
Cambiando estructuras: cultura empresarial y reestructuración patrimonial (*)

Mesa redonda con Douglas G. Baird (**), Alfredo Bullard y Gonzalo de las Casas

Por Ricardo Postigo Bazán

El mercado peruano parece estar infestado de un descontento generalizado respecto del funcionamiento de nuestro actual sistema de reestructuración patrimonial. Así, las empresas que siguen los pasos para reestructurarse terminan liquidándose en la mayoría de los casos, mientras que la exigencia de reformas en el sistema se ha acentuado en el contexto de la actual crisis económica. Los catedráticos Douglas G. Baird (DGB), Alfredo Bullard (AB) y Gonzalo de las Casas (GDC), nos ayudan a comprender los verdaderos alcances de un sistema de reestructuración patrimonial.

¿Qué es un sistema de reestructuración patrimonial?

AB: Bueno, primero habría que preguntarse si ese es el mejor nombre. El nombre da a entender que un sistema de reestructuración patrimonial (SRP), es un sistema orientado a reestructurar empresas. Me gusta más el nombre de sistema concursal; y un sistema concursal, a mi entender, es un sistema que enfrenta una situación de crisis económica en la empresa, situación que requiere que los acreedores tomen algunas decisiones por la empresa, y trata de reducir

los costos de transacción entre los acreedores para que éstos tomen acuerdos respecto a cual es el mejor destino de la empresa. Si por alguna circunstancia que la ley ha definido, se considera que los acreedores tienen un interés tal en el desarrollo de la empresa que es necesario que tomen acuerdos referidos a la continuación de actividades o la liquidación de la empresa; es decir, la salida de la empresa, de manera ordenada, o la continuación de actividades a través de la reestructuración.

GDC: No existe un sistema de reestructuración patrimonial, como tal. Lo que existe es un derecho de la crisis empresarial, que tiene como finalidad resolver la situación de crisis al interior de las empresas. Son normas de derecho público que regulan situaciones extraordinarias por las que puede pasar un deudor, sea empresa o sea persona. La diferencia está en que normas se aplican respecto de personas y de empresa, siendo distinto lo que se pretende tutelar. En el caso de la persona puede tutelarse, por ejemplo, los derechos humanos de la persona, teniendo que ser las posibilidades del acreedor limitadas respecto de la persona. Ello no ocurre en el Perú, porque el Derecho

(*) La entrevista ha sido preparada por el doctor Juan Luis Hernández Gazzo, Gonzalo de Bracamonte Melgar y Ricardo Postigo Bazán. Agradecemos a los doctores Alfredo Bullard G. y Martín Moscoso por su valioso apoyo en la gestión y realización de la presente entrevista. La traducción de la versión del profesor Baird, ha estado a cargo de Ricardo Postigo Bazán.

(**) Nota del traductor: Douglas G. Baird es uno de los más destacados especialistas en reestructuración patrimonial y reorganizaciones corporativas en los Estados Unidos. Ha servido como decano de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago durante el período 1994-1999 y, actualmente, es catedrático *Harry A. Bigelow* de derecho comercial y reorganizaciones corporativas en la misma casa de estudios y profesor visitante en la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale.

de Crisis Empresarial se conceptúa como de igual aplicación a personas y empresas, fundamentalmente.

La razón de la existencia de un derecho de crisis es porque las causas de la crisis pueden ser diversas. Muchas de ellas están relacionadas y asociadas a una conducta fraudulenta, pero otras, la mayoría, están relacionadas al propio riesgo que supone emprender un negocio en el Perú o en cualquier parte del mundo, o la posibilidad de perder el empleo o, eventualmente, divorciarse y bajar su capacidad de consumo. Todas ellas son situaciones que afectan de manera particular un patrimonio y, ante situaciones extraordinarias no queridas o deseadas por las partes, es necesario regularlas de manera diferente a como las regula el derecho común.

Ese es el concepto. Dentro de ese concepto, la reestructuración es una opción de mayor interés a los acreedores respecto de lo que podría ser la liquidación de un patrimonio, cuando hablamos de empresas; y, respecto de las personas, no es una opción, ni lo será porque una persona que pierde la capacidad de pagar sus deudas debiera ser retirada como sujeto de crédito, pero cautelando que tenga la capacidad de educarse, vivir o sostenerse. No existe, entonces, un sistema de reestructuración patrimonial sino que la reestructuración es una fórmula de resolver la crisis de las empresas por la vía de venderlas o, eventualmente, liquidarlas o reorganizarlas.

¿Qué funciones cumple un sistema de reestructuración patrimonial?

DGB: Para comprender el rol que cumple un sistema de reestructuración patrimonial SRP, debe realizarse una distinción fundamental, que muchas veces se deja de lado y que está referida a lo que el Derecho puede y no puede hacer. Hace un par años un burócrata ruso me formuló una consulta en relación a un problema que su país atravesaba en aquel tiempo. Una fábrica de tractores rusa gastaba una gran cantidad de dinero en los insumos necesarios para la producción. El costo de estos insumos ascendía a 10 unidades por cada tractor producido por la fábrica. Y el problema era que los tractores eran vendidos en 5 y, por ello, creían que la implementación de un SRP podría solucionar este problema. Pero si la fábrica hace malos tractores nadie los comprará; esta firma va a quebrar, no va a tener éxito alguno y no hay nada que la ley pueda hacer al respecto. Muchas veces las personas

asumen que un SRP puede reparar o repotenciar la economía de una empresa, pero ello no es así.

En una situación en que la firma tiene varios acreedores y pocos activos, lo que un SRP puede hacer es asegurar que la pelea entre estos acreedores impida que la firma siga operando, si de hecho se trata de una firma viable. Déjeme dar algunos ejemplos desde nuestra experiencia en los Estados Unidos. En la parte final del siglo XIX, Estados Unidos tenía una gran estructura de vías ferroviarias, cuya construcción demandó una enorme cantidad de dinero. El problema era que, en aquel tiempo, no había suficiente tráfico para pagar por el costo total de éstas. La estructura ferroviaria en conjunto tenía un determinado valor pero para su construcción se necesitó de la participación de un gran número de inversionistas, a quienes se les debía. Si no hubiéramos tenido un SRP, estos acreedores hubieran concurrido en peleas para controlar las vías ferroviarias y, probablemente, se hubieran dividido y perdido varias millas de ésta, tornándola así en inservible.

Aún cuando posiblemente lo mejor hubiera sido no construir la vía ferroviaria en primer lugar, lo cierto es que el negocio debe seguir en marcha. Un SRP permite hacer esto: prevé que las peleas entre acreedores destruyan una firma con potencial económico. Pero para ello, la firma debe ser económicamente viable y una de las funciones de un SRP es, precisamente, la de identificar que firmas lo son y que firmas no; y, en caso no lo sean, la de juntar a las partes y enfrentar una dura realidad, cual es que los acreedores van a querer liquidarla.

AB: La función central es proteger el crédito. Mucho se habla de preservar empresas, de proteger puestos de trabajo, pero creo que, en todo caso, son subproductos del sistema. La importancia principal de un buen SRP es proteger el crédito, hacer que los acreedores puedan encontrar a través de acuerdos la forma más efectiva y barata de cobrar. Desde ese punto de vista, al generarse un sistema efectivo para cobrar, el costo del crédito socialmente se reduce porque los riesgos de la crisis empresarial se minimizan y, al ocurrir esto, el crédito -no sólo ya para las empresas insolventes sino para todas las empresas- es más barato con lo cual sí, hay un efecto en generar más empleo, pero no necesariamente en la empresa que entra en insolvencia. Allí, creo que hay muchos fantasmas en torno al tema de la reestructuración, mucha gente ve

la reestructuración y la liquidación como un efecto malo del sistema de reestructuración; eso no necesariamente es así, la salida de empresas puede ser un efecto bueno en términos de trasladar recursos a sus usos más valiosos, de sacar empresas que no están en una buena performance en el mercado y permitir la entrada de otras empresas, asignando muy pocos recursos.

