

“Mucho ruido, pocas nueces”

Sobre cómo nuestro sistema legal desincentiva el crédito

Grupo de Investigación de Ius et Veritas^(*)

Roxana Arellano García

Luis Fernando Castellanos Sánchez

Viviana de la Jara Salazar

Karla Gaviño Masías

Inés Martens Godínez

Margarita Valladares López

Dar crédito significa dar confianza y, en el mercado de crédito, confiar en que se va a recuperar el crédito otorgado. Al no existir confianza suficiente para garantizar el pago, el riesgo de no recuperar lo prestado se hace muy grande. Si el riesgo es muy grande, el costo del crédito es muy elevado, porque el acreedor debe (i) recuperar el crédito que dio; (ii) neutralizar el riesgo en el que incurre; y, (iii) obtener una ganancia. En las sociedades actuales utilizar la confianza personal para otorgar crédito no es una opción: las sociedades son muy complejas y las poblaciones muy grandes. Es por eso que los acreedores confían en el sistema legal para solucionar sus problemas. Se ha cambiado la confianza personal por la confianza en el sistema legal. Pero, ¿qué ocurre cuando el sistema legal no funciona? Así, el acceso al crédito se reduce. El costo de recuperación del crédito, el que se reduce a través de la recurrencia a sistemas basados en la confianza personal⁽¹⁾, aumenta y es trasladado al deudor.

Hemos optado por analizar los cuatro grandes entrapamientos legales que debe atravesar el crédito en el Perú.

a) El sistema de financiamiento. En el sistema directo o bursátil, al ser el mercado de valores peruano muy restringido, desarrollamos un ítem específico de la legislación bursátil que creemos limita el acceso a este sistema: el Prospecto Informativo.

El sistema bancario o indirecto. No sólo encontramos que existen problemas en la legislación bancaria, sino que la legislación en otras áreas del Derecho, como el sistema de ejecución de garantías, afecta al sistema bancario nacional, aumentando el

riesgo de no recuperación de los créditos y, por ende, encarece el crédito.

b) El sistema concursal. La legislación concursal peruana es una de las más modernas, no sólo de Latinoamérica sino tal vez del mundo. Sin embargo, existen aspectos aún por mejorar. Estos no pueden dejarse de lado, pues un alto porcentaje de empresas nacionales está inmersa en procesos de insolvencia.

c) El sistema de garantías es un tema de suma importancia en lo que a crédito se refiere. Un sistema de garantías eficiente debe asegurar la recuperación del crédito otorgado. Creemos que las mayores deficiencias legales para el desarrollo de la economía se encuentran en este punto.

d) El sistema judicial es también un problema de gran magnitud. Más aun si éste está a cargo de uno de los poderes del Estado, que sufrió durante los años '90 una grave crisis. En este punto, se exploran algunos temas de la necesaria reforma judicial, así como formas más eficientes de ejecutar las garantías.

Asimismo, exploramos otros factores que restringen el crédito en nuestro país, siendo uno de los más importantes la protección del deudor frente al acreedor, un mal llamado principio, frecuentemente consagrado por los legisladores nacionales que, además de ser fruto de una equivocación, genera ineficiencia en nuestro sistema crediticio.

Finalmente, se incluye una breve explicación del seguro de crédito, un paliativo a estos problemas. Sin embargo, es importante señalar que, al ser únicamente un paliativo, no es una solución a los problemas

(*) Agradecemos los aportes de los profesores José Juan Haro, Alfredo Bullard, Huáscar Ezcurra y Reynaldo Bustamante y, especialmente, a Álvaro Díaz por sus valiosos comentarios.

(1) INFOCORP, por ejemplo.

propuestos; más aun si es eficiente únicamente en ciertas actividades.

Creemos que en una economía aún en vías de desarrollo como la nuestra, el sistema legal no debe configurar un obstáculo más para el desarrollo económico. Progreso que constituye un punto prioritario en la agenda pendiente de gobernantes, legisladores y magistrados nacionales.

1 El sistema de intermediación financiera.

En la actualidad el tema financiero reviste gran importancia en el desarrollo de un país, pues de su funcionamiento depende en gran medida el progreso económico. Como señala Figueroa “el crecimiento y el desarrollo económico dependen principalmente de la cantidad y calidad de la inversión realizada en un país”⁽²⁾. El sistema financiero tiene incidencia directa en estas dos características, por lo tanto, si su utilización reviste altos costos, el impacto en la economía global será negativo⁽³⁾.

