34, en función al cronograma de amortización proyectado. (...)"

175. De los documentos detallados en los numerales precedentes, se verifica que el acuerdo relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa fue adoptado por la Junta de Acreedores sobre la base del sustento expuesto en el informe de liquidación que fue presentado por Estratega Consultores a dicho órgano concursal en la sesión de la Junta de Acreedores iniciada el 6 de diciembre de 2018 y continuada el 11 de diciembre de 2018.
 176. Asimismo, de la revisión de la Adenda del Contrato de Compraventa se verifica que el Inmueble San Vicente III y la Concesión Poroma Perú garantizaban a Banco GNB -antes, Banco HSBC- y Minex, acreedores en el procedimiento concursal ordinario de Poroma con créditos reconocidos en el tercer orden de prelación.
 177. De la misma forma, conforme a la información proporcionada por Estratega Consultores en el trámite del procedimiento, esta cumplió con realizar el bien que garantizaba a BCP, acreedor en el procedimiento concursal ordinario de Poroma con créditos reconocidos en el tercer orden de prelación, y con el producto obtenido de dicha realización cumplió con efectuar el pago de créditos del primer y segundo orden de prelación.
 178. En ese sentido, se debe tener en consideración que, conforme a lo desarrollado en el acápite precedente, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 89.2 de la LGSC cuando los créditos de primer y segundo orden fueron pagados con la realización de ciertos bienes -no todos- que garantizan créditos que corresponden al tercer orden de preferencia.
 179. De esta manera, considerando que en el presente caso los bienes que garantizaban a Banco GNB y Minex fueron realizados, correspondía que BCP fuera incluido por la entidad liquidadora para que efectúe el pago a prorrata con el producto de la realización de los bienes que garantizaban a Banco GNB y Minex, por haberse visto afectado por la realización de su bien, el mismo que fue utilizado para pagar órdenes de prelación anteriores.
 180. Por tal razón, la Sociedad Conyugal y Mitsui, acreedores en el procedimiento concursal de Poroma con créditos reconocidos en el tercer orden de prelación cuyos bienes que los garantizan no han sido realizados, no tienen derecho a verse beneficiados con la prorrata aplicable a BCP, sino que deben ser considerados en el pago a prorrata del quinto orden de preferencia en tanto sus bienes en garantía no sean realizados.
 181. Al respecto, corresponde declarar que la Sociedad Conyugal y Mitsui no pierden el tercer orden de prelación de los créditos que mantienen reconocidos frente a Poroma, sino que tales créditos deben concurrir en el pago a prorrata de los créditos de quinto orden hasta que los bienes que los garantizan a aquellos sean realizados, luego de lo cual la entidad liquidadora deberá proceder al pago del remanente que estos mantienen en tercer orden.
 182. De lo anterior, se concluye que el acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa no contraviene lo dispuesto en los artículos 42.1 y 89.2 de la LGSC, puesto que cuando la entidad liquidadora pague créditos del tercer orden, debe considerar para el pago no solo a Banco GNB y Minex -acreedores cuyo crédito se encuentra garantizado con los bienes realizados-, sino también a BCP -acreedor perjudicado con la realización de su bien en garantía para pagar órdenes de prelación anteriores.
 183. Por lo expuesto, corresponde revocar la resolución recurrida en el extremo que declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes del Contrato de Compraventa; y, reformándola, se debe declarar que el acuerdo no es nulo, debiendo considerarse válido para todos sus efectos.
- III.4 Pedido de suspensión de efectos de la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI
184. Tal como se ha señalado en los antecedentes del presente pronunciamiento, mediante escrito presentado el 18 de marzo de 2021 Estratega Consultores solicitó a la Sala que suspenda los efectos de la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI, alegando que sobre lo resuelto en dicho acto administrativo la Secretaría Técnica de Fiscalización, en el marco de un procedimiento sancionador iniciado en su contra y contra el señor Corbella, ha propuesto a la Comisión que imponga, por duplicado, la multa más alta prevista en la LGSC, conminándolos a ejecutar el pago de créditos concursales conforme al criterio que es materia de cuestionamiento en el presente procedimiento.

185. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 117.1 de la LGSC⁷⁵, la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado; sin embargo, la autoridad a quien le compete resolver un recurso podrá suspender, de oficio o a instancia de parte, la ejecución de la resolución impugnada siempre que medien razones atendibles para ello.
186. En el presente caso, atendiendo a que mediante la presente resolución la Sala ha emitido un pronunciamiento sobre los cuestionamientos formulados por Estratega Consultores y Banco GNB en los recursos de apelación interpuestos contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI en el extremo que declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Acreedores en la sesión iniciada el 22 de abril de 2019, continuada el 25 de abril de 2019, relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes que se aplicará a la cuota inicial y a todas las cuotas mensuales que se obtengan con la ratificación y modificación del Contrato de Compraventa a Plazos, carece de objeto pronunciarse sobre el pedido de suspensión de los efectos de la resolución recurrida formulado por Estratega Consultores.