¿Cuál es su mayor aporte en términos de eficiencia económica?

AB: Justamente el de reducir el costo del crédito. Un SRP será bueno, no por el número de empresas que rescate, sino por su impacto en la tasa de interés. Un SRP será eficaz, cuando a la hora de reducir los costos de cobrar la deuda, hace que la tasa de interés baje. Cuando uno tiene una empresa que está en crisis hay dos valores que están en juego: uno es el valor de operación de la empresa, la continuación de actividades y otro es el valor de liquidación. Los acreedores tienen incentivos para encontrar un mayor valor posible; si el valor de liquidación es mayor liquidarán porque de esa forma podrán cobrar más, si el valor de operación es mayor seguirán operando porque podrán cobrar más. Lo que hace un buen sistema concursal es crear una atmósfera donde los acreedores puedan llegar con relativa facilidad a la decisión correcta. Un sistema que hace que los acreedores puedan identificar la decisión correcta hace que los acreedores recuperen lo más posible del crédito. Al hacerlo, se reducen las pérdidas del sistema de crédito y, al reducirse, la tasa de interés baja y hay más disponibilidad de crédito en el sistema. Creo que ése es el mayor aporte a la eficiencia económica de un país. Un elemento lateral a ése es que un sistema concursal puede salvar empresas que siendo eficientes saldrían del mercado, si es que fueran objetos de ejecuciones individuales y, por otro lado, permite que empresas que ya no deben seguir puedan salir del mercado y que esos recursos se asignen a otros usos.

GDC: Toda la legislación de derecho público y no privado, tiene una finalidad última y fundamental que es la que persigue la sociedad. Esta genera estos sistemas como esquemas de protección, en tanto al Estado no le interesa que se pierda empleo, que se pierda capacidad contributiva y porque muchas veces recuperar parte de los créditos es mejor que no recuperar nada o menos en el caso de liquidación.

Entonces, estos fines sociales y económicos, que son superiores a los fines particulares de un acreedor, son lo que hacen que el SRP se maneje por el sistema de las leyes de las mayorías de acreedores. Porque en la medida en que se puede mantener unidades empresariales en el mercado, se mantienen empleos, se mantiene capacidad contributiva, se mantiene la generación de riqueza.

¿Qué diferencia existe entre un sistema tradicional liquidatorio y el actual sistema de reestructuración patrimonial?

DGB: La gran diferencia es que pueden indentificarse firmas económicamente viables. Lo que no se quiere hacer es tener un sistema que permita mantener malos negocios en el mercado. Este beneficio se acentúa cuando por ejemplo se pueden destruir las vías ferroviarias, de las que hablábamos anteriormente. Si uno liquida esta entidad sólo se obtienen partes separadas de las vías ferroviarias. Y en partes ésta entidad no vale absolutamente nada. No puede liquidarse este tipo de entidad: se quiere mantener una entidad viable; todos, incluyendo los acreedores, están mejor si ésta se mantiene así. La característica básica de las firmas viables es que en ellas todo el conjunto vale más que la suma de sus partes. La vía ferroviaria dividida puede valer 3 pero en conjunto valdrá 10. Si no existe un SRP, se pierde esa diferencia en el valor. No tener un SRP para esta minoría de las firmas que están en problemas, implicaría concretar un gran desperdicio de recursos.

¿Qué grandes cambios se producen a la ley procesal de quiebras con la instauración del sistema vigente?

AB: Uno importante, evidente además, es la conversión del procedimiento judicial en administrativo, que creo que no es lo más recomendable, conceptualmente; pero, en términos prácticos, implicaba el reconocimiento de la incapacidad que el Poder Judicial tenía para manejarlos.

Un segundo aspecto es el de la privatización del sistema; es decir, el poner el sistema mucho más en manos de los acreedores. Se entiende más como un tema de decisiones empresariales y que, en consecuencia, hay un rol de un funcionario estatal - que es más un rol de árbitro- de solucionar los problemas donde los costos de transacción van a ser muy altos para ser resueltos por los propios agentes

involucrados pero que, en principio, es un rol colateral, no un rol protagónico en términos de la toma de decisiones relevantes.

El otro elemento que cambia, creo, es el propio concepto de reestructuración; la ley de quiebra tenía un artículo que hablaba de acuerdos auspiciados por cámaras de comercio, etc. pero que, en realidad, básicamente era un sistema de liquidación judicial de la empresa. Lo que el nuevo sistema plantea, es la evaluación de estas dos alternativas como alternativas que - detectaba la crisis empresarial - generan la necesidad de una decisión que puede ser la reestructuración o puede ser la liquidación. Incluso, inicialmente, se sigue manteniendo la idea de quiebra, y las modificaciones posteriores van más allá y hablan ya de la liquidación, digamos “extrajudicial” e incluso, ya en los últimos cambios, ni siquiera se habla de una liquidación extrajudicial, sino que el concepto quiebra es solamente la partida de defunción de la empresa; hay una liquidación manejada fuera del poder judicial. Entonces, hay un cambio en la lógica total del sistema.

GDC: Lo que sucede con nuestra ley procesal de quiebras que es una ley que se promulgó a comienzos del siglo pasado y ésta respondía a un criterio de que todas las empresas, que de alguna forma defraudaban el crédito, tenían que ser retiradas del mercado. Es decir, la quiebra era la sanción que se le daba al comerciante que incumplía con sus acreedores o que no señalaba bienes libres para que el acreedor se pueda cobrar de manera forzosa un crédito y, en consecuencia, no había otro mecanismo de solución a la crisis que simplemente abrir el concurso y retirar a la empresa del mercado, con una presunción incluso de fraude en esta quiebra. El concepto, era un concepto de penalizar la empresa y estaba muy lejos de este concepto, la idea de cual era el interés de los acreedores.

Posteriormente, se incorporó como posibilidad otro mecanismo distinto al pago como mecanismo de rehabilitar al quebrado, que era la posibilidad de celebrar convenios judiciales entre el acreedor y el deudor con participación del juez o, eventualmente, evitar la quiebra por la vía de un convenio extra judicial auspiciado por las Cámaras de Comercio y determinados entes. Estas modalidades de rehabilitación o situación preventiva o una quiebra que permitía el convenio extrajudicial de pago, eran apéndices de una ley que estaba estructurada para

liquidar y extraer empresas del mercado, por la quiebra en la confianza de sus acreedores y, además, la quiebra estaba orientada y estaba incorporada en el Código de Comercio, como si los que quebraran fueran exclusivamente comerciantes. Ahora, todo el proceso de administración de la quiebra bajo esta ley, estaba encargado a un funcionario público, designado por la corte superior del distrito judicial en donde estaba ubicada la empresa, lo que determinaba que éste sea el “propietario” de los bienes las empresas que estaban sometidos a estos procesos de liquidación o de quiebra. Lo que además desalentaba muchísimo a los acreedores, a procurar o proponer esquemas de reorganización.

Entonces, en el Perú, siempre las quiebras se han resuelto de dos manera: o la hiperinflación “licuaba” las deudas, con lo cual la quiebra desaparecía en términos de situación de crisis empresarial o, eventualmente, los acreedores se olvidaban de las deudas por que el funcionario público, entraba y tomaba estos activos; obviamente, había muy poco que distribuir entre todos ellos si es que una sola persona administraba una serie de bienes, sin tener en cuenta el interés de los acreedores.