1.1 Financiamiento por intermediación directa: el mercado de valores.

El mercado de valores peruano tiene un largo camino por recorrer antes de llegar a ser un instrumento de financiamiento empresarial eficiente. Numerosos problemas aquejan a esta herramienta vital de la economía. Al igual que otros de los tópicos abordados en la presente investigación, muchos de ellos nacen de una asfixiante, inadecuada, y equivocada regulación.

El Documento de Trabajo del Ministerio de Economía y Finanzas, “Acceso a financiamiento a través del mercado de valores”⁽⁴⁾, (en adelante “el Documento”), es un importante estudio de la realidad del mercado bursátil nacional. Una consulta ciudadana de esta naturaleza es un paso importante para sincerar nuestra legislación y concordar lo establecido por ella con las necesidades del mercado. Concordancia, por cierto, sumamente importante a fin de dar eficiencia a nuestro mercado de valores.

Si bien las modificaciones realizadas en nuestra legislación bursátil han solucionado muchos de los problemas existentes, aún quedan muchos aspectos por

mejorar. Somos conscientes, además, de que no solamente la normatividad es la que cambiará para mejorar el mercado de valores peruano. Otros factores como los económicos, políticos y sociales son de gran importancia. En este trabajo, nos ocuparemos únicamente del aspecto jurídico⁽⁵⁾.

Dada la amplitud de la materia aquí tratada, nos concentramos en la reglamentación de la Oferta Pública Primaria (en adelante, OPP), específicamente en lo que respecta al Prospecto Informativo. Este punto presenta, en nuestra opinión, un terreno de obligado cuestionamiento y reforma.

1.1.1 La oferta pública.

Según el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, (en adelante “la Ley”), la OPP es “la invitación, adecuadamente difundida, que una o más personas naturales o jurídicas dirigen al público en general, o a determinados segmentos de éste, para realizar cualquier acto jurídico referido a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios”. Asimismo, el artículo 6 del Reglamento de Oferta Pública Primaria y de venta de valores mobiliarios (en adelante “el Reglamento”) dispone ciertas precisiones en cuanto al alcance del término “oferta pública”. Para ello define ciertos conceptos como “invitación” y establece que ella estará “adecuadamente difundida” si es que se transmite por los medios adecuados. Asimismo, determina lo que se entenderá por “público en general” y establece que un “segmento del grupo” requiere de tutela siempre que el número de personas involucre el interés público, establece en cien el número de personas respecto de las que se presume, requieren de tutela. Es importante anotar que los criterios señalados en estas normas son bastante generales, y que la caracterización de una oferta como pública, no siempre es pacífica.

Es por ello que el asunto no es tan claro para la doctrina extranjera. Luis de Carlos Bertrán concluye en cuanto al tratamiento de la oferta pública en el Derecho Comparado que no existe “un concepto uniforme de oferta pública ni unos criterios comunes para caracterizarla. Por regla general, el criterio cuantitativo se considera insuficiente y debe tenerse en cuenta otros factores cualitativos como las

(2) FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. *Derecho Bancario*. Librería y Ediciones Jurídicas, 2000. p. 101.

(3) Para un análisis estadístico del problema puede consultarse: PROINVERSIÓN. *Indicadores económicos y sociales. Edición 2002*. Lima: PROINVERSIÓN, 2002.

(4) Ministerio de Economía y Finanzas. *Acceso a financiamiento a través del mercado de valores*. Separata especial del diario oficial *El Peruano*. Lima, 23 de mayo de 2001.

(5) Pueden consultarse en la web algunos trabajos de Rafael La Porta, a través de los cuales nos damos cuenta de la importancia de las regulaciones para la economía (<http://post.economics.harvard.edu/faculty/laporta/papers.html>).

características de los destinatarios y los medios utilizados para la realización de la oferta, en particular, la publicidad y la participación de intermediarios financieros”⁽⁶⁾. Teniendo en cuenta las normas nacionales, Gerardo Serra Puente-Arnoa la define como “una manifestación de voluntad, tenga ésta el carácter de invitación a ofrecer, simple oferta o promesa unilateral, dirigida a un conjunto de personas indeterminadas o a un conjunto determinado de éstas, siempre que requieran de la tutela que dispensa el ordenamiento legal del mercado de valores; realizada a través de un medio idóneo para dar a conocer el contenido de la misma, con el propósito último de propiciar la realización de cualquier acto referido a la colocación, adquisición o disposición de valores, incluyendo el derecho u opción de suscripción o adquisición”⁽⁷⁾.