III.5 Precedente de observancia obligatoria

187. Conforme al análisis desarrollado en el acápite III.2 del presente acto administrativo, a través de esta resolución se ha interpretado de modo expreso y con carácter general los alcances del artículo 89.2 de la LGSC, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi⁷⁶, corresponde emitir un precedente de observancia obligatoria, cuyo texto se encuentra transcrito en la parte resolutive del presente pronunciamiento.
188. Asimismo, y en atención a lo señalado por el segundo párrafo del artículo 43 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi⁷⁷, corresponde solicitar al Directorio del Indecopi que disponga la publicación en el diario oficial "El Peruano" de la presente resolución, por la que se aprueba el precedente de observancia obligatoria descrito en la parte resolutive.

IV. RESOLUCIÓN

PRIMERO: declarar la nulidad de la Resolución N° 11463-2019/CCO-INDECOPI del 12 de agosto de 2019, mediante la cual se concedió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad conyugal conformada por el señor Walter Erwin Werner Protzel Reelitz y la señora Ana Sofía Mazzini Salomón contra la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI del 6 de junio de 2019; y, en consecuencia, se declara improcedente el mencionado recurso de apelación

SEGUNDO: revocar la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI del 6 de junio de 2019, en el extremo que declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la junta de acreedores de Poroma S.A.C. en Liquidación en la sesión realizada el 22 de abril de 2019, continuada el 25 de abril de 2019, relativo a la aprobación de los criterios de distribución e imputación de bienes que se aplicará a la cuota inicial y a todas las cuotas mensuales que se obtengan con la ratificación y modificación del contrato de compraventa a plazos suscrito el 26 de marzo de 2015; y, reformándola, se declara válido el mencionado acuerdo.

TERCERO: en aplicación de las consideraciones expuestas en la presente resolución, aprobar un precedente de observancia obligatoria que interpreta los alcances de los artículos 88.4 y 89.2 de la Ley General del Sistema Concursal, en los siguientes términos:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.2 de la Ley General del Sistema Concursal, los créditos correspondientes al tercer orden de preferencia se pagan con el producto de la realización de los bienes del deudor afectados con garantía. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales un bien que garantiza un crédito reconocido en el tercer orden de preferencia haya sido realizado para pagar créditos correspondientes a órdenes de prelación anteriores, corresponde que únicamente el crédito en cuestión sea pagado en el tercer orden de preferencia mediante prorrata, conjuntamente con los otros créditos reconocidos en el tercer orden de preferencia, que sean pagados como consecuencia de la realización de bienes que garantizan a estos últimos, siendo que dicha prorrata no debe considerar a otros créditos que no se hayan visto perjudicados con la realización del bien que los garantiza para pagar órdenes de prelación anteriores. Asimismo, de conformidad con el principio de proporcionalidad contenido en el artículo VI del Título Preliminar y con el artículo 88.4 de la Ley General del Sistema Concursal, mientras los bienes que garantizan créditos comerciales reconocidos en el tercer orden de preferencia no sean realizados, corresponde que los mismos sean considerados dentro del pago a prorrata del quinto orden de preferencia, siendo que el importe pagado mediante dicha prorrata debe ser descontado del pago que se efectúe cuando el bien en garantía sea realizado".

CUARTO: declarar que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de la solicitud formulada por Estratega Consultores S.A.C. para que se suspendan los efectos de la Resolución N° 9847-2019/CCO-INDECOPI del 6 de junio de 2019.

QUINTO: encargar a la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales realizar los trámites correspondientes ante el Directorio del Indecopi para que se disponga la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano".

Con la intervención de los señores vocales Julio César Molleda Solís, Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio, Esteban Aníbal Carbonell O'Brien y Walter Leonardo Valdez Muñoz.

JULIO CÉSAR MOLLEDA SOLÍS
Presidente

⁷⁵ LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 117.- Suspensión de la ejecución de resoluciones impugnadas.
117.1 La interposición de cualquier recurso impugnatorio no suspenderá la ejecución del acto impugnado. No obstante lo anterior, la autoridad a quien compete resolver dicho recurso podrá suspender de oficio o a instancia de parte la ejecución de la resolución recurrida siempre que medien razones atendibles.

⁷⁶ LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 14.- Funciones de las Salas del Tribunal.
14.1 Las Salas del Tribunal tienen las siguientes funciones:
(...)
d) Expedir precedentes de observancia obligatoria que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

⁷⁷ LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Artículo 43.
(...)
El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.