Nuestra Ley de Reestructuración Patrimonial, marcó una distinción fundamental: retiró el proceso del Poder Judicial y priorizó la reorganización como una opción a decidir por los acreedores frente a la liquidación; eliminamos el concepto de la condena el comerciante que defrauda a sus acreedores por el simple hecho de haber dejado de pagar, incorpora un concepto adicional, que es la insolvencia como una demostración, una situación que ocurre en un patrimonio, pero que no está asociado necesariamente con el incumplimiento. Por eso, una empresa puede someterse a un proceso sin necesariamente haber incumplido su deuda, basta acreditar que no tiene capacidad de pagarlas. Y, dentro de este concepto y a diferencia de otras, nuestra ley cede a los acreedores la iniciativa en la comisión del proceso y en la conformación de las juntas. Pero, lo que está debajo de todo esto es que se ha preferido priorizar la reorganización -como se prioriza en todos los sistemas concursales del mundo- a la opción de simplemente retirar las empresas del mercado; ésa es la gran diferencia y, lo que nos marca y nos distingue de otras legislaciones, es que hemos retirado el proceso del fuero judicial y lo hemos administrativizado, pero con

una gran incidencia en los acreedores respecto a cual va a ser el destino de sus negocios, de sus créditos y de la unidad empresarial.

La cultura norteamericana se caracteriza por no tener complejo alguno en acceder a un proceso de reestructuración o de liquidación, de ser el caso ¿A que pueda deberse esto?

DGB: Quizás el haber sido una sociedad abierta por un período tan largo de tiempo o el que las personas que vinieron a los Estados Unidos fueran refugiados e inmigrantes, determinó que la filosofía empresarial de nuestra sociedad sea desde siempre la de emprender un negocio, tratar de marchar hacia delante y luego, si éste no funciona, entonces puede uno recoger lo que quede, mudarse al Oeste e intentarlo otra vez. Y así, el modo en que juzgamos al empresario no se caracteriza por determinar si éste ha sido siempre exitoso sino más bien por determinar que tanto ha aprendido éste de sus fracasos. En Texas se dice que “un hombre no se hace hombre hasta que haga un millón, lo pierda y luego lo vuelva a recuperar”. Uno debe saber cuando no seguir en el negocio. Un claro ejemplo es el de un empresario norteamericano de principios del siglo pasado, su nombre era Henry Ford. El juntó dinero de algunos inversionistas y empezó su compañía de automóviles, y fracasó. Liquidó la compañía y empezó una nueva compañía, y volvió a fracasar. Luego empezó una tercera compañía, la que es la *Ford Motor Company* y, al igual que sus inversionistas, se volvió millonario más allá de la expectativa de muchos. Cuando en nuestro país pensamos en Henry Ford, la mayoría de las personas no recuerda que falló dos veces antes de tener éxito. Y pienso, entonces, que la característica esencial de nuestra cultura empresarial, es la de no penalizar a aquéllos que fracasan, pero sí hacerlo con quiénes no pueden superar este fracaso, aprender de él y empezar otra vez.

Otro ejemplo puede apreciarse en la enorme cantidad negocios y firmas que actualmente se inician en nuestro país. Hoy en día, estamos en un tiempo de

gran bonanza económica y, sin embargo, creemos que la gran mayoría de firmas que se inician este año van a fracasar. Si uno conversa con los *venture capitalists*⁽¹⁾ acerca de sus expectativas respecto de las firmas en las que han invertido, ellos no dudarán en afirmar que la mayoría de estas firmas va a fracasar, pero que esperan unos cuantos de los “verdaderos ganadores”, dentro de ese grupo. Déjeme explicar mejor esto con un ejemplo de mi propia experiencia. Hace varios años, cuando estaba aún en la escuela de leyes, asistí a una feria de computadoras en San Francisco. Habían cientos de ofertantes de *hardware* y *software*, que básicamente buscaban inversionistas. Siempre me he puesto a pensar que hubiera pasado si hubiese invertido mil dólares en cada uno de estos ofertantes. La respuesta es que, probablemente, la mayoría de éstos hubiera fracasado y no hubiera visto retorno alguno por mi inversión. Pero uno de esos ofertantes era Bill Gates. Pude haber invertido dinero, en todos los ofertantes de la feria y hoy en día sería millonario no porque todos tuvieran éxito, sino porque uno de ellos lo tuvo. De modo que el punto es que siempre habrá ganadores y perdedores y, entonces, lo que debe uno debe procurar es tener un sistema legal que permita a los ganadores triunfar y a los perdedores perder adecuadamente.

La mayoría de empresas que han ingresado procedimientos de reestructuración ante el INDECOPI han terminado liquidándose ¿A qué se debe esto?

AB: Hay dos niveles de análisis. Primero, es casi una estadística universal que en la mayoría de los países se liquidan más empresas que las que se reestructuran. Es un resultado esperable que en un sistema concursal eso pase y hay una explicación más o menos lógica. Normalmente las empresas que entran están en cesación de pagos o están en una situación patrimonial muy compleja. Entonces, es de esperar que cuando uno está con ese nivel de problemas, las posibilidades de rescatar la empresa puedan ser bastante complicadas.

(1) Nota del traductor: Los *venture capitalists*, son titulares de las firmas de capitales de riesgo (*venture capital firms*). Estas firmas son similares a los bancos de inversión, con la excepción de que su clientela está constituida por compañías nuevas en el mercado más que por grandes sociedades anónimas. Estos negocios se caracterizan por la falta de experiencia de sus administradores y continuamente necesitan del consejo profesional en lo referente a la administración y financiación de la empresa. Los *venture capital firms* proveen ambas. De este modo, invierten sus recursos en nuevos negocios y ayudan al equipo de administradores a preparar la firma al punto donde esta lista *to go public*, esto es, emitir valores para captar recursos de los inversionistas. Llegado a este punto las firmas de capitales de riesgo típicamente venderán sus participaciones en la corporación y se mudarán a otra compañía similar. Al respecto, puede consultarse: BODIE, Zvi y MERTON, Robert C. *Finance*. New Jersey: Prentice Hall, Inc. p. 51.

Actualmente, se habla de una estadística referida a que se salva una empresa de cada cuatro, lo cual puede ser engañoso porque hay que ver si esa que se salva, realmente se está reestructurando.

Básicamente, existe un tema de cultura empresarial, la idea de enfrentar la crisis demasiado tarde; normalmente, las empresas que llegan a esta situación no se han planteado el problema de manera previa y, en consecuencia, no han enfrentado el problema de manera oportuna. Normalmente cuando llegan a este estado, ya hay muy poco que hacer por la empresa, la situación es muy compleja, le debe a todo el mundo, ya comenzó todo este proceso de “canibalización”, normalmente, donde muchas veces, además, en la cultura empresarial existe la idea que el incentivo para entrar al sistema concursal es terminar las ejecuciones y no necesariamente buscar una alternativa de reestructuración o de salvataje de la empresa o, inclusive, de liquidación porque puede ser totalmente razonable entrar al sistema para liquidarme. La liquidación no necesariamente es algo malo; si el valor de la empresa se maximiza liquidando, es mejor que se liquide y lo que ocurre con esas empresas es que, cuando están en esa situación, suele ser que su valor de liquidación es superior a su valor de operación

GDC: El sistema mismo no puede hacer viable las empresas; por más que nosotros podamos poner en blanco y negro un plan de rescate, eso no va depender ni de que la ley sea buena, ni de que el plan de rescate esté mal o bien redactado, depende fundamentalmente del mercado. Al sistema no se le puede calificar porque tiene más o menos reestructuraciones, basta que haya una para que el sistema, en teoría, sea un sistema que sirva.

El tema del Perú parte de un antecedente que no tiene nada que ver con el sistema de reestructuración que es el concepto de la sub-capitalización de las empresas en el Perú. Las empresas y la cultura empresarial siempre ha sido adversa a generar inversión de riesgo y, más bien, se ha centrado en buscar dinero prestado para a partir de allí hacer un negocio. Eso hace que, en el Perú, las empresas tengan un nivel de sub-capitalización bastante drástico, en el sentido de que tienen muy poco capital y una estructura societaria muy cerrada y altísimo endeudamiento para el tipo de negocio que va a desarrollar, sobre todo en economías tan volátiles como la nuestra, que definitivamente son economías con menor nivel de

estabilidad. El problema es también que la Ley General de Sociedades no ha incentivado un proceso de capitalización, al dejar en suspenso normas que obligan a los accionistas al restablecimiento del equilibrio patrimonial y a reducir el capital o, eventualmente, aumentarlo para mantener la responsabilidad limitada del aporte. En nuestro medio, encontramos empresas que tienen patrimonio negativo y que siguen bajo el criterio de responsabilidad limitada, limitada para el accionista e ilimitada para el acreedor. Este concepto y estos antecedentes, son lo que explican probablemente por qué al INDECOPI van empresas con un endeudamiento elevado y con muy pocas posibilidades de salida.