Cabe señalar que la **oferta pública primaria** es aquella en la cual se emite, con ocasión de la venta, por primera vez, los títulos que representan deuda o capital, mientras que en el **mercado secundario** se negocia las compraventas siguientes a la OPP. Ambas ofertas se necesitan entre sí. Asimismo, la secundaria necesita de un mercado lo suficientemente líquido para que las acciones sean revendidas rápidamente y sin dificultades, y para que el inversionista recupere su inversión con celeridad.

1.1.2 La regulación de la oferta pública primaria. El Prospecto Informativo.

Según el Profesor Richard Posner⁽⁸⁾, la regulación de los mercados de valores se inició con el derrumbe de la bolsa de valores en 1929 y con la idea de que dicha caída fue originada por el “fraude, la fiebre especulativa y otros abusos”⁽⁹⁾. Para este autor, esta es la causa de que se trate de impedir otro derrumbe con

“el requerimiento de que las nuevas emisiones de valores se vendan sólo por medio de un prospecto que deberá someterse a previa revisión de la SEC -*Securities and Exchange Commission*⁽¹⁰⁾-, a fin de asegurar que contenga toda la información (incluida la información adversa) que la SEC considere importante para los inversionistas”⁽¹¹⁾. Sin embargo, Posner cree que la referida crisis tuvo su origen no en la caída de los precios de los valores mobiliarios sino que, por el contrario, la probabilidad de una caída en la actividad económica fue la causa de la disminución de los precios de los referidos bienes⁽¹²⁾.

Vemos pues que lo que se ha venido en llamar el sistema de divulgación obligatoria, no es propio únicamente de nuestra legislación y constituye una respuesta política y legislativa al riesgo de fraude y especulación que originó la Gran Depresión de los años treinta. Sin embargo, ¿fue dicho sistema la respuesta adecuada?, ¿cumple realmente su propósito proteccionista el sistema de divulgación obligatoria? Algunas evidencias nos hacen inclinarnos por la respuesta negativa, veamos por qué.

Si queremos incorporar inversionistas al sistema de financiamiento bursátil, en primer lugar, debemos preguntarnos **¿quiénes** son dichos inversionistas? Evidentemente, no son los inversionistas institucionales, pues ellos ya son parte del sistema y participan constantemente del mercado de valores. La persona en la cual pensamos es en el ciudadano común que decide invertir, aquél que tiene un monto considerable de dinero y que, en lugar de depositarlo en un banco, decide apostar por el mercado de valores.

Allí está la competencia con el sistema bancario, este inversionista sabe que ganará más invirtiendo en la Bolsa que ahorrando en el Banco, por eso la Bolsa no es competencia para los Bancos⁽¹³⁾. Si logramos que el

(6) DE CARLOS BERTRÁN, Luis. *Régimen jurídico de las ofertas públicas de suscripción y venta de valores negociables*. Madrid: Civitas, 1998. p. 216.

(7) SERRA PUENTE-ARNOA, Gerardo. *El mercado de valores en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco, 1999. pp. 174-175.

(8) POSNER, Richard A. *El análisis económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. pp. 420 y ss.

(9) *Ibid.*, p. 420

(10) La *Securities Exchange Commission* (SEC) es la oficina norteamericana encargada de proteger a los inversionistas y mantener la integridad de los mercados de valores.

(11) POSNER, Richard A. Op. cit.; p. 420.