El otro gran problema que tenemos es que las decisiones que toman los acreedores en los procesos de reestructuración no necesariamente son decisiones eficientes y esto también en base a la baja calidad de la información con que cuenta el acreedor para tomar decisiones y, entonces, siempre se toma decisiones sin identificar claramente la causas de la crisis. Muchas veces, los acreedores toman decisiones sin antes ponerse a pensar porque esta empresa ha perdido; para poder tomar las decisiones de rehabilitar primero hay analizar cual es la calidad de información que indica que la empresa es rehabilitable y, segundo, hay que analizar el tipo de conducta y de gestión que esa empresa ha tenido. Solamente allí, es que vamos a encontrar la respuesta a las posibilidades futuras del negocio. Si no se ha hecho esta reflexión, entonces encontramos que muchos acreedores creen que lo único que hay que hacer es reestructurar y acogerse al INDECOPI y plantear un plan de negocios y como toda la cadena de pagos se ha roto, los acreedores prefieren siempre dilatar el problema de la crisis y llevarlo al siguiente año y así sucesivamente; al extremo que, hoy en día, encontramos empresas que están en reestructuración y que tienen una segunda insolvencia incubada; es decir, entran al sistema con un nivel de deudas impagas, reestructuradas vía un plan, y como la empresa no obtiene renta incorpora nuevas deudas a su patrimonio y esas nuevas deudas determinan que haya una segunda insolvencia y, entonces, se tiene empresas que se deben liquidar dos veces teóricamente. Y todo esto porque no se ha hecho un adecuado análisis sobre las causas, el tamaño del pasivo y la posibilidad de salida y la conducta y la calidad de gestión que el negocio tiene. En otros países

estas cuestiones deberían ser evaluadas por alguna autoridad. En el Perú toda esta decisión de evaluación recae en la junta de acreedores. Y esto porque se estima, se interpreta, se dice, que son los acreedores los que van a ser los beneficiarios o los eventuales perjudicados de una mala reestructuración.

¿Debe existir algún tipo de control estatal que limite las decisiones que efectúen los acreedores cuando la empresa está incurso dentro de un procedimiento de insolvencia, con la finalidad de garantizar decisiones más eficientes?

DGB: Creo que el problema no debe centrarse en quien va a tomar buenas decisiones. Nadie va a tomar buenas decisiones. Todos van a tomar malas decisiones. La pregunta es como hacer que estas malas decisiones sean lo menos malas posible. Comprender y definir el rol del Estado en este sentido, a través de una entidad o corte judicial especializada en reestructuración patrimonial, es algo muy complicado porque un funcionario del Estado, no importa que tan bien intencionado sea, no tiene su propio dinero involucrado en el negocio y el mismo no es empresario y, entonces ¿cómo es que puede tener mejor idea sobre lo que se debe hacer? A lo que uno debe aspirar es a la creación de un sistema o mecanismo tal, donde las personas que decidan ganen o pierdan por las decisiones que efectivamente toman. Uno de los problemas que tenemos en los Estados Unidos es el de los conflictos en las decisiones. Por un lado están los administradores de la firma, quiénes perderán sus empleos si la firma quiebra y quiénes querrán que la firma continúe sin importar si ésta es o no viable; y, por otro lado, están los acreedores, a quiénes no les interesa nada sino el que se les pague si la firma quiebra, para ellos, la firma tiene que quebrar. Lo ideal es tener un sistema legal que garantice que la decisión esté en manos de alguien que vaya a sufrir las consecuencias derivadas de haber tomado una buena o mala decisión. Esa es la forma: cómo realinear los incentivos. De modo que, ¿debe el estado decidir que hacer?, el Estado no va a hacerlo mejor que los particulares. Es más un problema sobre lo que la ley puede hacer para crear una correcta estructura de incentivos.

En el caso del Perú, ¿a qué puede deberse el entrapamiento de los procesos de reestructuración? ¿Puede considerarse que, de

algún modo, el escaso nivel de preparación de los acreedores para decidir sobre las cuestiones de la empresa, así como el deficiente nivel de información que manejan para ello, contribuye a dicho entrapamiento?

AB: Los sistemas concursales, en general, el sistema empresarial sano, es uno que hace pagar los costos a quienes toman decisiones. Entonces si se decide prestarle a una empresa y no se ha evaluado correctamente lo que se está haciendo, lo lógico es que el sistema haga pagar las consecuencias a quien tomo las decisiones; esa es la motivación para decidir correctamente: no prestarle a quien no deba prestársele y prestarle al que lo va hacer ganar a uno, pero evalúa bien tu decisión.

El problema consursal, si bien el problema se maximiza o se agudiza cuando se ingresa al sistema de reestructuración porque las empresas que llegan en crisis llegan en situación más crítica de lo que normalmente se podía esperar, en consecuencia, el mismo proceso se vuelve mas crítico de lo que debería ser, y la llegada a esta situación y los problemas del sistema consursal se originan antes, se originan en criterios para el manejo empresarial, en general. Hay mucha sensación, quizás derivada de años de políticas y medidas económicas distintas, de que los problemas de las empresas los tiene que resolver alguien y, en consecuencia, el empresario está esperando que el banco se lo resuelva y el banco está esperando que el estado le de el dinero en su momento para darle una línea de crédito que le salve el problema y entonces de esa manera nunca pagan las consecuencias de sus decisiones. Entonces cuando se llega a la situación de crisis, ya existen muchas decisiones pagadas por otros. Ahora cuando se llega a la crisis, esta cultura o esta forma de ver las cosas, sumada a lo mal que se lleva la contabilidad, lo incompleta de la información contable y el nivel de desconocimiento que el propio empresario tiene de las posibilidades de su negocio, eso contagia todo el sistema y, entonces, uno se encuentra con procedimientos donde, a veces, ni siquiera se ha presentado la información contable, el pedido de evaluaciones de cuales son las perspectivas reales del negocio. Cuando se entra en esto, arrastras esa cultura de decisiones donde terminas sin pagar, se está acostumbrado a no pagar los costos de las propias decisiones y, así, se producen muchas reestructuraciones realmente irresponsables.

Creo, entonces, que uno de los problemas es el de la cultura empresarial que deriva en todo lo anterior. Existe siempre la idea de que alguien quien tiene que pagar los platos rotos y que no es uno mismo, y eso le pasa a los empresarios, a los acreedores. Allí, básicamente el tema es de responsabilidad en la decisión; no le corresponde al Estado tomar decisiones empresariales y, en realidad, lo que diferencia una empresa en crisis y una empresa en operaciones es que uno está en crisis pero sigue siendo una empresa, y las decisiones de ésta deben ser empresariales y orientadas bajo el esquema de los agentes económicos que van a pagar las consecuencias de esas decisiones.

GDC: Creo que existen dos tipos de problemas. La coyuntura nos ubica en un problema, que está en mas de 1.600 empresas en INDECOPI hoy en día, todas procurando reestructurarse y ninguna procurando liquidarse. Todos los que acuden al sistema acuden a reestructurarse y eso genera cuellos de botella en INDECOPI y en los propios acreedores. Y éste no es un problema relacionado a una empresa, o a la crisis de una empresa, sino a la situación en la que hoy día se vive.