(12) *Ibid.*

(13) El mercado de valores es aquel lugar donde “se negocian promesas de dinero futuro representadas mediante valores, que son instrumentos jurídicos con carácter transferible, representativos de derechos (...) es un mercado de negociación abierto al público y fundamentalmente organizado más que negociado” (PAYET, José Antonio. *Razones para regular el mercado de valores*. En: *Themis*. No. 33. Lima. pp. 93-94). La gran ventaja del mercado de valores (sistema de financiamiento por intermediación directa) frente al financiamiento por intermediación indirecta, es que no hay un agente conector entre el agente superavitario y el deficitario, por lo que la ganancia para ambos, al no tener que compartirla con el intermediario, es mayor. La principal desventaja, sin embargo, es no contar con la estructura que tiene un banco, el cual otorga menores ganancias a sus inversores-ahorristas, pero el riesgo de perder lo invertido es mucho menor. El mercado de valores otorga mayores ganancias a quienes están dispuestos a poner en mayor riesgo su dinero.

sistema bursátil sea competitivo frente al sistema bancario tendremos varias consecuencias beneficiosas: (i) un aumento en las tasas de interés bancario para los ahorros (interés pasivo); (ii) mayores posibilidades de financiamiento en Bolsa al existir más capitales dispuestos para ser invertidos; lo que a su vez conllevaría (iii) una reducción de las tasas de interés por préstamos (interés activo) en los Bancos pues, al existir competencia, éstos tendrían que hacer que su producto sea más atractivo al ahorrista y a quien busca buen financiamiento.

La segunda pregunta que debemos hacernos es, ¿por qué el común de los inversionistas no se atreve a invertir en el mercado de valores? La respuesta es que el riesgo es mucho mayor que en el sistema bancario, éste se sostiene en una regulación especial y sumamente proteccionista. El principal activo de los bancos es la confianza, es por ello que requieren una regulación especial, cuya razón de ser es proteger al ahorrista por sobre todas las cosas. El inversionista común no goza de estos beneficios en la bolsa, si va a un banco a depositar los ahorros de toda su vida, sabe que el sistema legal lo protege de algún posible quiebre del sistema. Además, el Estado supervisa la administración de dicha entidad. Dichas medidas le dan tranquilidad. No conoce de Derecho Bancario, no sabe de economía, pero el Estado vela por la seguridad de sus ahorros. En cambio, la Bolsa de Valores, aquél lugar inhóspito, cuenta con la supervisión del Estado pero no en la magnitud con la que cuenta un banco. Si no elige correctamente puede perder todos sus ahorros. Si hace la elección apropiada, puede ganar mucho más que en un banco, y mucho más rápido. Es importante señalar que en un país como el nuestro, es difícil encontrar a inversionistas no institucionales. El ciudadano peruano promedio muy difícilmente tiene una cuenta de ahorros en un banco, entonces, ¿cómo invertir en la Bolsa? Regularmente, en el mercado bursátil se invierte sumas de dinero bastante mayores que en un banco.

Tercera pregunta, ¿a quién protege el Estado con el sistema de divulgación obligatoria? No es al inversionista común, pues es evidente que “(e)scritos en una inteligible jerga legal y contable, los prospectos no tienen valor directo para el comprador de valores

poco refinado”⁽¹⁴⁾. En el mismo sentido, a nivel local se ha suscrito este juicio, afirmando que “una política de transparencia es insuficiente, en la medida que la información financiera contenida en el prospecto informativo y presentada con la solicitud de registro es ininteligible para el común de los inversionistas”⁽¹⁵⁾. Por otro lado, en cuanto al inversionista institucional, cabría preguntarse qué tan útiles le son los referidos prospectos a una persona cuya **actividad principal** es la inversión, ¿la información contenida en dichos prospectos es toda la utilizada?, ¿podría obtener más y mejor información por sus propios medios?

A pesar de lo señalado con anterioridad, somos de la firme opinión de que la información es vital para el adecuado funcionamiento del mercado de valores, pues creemos que “un sistema de suministro de información contribuye al desarrollo de un mercado de valores transparente y de menor riesgo, reduciendo el costo del financiamiento a través de emisiones de valores”⁽¹⁶⁾. Puesto que al tener una menor información el riesgo del inversionista se incrementa y la valoración que realice de las acciones o bonos tiende a disminuir⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, lo que se ha querido resaltar es la inadecuada regulación del Prospecto Informativo. Éste no solo encarece la posibilidad de participar en una OPP a las empresas (encareciendo por consiguiente su financiamiento y poniendo mayores barreras de entrada a nuevos emisores), sino que no cumple a cabalidad el objetivo para el que fue diseñado: **brindarle información útil al inversionista**.

Las modificaciones a las normas de mercado de valores no han solucionado aún este punto. Si bien se ha flexibilizado los requisitos para participar en una OPP (Décima Disposición Transitoria y Final), el Prospecto Informativo, en teoría útil herramienta para el inversionista, no cumple su objetivo. El Prospecto Informativo no constituye una regulación eficiente en términos de protección del crédito. Los inversores institucionales tienen suficientes incentivos para conseguir la información contenida en los prospectos y aún más⁽¹⁸⁾. Los inversores no institucionales son una minoría. Al no estar especializados en esta actividad, no entienden el Prospecto Informativo, por lo que éste no cumple su objetivo. Además, en la mayoría de casos

(14) POSNER, Richard A. Op. cit. p. 420.

(15) PAYET, José Antonio. Op. cit. p. 101.

(16) SALINAS RIVAS, Sergio. *El financiamiento empresarial a través de la emisión de valores: ventajas, desventajas y perspectivas*. En: *Themis*. No. 37. Lima. p.71.

(17) *Ibid.*

(18) Tienen tantos incentivos para conseguir dicha información que el delito de *insider trading* o el uso de información privilegiada constituye un problema que afecta internacionalmente a los mercados de valores (basta con mencionar los casos de Enron Corp. Y World.com).

acudirán a una Sociedad Agente de Bolsa y será a ella a quien le confiarán la inversión de su dinero. Nuevamente, la Sociedad Agente de Bolsa tiene los incentivos necesarios para ubicar la información contenida en el prospecto y ofrecerla, digerida, a sus posibles clientes. En cuanto a las empresas que tienen que presentar el Prospecto Informativo, ellas también tienen suficientes incentivos para otorgar dicha información, puesto que un inversionista no invierte a menos que tenga suficiente información sobre el beneficio que conllevará la inversión.

A través de este mecanismo, la intención del legislador es procurar información igual y veraz para todos. Sin embargo, creemos que en este caso una regulación sancionadora posterior es más eficiente que una en que se exija requisitos que no cumplen su objetivo. Creemos que sería mejor un control permanente por parte de CONASEV, y una serie de sanciones para las empresas y auditores que utilicen información privilegiada o lleven a cabo fraudes. De esta forma se desincentivaría posibles actos que lleven a la pérdida del patrimonio de los inversores. Como ya se señaló antes, las empresas quieren que los inversores les confíen sus fondos, por lo que actuar en contra de sus intereses sería ir en contra de sí mismas.

1.2 El sistema bancario y su influencia en la economía.

Podemos distinguir dos grandes servicios prestados por los bancos: por un lado, encontramos (i) los servicios de depósito; por otro lado, tenemos (ii) el servicio de préstamos o concesión de créditos.

Nos enfocaremos básicamente en este segundo tipo de servicios. Al ser lo que nos interesa el análisis del acceso al crédito. Asimismo, el análisis se centrará en las personas jurídicas, que son las que más lo utilizan.

Es importante ver el problema desde ambos puntos de vista tanto de los oferentes de crédito (en el presente caso, los Bancos), como de los demandantes de crédito.

Las empresas tienen la necesidad de financiarse de manera efectiva y rápida, para mejorar sus servicios o expandirlos. Asimismo, los nuevos inversionistas necesitan el respaldo de entidades financieras que les brinden acceso al capital necesario para crear empresas en el Perú. Las entidades bancarias son, precisamente, las destinadas a satisfacer las necesidades de financiamiento de proyectos de inversión y de capital de trabajo. El problema en el Perú radica, básicamente, en los altos costos que supone acceder a un crédito bancario.