El segundo gran problema que tenemos es que somos una economía muy chica. Tenemos un número de organizaciones empresariales que, producto de una crisis que tuvimos en los primeros cinco años de la década del noventa, se generaban como organizaciones pero a diferencia de otro tipo de países, como Estados Unidos, por ejemplo, en donde éstas se organizan sobre la base de inversión de riesgo, en el Perú se organizan sobre la base de préstamos y eso es lo que ha generado que el sistema esté muy trabado. ¿Cómo se va a destrabar? Básicamente, cuando los acreedores comiencen a sincerar la situación de los negocios; es decir, comenzar a retirar de manera masiva empresas del mercado, por dos vías: una por vías de liquidación y, otras, evitando que ingresen más empresas al INDECOPI. El Estado tiene algo que hacer, no desde del punto de vista de tomar decisiones empresariales, sino fundamentalmente fomentando vía incentivos, esquemas de reorganización, de fusión, incluso de liquidación de activos o de absorción de activos de empresas en liquidación sin impuestos agregados a este tipo de transacciones. Pero no deberíamos juzgar el entrampamiento, sin tener en cuenta de que lo que deberíamos hoy en día, es juzgar una coyuntura y no el diseño de un sistema que puede ser muy bondadoso, a futuro.

¿Los procesos de reestructuración patrimonial deben ser llevados por una entidad jurisdiccional o administrativa?

DGB: Si es que se tiene una corte especializada, al igual que en nuestro actual SRP, los problemas se ventilan en una sola estación. Todos están en el mismo lugar, todos se enfrentan entre todos y todos comprenden que si no pueden arreglar los problemas entre ellos, podrán acudir al juez. Y no es que el juez esté activamente involucrado en la administración del caso porque no puede asistir a juntas de acreedores, etc.; pero, básicamente, el juez está allí y si las personas tienen una disputa contractual, o creen que sus derechos constitucionales han sido violados o tienen cualquier otro tipo de queja, existe un juez que decidirá al respecto. Esto constituye una ventaja sobre un sistema en donde, si uno no se está de acuerdo, puede acudir a otra instancia u otra más inclusive, si tampoco está de acuerdo. Es similar al caso en que en una intersección de autopistas, existan varias personas dando diferentes y contradictorias señales cada una, lo que no es algo bueno en absoluto.

Así que la ventaja del sistema judicial es la de tener una sola estación donde todo se realiza en la misma instancia. Sin embargo, el éxito de un sistema como tal depende del juez mismo. Si el juez es incompetente, deshonesto o corrupto, el sistema no funciona adecuadamente. Hemos tenido casos de corrupción en algunas cortes de reestructuración, lo cual, a su vez, crea muy graves problemas porque hay sólo una instancia pero no hay verdadera solución para los conflictos. Creo que nuestro sistema ha funcionado muy bien cuando los jueces han sido idóneos, pero no así cuando los jueces han sido corruptos.

¿Es la instancia administrativa la mejor opción en el Perú, para administrar los procesos de reestructuración patrimonial?

AB: Desde el punto de vista conceptual, si pudiera tenerse exactamente funcionarios del mismo nivel, decidiendo en el ámbito judicial, sería preferible que el sistema sea judicial. Creo que uno de los problemas que tiene el sistema actual, es que es un sistema donde las decisiones de la autoridad concursal nunca son definitivas, o están sujetas a una revisión judicial directa, por la vía contenciosa-administrativa o indirecta, a través del amparo y otras medidas. En consecuencia, en un esquema concursal donde

justamente uno de los problemas principales es la incertidumbre, uno no sabe que va a pasar con la empresa porque está una situación de crisis muy difícil; necesitas elementos que te den seguridad y el sistema concursal debería brindar puntos de apoyo donde se tenga cierta certeza sobre ciertas cosas que van a pasar. En un esquema concursal, donde todo lo que decide la autoridad administrativa puede ser, a su vez, realizado, cuestionado o modificado por la opinión judicial, el problema que inmediatamente se presenta es, justamente, que los puntos de apoyo de referencia no son fijos y, en consecuencia, le falta certidumbre. Y eso se ha justificado en el Perú, solamente en los términos de lo mal que funcionaba el sistema judicial. El poder judicial estaba en total incapacidad, no solamente por un tema de jueces sino por un tema de infraestructura que se requiere para manejar un esquema concursal. En otros países el juez de quiebras es especial, dotado de una infraestructura distinta a la que tiene el juez de familia o el juez civil.

Los sistemas concursales, para funcionar bien, se basan en un principio donde se acumula todo en una sola cabeza; alguien toma todas las decisiones relevantes y, así, en los procesos de quiebras, por ejemplo, se acumulan todos los juicios en un solo juez. Aquí no; aquí lo que ocurre es que todo lo administrativo está concentrado, pero tienes procedimientos repartidos por todos lados, discutiendo problemas relevantes al concurso. Y eso te genera una debilidad seria en el sistema.

Entonces, el hecho de que conceptualmente el sistema judicial sea mejor, no significa que esta receta es la que mejor va a funcionar. Puede tenerse males distintos y remedios distintos. Y creo que eso es lo que ha pasado en el Perú; lo que ocurrió en el Perú es que había tan poca confianza en la viabilidad del sistema judicial, que se ha generado un esquema administrativo paralelo que tiene problemas de carga procesal muy grande, pero que dentro de todo ha funcionado con más dinámica que en la ley de quiebras. Lo que ha pasado es que se ha escogido, no la opción perfecta porque se ha asumido que la que sería conceptualmente perfecta, es totalmente imperfecta en la práctica.

GDC: Debería ser un sistema judicial porque hay aspectos importantes de la crisis que no se pueden resolver desde el punto de vista administrativo. Por

ejemplo, el tema de los períodos de sospecha, que son sospechas sobre actos de disposición del deudor en ánimo de beneficiar a algún acreedor y perjudicar a los otros que no conocen de la crisis y, por ello, siempre debe haber la posibilidad de declarar ineficaz determinados actos de disposición y esto debe involucrar a la autoridad que tiene la obligación y la responsabilidad de declarar ineficaz esos actos, de conocer la crisis y poder evaluar sus decisiones a partir de ella. Eso hace necesario que un conductor del proceso, lo sea del proceso en general, y no que estas decisiones sean tomadas por un juez que no está involucrado directamente con la crisis. A efectos de la homologación de un acuerdo oponible a todos, el análisis de si el acuerdo es abusivo o no lo es para efectos de hacerlo valer judicialmente frente a otros acreedores hostiles, hacen necesariamente que exista una autoridad que tenga la capacidad, no solamente de homologar sino de hacer ejecutar las decisiones que tome la junta de acreedores o, eventualmente modificarlas.

El caso de la suspensión de pagos es algo que vale la pena comentar. En el Perú tenemos mucho temor a las decisiones judiciales porque tenemos miedo, por ejemplo, de no acatarlas en tanto somos susceptibles de ser perseguidos penalmente. Hay un caso famoso, de una empresa que debía 300 millones de soles y un juez de la provincia de Pisco fue capaz de suspender la celebración de una junta de acreedores. Bastó la decisión de un pequeño juez de Pisco para que 300 millones de soles de una junta de acreedores, donde inclusive había bancos multinacionales que operan en el mercado, suspendan cualquier decisión ante el temor de cometer desacato a una orden judicial. Sin embargo, las normas de la ley concursal son normas de derecho público que contienen *per se* un mandato imperativo -suspéndanse cobros judiciales, pagos no voluntarios por parte del deudor- y, no obstante ello, esos mismos acreedores que frente a la decisión de un juez de una provincia suspenden la celebración de una junta, pasan por sobre la ley en tanto nadie hace que se ejecute y, por ejemplo, un banco puede encontrar dinero en la cuenta corriente de una empresa sometida a suspensión y aplicar el criterio de compensación entre lo que le deben y el dinero disponible en la cuenta. Ello, al margen de la propia ley sabiendo que no hay nadie que genere una obligación real de cumplirla y sin que haya desacato judicial en ese caso; simplemente, existe

la inobservancia de una norma de la ley de reestructuración patrimonial.