Las entidades financieras deben ser útiles para satisfacer la demanda de financiamiento. Sin embargo, encontramos tres grandes barreras que hacen que el sistema financiero peruano no sea una de las opciones más viables para el financiamiento empresarial. En primer lugar, por el alto nivel de incumplimiento, los requisitos que solicitan los bancos son excesivamente exigentes y no muchos demandantes de créditos están en la capacidad de cumplirlos. En el supuesto de que cumplan estos requisitos, surge un segundo problema, que consiste en que los procedimientos establecidos por las diversas entidades bancarias para la evaluación del cliente y aceptación de una solicitud de crédito toma demasiado tiempo; lo que trae como consecuencia que cuando el crédito solicitado es conseguido, la necesidad que se pretendía cubrir con el mismo desapareció o se acrecentó a tal punto que dicho crédito resulta insuficiente. Tercero, las tasas de interés que los Bancos cobran por cada crédito son muy altas. Como veremos a continuación, dichas barreras son producto de la combinación de muchas variables que han hecho que el sistema se vea obligado a actuar de dicha manera, lo que a largo plazo resulta desalentador.

Para acceder a un crédito es importante de quién se trata, en qué utilizara el dinero, etcétera. Para el estudio de cada solicitante se requiere gran infraestructura (como veremos más adelante) y esta es asumida por los futuros deudores del banco (así como asumen el incumplimiento de otros deudores).

1.2.1 Los requisitos para acceder a un préstamo: las diversas evaluaciones.

Los diferentes entes bancarios toman en cuenta una serie de factores, como ya mencionamos, que serán evaluados exhaustivamente con el fin de seleccionar al cliente idóneo (que cumpla con su promesa de pago), antes de brindar un crédito. Esta etapa de selección se caracteriza por consistir en una ardua investigación, lo que supone una importante inversión de recursos y, por lo tanto, un gasto que debe ser recuperado. Este sistema de control previo tiene la finalidad, precisamente, de calcular el riesgo específico que se corre en cada préstamo y la confiabilidad que ofrece el cliente solicitante. Por lo antes mencionado, desde la perspectiva de los oferentes de crédito, podemos decir que las exigencias para el otorgamiento de créditos para el consumo no deben verse como una limitación al crédito, sino como una cobertura frente al riesgo que significa un crédito para el consumo⁽¹⁹⁾.

(19) MARTHANS, Juan José. *El panorama del sistema financiero*. Entrevista en: *Eficacia. La Moneda*. Año 11. No. 117. Lima. p. 34.

Dentro de la evaluación del riesgo en el otorgamiento de créditos se sigue un procedimiento que consta de tres fases destinadas a “determinar la voluntad y habilidad del prestatario para pagar su deuda”⁽²⁰⁾.

En primer lugar, se realiza una entrevista entre el “oficial de créditos” y el solicitante del crédito. En segundo lugar, los datos básicos recogidos son derivados al Departamento de Créditos el cual investigará y analizará dichos datos además de los estados financieros de la empresa. Todos los resultados de esta recopilación son mostrados a manera de informe al oficial de créditos, quien luego de un segundo análisis determinará el contenido de la decisión final. Es por eso que los bancos cuentan hoy tanto con un área de recuperación de créditos, como con un área de evaluación de su otorgamiento.

La entrevista inicial debe ser guiada de la manera correcta pues a través de esta deben determinar las cinco “C” del crédito: carácter, capacidad, capital, colaterales y condiciones del solicitante.

a) El **carácter** es un factor determinante. Trata de revelar la honestidad e integridad -o falta de esta- del solicitante. Para determinar esto es importante la actividad anterior del solicitante.

b) La **capacidad**. Se refiere específicamente a la capacidad y seguridad que debe mostrar la gerencia de una empresa. Si la empresa posee una gerencia poco convincente y sin determinación en sus decisiones, a pesar de tener estados financieros excelentes, la respuesta a la solicitud de crédito de dicha empresa puede ser negativa. Por el contrario, si la gerencia es excelente, aunque sus estados financieros no sean tan atractivos, la respuesta podrá ser positiva, porque el banco razona de esta manera “puede lograr un buen rendimiento por cada dólar invertido”⁽²¹⁾.

c) El **capital** se refiere al respaldo monetario que la empresa posee, respecto a este punto es bueno para los bancos saber no sólo cual es la cantidad de capital sino cual es la fuente de ese aporte, los dueños de la empresa o los acreedores de la misma.

d) Los **colaterales** son todos aquellos factores que puede presentar el demandante de crédito para sopesar debilidades de algún otro factor pero solo será capaz de “mejorar un buen préstamo”⁽²²⁾ no de convertirlo en tal.

e) Por último, la **condición** se refiere al progreso que presenta de manera global un tipo de actividad

determinada (al que se dedique la empresa) y la situación de la economía del país en general pues esto es de gran influencia en los problemas de pago que luego podrían surgir.