Por estas razones es necesario que exista una autoridad con capacidad de generar tutela efectiva y, en el Perú, lamentablemente, no porque la ley esté mal diseñada, sino porque no encontramos un esquema donde la administración de justicia sea eficiente, donde ésta permita generar jueces competentes en materia concursal, como una especie de fuero especial, adecuadamente remunerado y con incentivos suficientes para que profesionales acudan a la magistratura. Y es así que nos hemos visto en la necesidad de administrativizar el proceso. Pero hay que comenzar a generar nuevas innovaciones porque tampoco podríamos dejar de tener en cuenta que el INDECOPI, dentro de lo que son las instituciones del Perú, está catalogado como la institución más seria; quizás, habría que dotarla de mayores facultades para, precisamente, evitar de que estos abusos se cometan y, eventualmente, buscar un mecanismo que permita suplir de manera más eficaz la serie de debilidades que tenemos en la generación de tutela a favor la masa de acreedores, en situaciones de actos de disposición abusiva o actos de manifiesta negligencia, de una y otra parte.

¿Es factible la reestructuración de empresas con accionariado difundido?

DGB: Hemos tenido exitosos procesos de reestructuración de empresas con accionariado difundido en los Estados Unidos, tales como Bloomingdale's, Texaco, Eastern Airlines, etc. Algunos sostienen que en el caso de este tipo de entidades, no es necesario tener un largo proceso de negociación. Si realmente existe información pública acerca de estas grandes firmas, se podrá tener un adecuado proceso de recapitalización y de emisión de acciones. De este modo podrán reunirse nuevos recursos y luego distribuirlos entre los antiguos acreedores, sin que haya necesidad alguna de un complejo proceso de negociación. Dado entonces que existe información disponible, puede utilizarse el mercado de capitales para reestructurar la compañía. Se necesita, de cualquier modo, cierto tipo de procedimiento legal porque para poder recapitalizar la firma se requerirá algún mecanismo para cancelar el antiguo interés y para otorgar limpio título a las personas que compran la nueva compañía.

¿ La participación del Estado como deudor o acreedor en un proceso de insolvencia, requiere algún tipo de regulación especial ?

DGB: En realidad, este ha sido un gran problema para nosotros en los Estados Unidos. Típicamente el gobierno es más un acreedor que un deudor, sobretodo en lo referente a acreencias tributarias. Actualmente, uno de los grandes casos en nuestra país es el de una firma que iba a proveer servicios de telefonía por satélite alrededor del mundo. Para ello obtuvo una licencia de la *Federal Communications Commission* (FCC), mediante el pago de una primera cuota y con la obligación de cancelar el saldo posteriormente. De este manera, la agencia gubernamental terminó siendo un fuerte acreedor de dicha firma. El principio que tenemos para manejar este tipo de problemas está referido a tratar de separar el rol que el gobierno juega aquí. La FCC, por ejemplo, es un regulador del espectro radioeléctrico y como entidad reguladora tiene la facultades constitucionales de coacción, ejecución y varias otras, pero ello nada tiene que ver con el hecho de que se le deba dinero o con que la firma se encuentre en un proceso de insolvencia. En este caso, la referida firma debe a la FCC varios millones de dólares. Y lo que pretendemos es que las normas distingan que el FCC, dentro de lo que hace esta firma, regula por igual a todos los que usan el espectro radioeléctrico. Pero eso debería ser ineficaz en un proceso de insolvencia, porque si lo que se trata de hacer es cobrar el dinero que la firma efectivamente debe a uno y otro acreedor, entonces debiera ser tratado del mismo modo que los demás. Y así, lo que se pretende es que cuando el Estado sea un acreedor, se le trate como a cualquier otro, sin interferir con sus facultades constitucionales. Y el problema que hemos tenido, es en separar esos dos puntos.

Básicamente, la idea es que si el Estado es un acreedor debiera ser tratado del mismo modo que los demás acreedores, porque si se le otorgan privilegios especiales entonces deja de ser uno de ellos. Si el Estado participa en el mercado como acreedor, la única manera de mantener el correcto funcionamiento del mismo, es asegurarnos que sea tratado como los demás.

¿Que tipo de estructura se ha establecido para el cobro de acreencias en los Estados Unidos? ¿Qué orden siguen los acreedores?

DGB: En esta materia existe una notoria diferencia

entre las leyes de los Estados Unidos y las leyes de otras naciones. En una primera aproximación tenemos la siguiente división: préstamos de dinero y constitución simultánea de garantías como colaterales. Un banco que hace esto y sigue los procedimientos adecuados, cobra primero que el resto. Todos los demás están en el mismo grupo y son tratados del mismo modo. Esto puede explicarse mejor con un ejemplo. Una firma vale 150 y existe una garantía constituida hasta por 100 a favor de un banco. Hay, asimismo, trabajadores a quienes se debe 50; existe otro banco que no constituyó garantía a su favor sobre activo alguno de la firma y al que se le debe 50; hay inversionistas a quienes se les debe 50; hay una víctima a quien se le debe 50 por concepto de indemnización; existe una deuda tributaria ante la autoridad gubernamental hasta por 50. A primera impresión, el banco tendría que cobrar primero y los 50 que restantes tendrían que dividirse entre los demás acreedores. No distinguimos entre trabajadores impagos, acreedores generales, víctimas de accidentes, o entidades recolectoras de impuestos. Todos ellos son simplemente acreedores y ninguno vale más que el otro.

Lo anterior es cierto, sin embargo, sólo en una primera aproximación. Al leer el *Bankruptcy Code*, en la parte referente a la distribución de los recursos en caso de quiebras, existen prioridades establecidas para asegurar el pago a los trabajadores y también para el caso de acreencias tributarias. Pero la regla y antecedente general, no establece diferencias entre los acreedores. De lo contrario, se diseña una estructura donde existe presión de diferentes tipos de prioridades, que incentivará a las personas a obtener y demandar un trato especial y prioritario frente a los demás. Y, entonces, las viudas tendrán prioridad, las compañías de tarjetas de crédito tendrán prioridad y todos obtendrán prioridades.

En realidad prefiero el otro sistema, donde no se cae en el juego de quien es más noble. Y en parte porque crea distorsiones. Asegurar legalmente que el pago a los trabajadores se realizará antes que cualquier otro pago a los demás acreedores, no constituye una verdadera garantía. Hay formas en las que se pueden proteger a los trabajadores y en las que se pueden proteger a los demás acreedores. Probablemente, una de las más grandes fallas en los Estados Unidos, ha sido el fracaso en comprender que los diversos tipos

de protección que quieren hacerse efectivos tienen que ser aplicados antes de "cruzar el límite". Y así, sería mucho mejor tener normas que, por ejemplo, dispongan el pago a los trabajadores cada dos semanas o , cuando hablamos de deudas tributarias, que dispongan el pago continuo de las mismas estableciendo una sanción penal para los administradores o directores. En otras palabras, es mucho mejor tener normas destinadas a proteger a los trabajadores en todo los ámbitos, que tener normas especiales que los protejan en el mismo procedimiento de insolvencia.

¿Qué lógica tiene el orden de preferencia de acreedores en el Perú?

AB: Bueno, la pregunta es cual de las preferencias; creo que éstas tienen lógicas muy distintas. Las dos primeras, las referidas al superprivilegio laboral y el privilegio alimentario, básicamente, responden a consideraciones más sociales que económicas y legales, evidentemente, ya que la Constitución nos habla del privilegio del crédito laboral sobre cualquier otro crédito. Ahora, desde el punto de vista económico, es totalmente distinto a las razones por las cuales se tiene el tercer orden de preferencias, que es el de garantías, embargos, gravámenes. En este último, existe un tipo de responsabilidad referida a la petición de garantías y a una mejor cobertura, lo cual necesariamente tiene que dar ventajas a quien las constituyó, cuando se concurre con otras acreedores que no han cumplido con eso. El cuarto orden de preferencias tiene que ver con razones casi públicas: la administración tributaria es el estado y como tal tiene que cobrar antes que cualquier otro porque es el titular del interés público. Y, finalmente, quedan los que no encajan dentro de tales categorías.

Esto determina un sistema de privilegios bien curioso porque las razones de la prelación son distintas en cada caso. Hay una decisión legislativa basada en parte en la Constitución, en parte en una lógica económica, en parte que soy el Estado y tengo que cobrar antes, etc. Lo que más me preocupa son los créditos que están delante del tercer orden. Entiendo que hay norma constitucional pero en el Perú se genera un esquema que cubre cualquier nivel de remuneraciones por todo lo que se le deba al trabajador, con lo cual el trabajador pasa por delante de todo el mundo y genera un problema real, porque es muy

difícil para quien toma garantías poder calcular cual es la contingencia laboral en la empresa. Ello eleva el riesgo de cobranza, lo que, a su vez, eleva el costo del crédito y termina afectando indirectamente a los trabajadores porque, finalmente, hay menos crédito o el crédito es más caro. El resultado final es que hay menos trabajo, menos empresa y menos inversión.

Las preferencias obedecen a razones diferentes en cada caso y, en consecuencia, es difícil decir que lógica tiene sino que habrá que ponerse a pensar que lógica tiene cada preferencia y porque ha sido puesta allí. No creo mucho en el tema de que el privilegio laboral deba funcionar, por lo menos, de esa manera. La razón por la que se tiene privilegio laboral es por el carácter alimentario del crédito laboral. El crédito alimentario sí puede justificar una protección, mientras se consigue trabajo, digamos, una protección preliminar. No quiere decir que no se tenga crédito, quiere decir que a lo más se podrá cobrar, como en algunos países, tres sueldos y hasta se fijan en unos topes; o sea que, si el gerente general ganaba 100 mil dólares al mes, no se le da ese monto sino que se le da hasta cierto lugar de preferencia y en lo restante pasa atrás, porque el total de dicho monto no son para preservar su carácter alimentario. Entonces, incluso reconociéndole el valor social que esa preferencia pueda tener, hay que tomar con pinzas esto y entonces otorgarla hasta donde sea razonable conceder un privilegio.

GDC: En principio, todo esquema de concurso establece que todos los acreedores son iguales y solidarios respecto a las potenciales pérdidas que el deudor común pueda generar y la generación de privilegios están consideradas como excepciones a este principio de solidaridad de las potenciales pérdidas y cada clase tiene sus propias explicaciones. En el caso de la laboral, la explico y está explicado en la doctrina, bajo el principio de que no es posible que el deudor que está sometido a una relación de dependencia -es decir, subordinada- pueda negociar con su deudor, una condición de obtención de garantías, porque bajo un criterio de dependencia absoluto no puedo tener la capacidad de negociar como un empleador y eso hace que la ley sustituya, por la vía del privilegio laboral, la imposibilidad de negociar una mejor condición de acreedor respecto del resto de acreedores. Pero esto no es extensible a toda remuneración y a todo tipo de trabajador bajo un criterio de dependencia, sino solamente a aquellos que bajo el criterio de

subordinación no tienen capacidad de negociación. Eso no alcanza, por ejemplo, al gerente general de la empresa que sí la tiene y que muchas veces es el dueño de la empresa y que, en consecuencia, no debería ser contemplado bajo este principio del privilegio.

El concepto del privilegio particular o especial, que es el de los acreedores de tercera prelación, tiene relación en la capacidad de quien incurre en mayores costos de transacción. Quien analiza el riesgo y toma una garantía debe ser necesariamente preferido respecto de otros que no lo hicieron en el momento de asumir el riesgo, con la limitación de la constitución de la garantía, lo que se denomina período de sospecha; es decir, si esta garantía la constituyo después de tener el riesgo y antes de hacerse evidente la crisis, pero yo habiéndola conocido antes, este privilegio no podría ser opuesto a otros acreedores que por asimetría de la información no conocieron de la situación de crisis. Y eso explica los dos grandes privilegios que existen: el general de los trabajadores y el especial de los hipotecarios o prendarios.

Respecto a la administración tributaria, la existencia de una deuda tributaria no deviene de un compromiso o un acuerdo entre la administración tributaria y el deudor, es una obligación legal que al incumplirla no puede de ninguna manera ser considerada como una obligación del mismo rango o bajo el mismo criterio de una obligación que se asume voluntariamente. La administración tributaria es recaudadora, no existe ninguna voluntad de ésta de generarle crédito al contribuyente. Es, simplemente, recaudar los impuestos que por ley se tienen que pagar y, en consecuencia, allí hay una razón de generarle un privilegio respecto de los acreedores comunes. Hay que tener siempre en cuenta, que en otros sistemas, los únicos que los concursos involucran de manera obligatoria son a los denominados acreedores quirografarios y no a otros; los otros voluntariamente pueden acceder o, eventualmente, ejecutar sus garantías y cobrar respectivamente su crédito.

¿Considera que el sistema de reestructuración patrimonial ha funcionado adecuadamente en el Perú? ¿Ha cumplido éste con los objetivos propuestos, dentro del actual contexto económico?

AB: Es una pregunta complicada. El sistema de reestructuración ha mejorado las perspectivas que se tenían del sistema concursal bajo la ley de quiebras.

Lo ha hecho más manejable, pero no puede decirse que ha llegado a un óptimo y está, ciertamente, muy lejos de ese óptimo. Hay varios factores que contribuyen a ello. Uno ha sido la existencia de una cultura empresarial; no me refiero sólo a las empresas sino también a los bancos, a los acreedores, incluso a los trabajadores, con una mala comprensión de lo que es una empresa y de por qué una empresa existe en el mercado, de una mala comprensión del propio concepto de competencia en el mercado y el hecho de que la salida y la liquidación de empresas no es un elemento necesariamente malo en el sistema. Esto ha generado una idea errónea. Si se realiza una encuesta sobre para qué sirve un sistema de reestructuración y se va a decir “para salvar empresas”, pero cuando se analiza al estadística se descubre exactamente lo contrario: sirve básicamente para liquidar empresas y, de pronto, se está salvando más de las que se debería salvar, si es que puede hablarse de salvataje propiamente. Allí se tiene un problema real del sistema, cuya función principal debería ser sincerar, hacer fácil el sinceramiento reduciendo costos de transacción. No creo que haya sincerado todo lo que debería sincerar, creo que está bastante lejos de sincerar lo que sería óptimo que sincere.

Debemos cambiar esta idea de un sistema concursal para salvar empresas. Es un sistema para encontrar la mejor alternativa, para extraer el mayor valor social de la empresa en cada circunstancia. Si entendemos eso, posiblemente, enfoquemos el asunto ya de otra manera. No es un sistema para proteger a los deudores, es para proteger a la empresa. Es un sistema básicamente para proteger el crédito, que protege al acreedor otorgándole una mejor oportunidad de cobro y así reducir los costos del crédito. Si comparas el impacto que tenía la ley de quiebras con el sistema actual, quizás el de ahora, en términos por lo menos comparativos, potencialmente puede contribuir más a ser objetos de crédito pero sigue haciendo éste muy costoso. Una prueba es que los bancos no simpatizan mucho con la reestructuración, es poco probable. Cuando se está enfermo la gente no simpatiza con estar en la cama pero por lo menos entiende que hay necesidad de estar en la cama para curarse. Creo que existe un problema de comprensión del sistema, de comprender la verdadera razón del sistema y que se ha reflejado en parte en como la ley ha estado hecha, la cual tiene cosas muy buenas pero también muy malas y, sobretodo, en esta secuela de modificaciones

continuas, que vienen una tras otra, que tratan de corregir algo que el sistema no puede hacer: la ley no va a hacer eficiente las empresas. Pero si se observan todas las modificaciones últimas, parecen esfuerzos para tratar de convertir a las empresas en eficientes por ficción legal. Esto no va a dar resultado, el sistema debe ser transparente, debe sincerar las cosas y eso, definitivamente, no ha venido ocurriendo.

GDC: Hay varias formas de ver porque camina o porque no camina. Lo que sí es cierto es que los esquemas de reestructuración son para permitir que las situaciones de crisis, generalizadas al interior de una unidad de negocios, sean adecuada y razonablemente resueltas. Las posibilidades de resolverla son o reprogramando deuda o reduciendo deuda o convirtiendo a acreedores en accionistas en la medida que haya alguna razón para ello. La crisis no se resuelve necesariamente con la aplicación de estas fórmulas, porque sobre la base de la que hay que partir es sobre la capacidad de pago que la empresa genera y allí hay un diagnóstico adecuado que hacer. Nuestro sistema ha venido trabajando, algo así como darle a los acreedores y deudores pequeños salvavidas en un gran océano, pero sin la posibilidad de llegar a puerto alguno. La gente cree que el sistema de protección al patrimonio es un sistema de rescate, pero definitivamente eso no nos lleva a ningún lado. El sistema de reestructuración debe ser conceptualizado o visualizado como una posibilidad donde necesariamente siempre van a haber heridos y muertos, pero van a tener que haber los muertos y heridos que sean necesarios para que alguna parte de la tripulación se salve y llegue a puerto. Si no entendemos un esquema de rescate como un esquema de dolores, de parte del deudor o los acreedores, no vamos a llegar a ningún lado y, finalmente, la realidad nos va a demostrar que lo único que vamos a lograr es simplemente hundir el bote. Y es por eso que cada día que vemos que el bote se hunde lo reinventamos, inventamos nuevos salvavidas; entonces, promulgamos la ley de fomento del sector agrario, sacamos una nueva modalidad de concurso preventivo para empresas azucareras y, eventualmente, seguiremos sacando nuevos salvavidas porque no estamos viendo las cosas con un sentido de perspectiva. El sistema funciona pero, para que funcione, la gente tiene que hacer lo que denomino el “luto del acreedor” y el “luto del deudor”; si no lo hace no hay posibilidad de salida.

¿Qué cambios pueden implementarse en el sistema peruano para obtener mayor rapidez en los procesos y mayor calidad en las decisiones? ¿Qué cambios concretos pueden implementarse en el sistema, en términos generales?

AB: Un cambio muy importante, es un cambio cultural, entendiendo el sistema como algo que comprende todo. Si creo que hay un tema de ir comprendiendo el verdadero alcance de un sistema de este tipo: comprender que es un sistema de sinceramiento y no un salvavidas.

Desde un punto de vista más operativo, en el tema legal y el tema de capacidad de acción, por un lado definitivamente el hecho de que el sistema sea administrativo, ha permitido grandes avances pero nos ha llevado también a grandes límites en lo que puede hacer el sistema; el sistema para avanzar aceptó que se autolimitaba. Y este problema va a tener que resolverse tarde o temprano: o se convierte al INDECOPI en una sala del poder judicial o se crea algo similar a nivel judicial, etc., pero tarde o temprano este problema va a tener que ser resuelto. Ahora se existen varios parches, pero el problema de fondo sigue sin atacarse y éste tiene que ver con la concepción del estado; el Poder Judicial es un poder autónomo que decide casos y que puede revisar cualquier decisión, tarde o temprano, con mayor o menor dificultad, pero siempre termina siendo el que revisa y, mientras eso sea así, el sistema no es certero. Todo el esquema de salvataje o incluso de liquidación ordenada está sujeto a la contingencia de lo que el juez diga mañana.

El segundo tema pasa por simplificar. Deben existir sólo dos procedimientos, con una estructura más flexible, más modular, más ajustable a cada caso. Uno de los grandes problemas del sistema judicial, es el tema de los créditos vinculados y toda la discusión sobre simulaciones de crédito. Si se tuviera una autoridad judicial que pide algo y se le miente, entonces eso será un delito y será muchos más manejable el procedimiento con mayores facultades para investigar y con menos dificultades. La solidez del sistema reposa mucho en la confiabilidad de la decisión de la administración. Lo que se ha ganado con el sistema actual es que la gente reconoce un mayor tecnicismo, pero se tiene un técnico con menores armas de las que debería tener: el juez es un mejor juez, pero no es juez; ese es un problema bastante complicado.

GDC: Yo tengo un anhelo en el tema de reestructuración, que es incorporar una reflexión seria de los esquemas preventivos de liquidación que son las instituciones de la novación concursal y la prescripción concursal, que son dos figuras que nuestra legislación debería incorporar. Porque el proceso en sí, cuando se abre, sea preventivo o liquidatorio, lo que hace es que acreedores que no concurren al proceso terminan concurriendo con acreedores con relaciones jurídicas de distinta naturaleza, de diferentes pactos y, finalmente, terminan siendo reprogramados por un simple acuerdo, un acuerdo homologable y uniforme para todos y entonces como quedan las relaciones, por ejemplo, derivadas de un contrato de compra venta de un bien respecto de las obligaciones de pago de un préstamo; cuál es el título sobre el cual se va a ejecutar; si no se paga qué contrato voy a hacer valer el original, el acuerdo homologado; qué dice el acuerdo homologado sobre mis obligaciones de saneamiento y qué pasa con esta obligación de saneamiento que es convertible en dinero por la vía de la indemnización. Estas cosas no están resueltas por nuestra norma vigente. El concurso preventivo es relativamente corto en términos de lo que se está estructurando allí.

Pero, a su vez, el tema de la prescripción es otro tema que entra a jugar aquí, porque la prescripción ¿se interrumpe o no se interrumpe?; quién verifica un crédito versus el que no lo verifica ¿tiene alguna ventaja uno con el otro cuando el esquema es preventivo, por ejemplo?; o ¿el simple hecho de votar a favor o en contra es la única diferencia entre reconocerse y no reconocerse? Creo que son aspectos fundamentales. En otros países, la prescripción concursal supone que quien no se verifica, o se verifica tarde o más tarde de lo que la ley señala, pierde su derecho a cobrar porque la función sobre la que se va a pagar es la función respecto del acreedor diligente. Y es diligente el acreedor que concurre al proceso y quien no concurre lo que hace no es beneficiar al deudor sino al resto de acreedores, en tanto la masa de acreedores se reduce en términos de tamaño. Y hay un plazo para verificarse, si no se produce la verificación dentro de este plazo, prescribe el derecho a verificarse y el derecho a cobrar y tu obligación se convierte siempre en una obligación natural.

Estos conceptos son fundamentales. Por ejemplo ¿qué pasa cuando los acreedores capitalizan dentro de un proceso de reestructuración? Extinguen sus

derechos en el concurso y se convierten en accionistas y puede ser que sean unos los que recapitalizen y otros no -el Estado, por ejemplo-. Y en ese caso, el Estado persigue en el proceso de reestructuración y los otros siguen siendo accionistas, pero las facultades de la junta de accionistas están reducidas a determinado tipo de acciones y otras son reservadas a los acreedores; hoy día, el único acreedor es el Estado, único acreedor porque no ha podido capitalizar, por ejemplo. Entonces, la novación resolvería este problema porque sobre el futuro permitiría regular nuevas relaciones jurídicas con los acreedores.

Estos conceptos deben introducirse en la ley para dar criterios de seguridad jurídica a los acreedores. No todos los acreedores que concurren son todos los acreedores que tiene la empresa. No todos pueden capitalizar y los que efectivamente capitalizan salen y los que no se quedan, y los que se quedan pueden modificar el plan haciendo perder más a los que capitalizaron de lo que teóricamente estaban dispuestos a perder al momento de reestructurar la empresa. Entonces, estos dos conceptos deben ser incorporados a la ley siempre sobre la base de dos únicos procedimientos. ~~AB~~