La información recogida por el departamento de créditos se puede dividir en tres grupos: (i) la información **histórica**, que se refiere a la evolución que ha mostrado la empresa a través de los años y sobre la base de esto la proyección de logros a futuro de la misma; (ii) la **investigación**, que se refiere a la información obtenida de otros bancos y de agencias especializadas como INFOCORP en el caso peruano ya que aunque en un primer momento se confía en los balances e información provista por el cliente esta debe ser corroborada; (iii) por último, tenemos la información de tipo **financiera** que se refiere en estricto a los balances de la empresa solicitante del crédito.

Como se infiere por la breve explicación que antecede, este procedimiento requiere incurrir en un fuerte gasto por parte de los entes bancarios, pues como afirmamos anteriormente, dado el riesgo que supone prestar dinero, los bancos deben tratar de asegurar el posterior pago de dicha deuda.

1.2.2 La demora en el otorgamiento del crédito.

El segundo problema que tiene que enfrentar la empresa que solicita un crédito bancario es el tiempo que toma este proceso, tiempo que puede hacer que el crédito solicitado pierda su utilidad y no tenga el impacto positivo que se esperaba en la empresa. Debemos tomar en cuenta que esto aumenta las posibilidades de fracaso de la inversión y, por lo tanto, el riesgo de incumplimiento de la deuda. No basta con un mecanismo más eficiente de evaluación, sino que los bancos se encuentran en un círculo vicioso: deben realizar todos estos procedimientos porque existe un alto índice de incumplimiento y, al mismo tiempo, estas evaluaciones pueden incrementar indirectamente el incumplimiento porque la demora puede hacer que la inversión sea fallida.

1.2.3 Las altas tasas de interés.

El tercer problema es la alta tasa de interés cobrada por los bancos al brindar un préstamo. Los motivos de ésta deben ser analizados con detenimiento ya que su establecimiento responde a una serie de variables y no a decisiones arbitrarias de las instituciones financieras.

(20) VILLACORTA CAVERO, Armando. *Productos y servicios financieros. Operaciones bancarias*. Lima : Instituto de Investigación El Pacífico, 2001. p. 579.

(21) *Ibid.*: p. 580.

(22) *Ibid.*: p. 581.

El ingrediente común de las diversas clases de crédito ofrecidas por los bancos son las altas tasas de interés que estos cobran. Las tasas se explican principalmente por los costos en los que incurren los bancos para minimizar el riesgo del no pago. Los bancos, además, deben procurar cubrir el porcentaje de deudores incumplidos. En primer lugar, es importante tomar en cuenta que en el Perú el porcentaje de ahorristas es escaso. Puesto que de esa fuente provienen los fondos que posteriormente serán prestados, se deben canalizar recursos a atraer ahorristas. Como se ha señalado, “(l)a escasez de ahorro interno es un problema de educación e información. Los peruanos no ahorramos porque hemos vivido en un país con períodos inflacionarios muy prolongados”⁽²³⁾. Este costo adicional que significa captar nuevos ahorristas, será trasladado a los futuros deudores del Banco a través del interés que deberán pagar por los préstamos.

Un segundo factor de gasto que luego se traduce en las altas tasas de interés es el procedimiento de control previo de los deudores. Este proceso es necesario para las entidades bancarias pues, a través del mismo, evitan un gasto aun mayor, que es la recuperación de la acreencia por vía judicial.

Dicho control se hace más riguroso en la medida que la situación económica que aflige al país también se ve reflejada en el sistema financiero⁽²⁴⁾. Esto evidencia el impacto que tiene la economía global en este sector específico.

Dicho porcentaje significa grandes pérdidas para el sistema bancario y uno de los recursos con los que cuentan los entes financieros para contrarrestar el aumento de dichos porcentajes y cubrir las pérdidas es el aumento de la tasa de interés cobrada, junto con el control previo de los posibles deudores.

Además, debemos tomar en cuenta que los bancos obtienen una utilidad (*spread*) por el servicio de intermediación que prestan. La cual se ve reflejada en las tasas de interés. Asimismo, “desde la óptica de los bancos sus costos y gastos justifican la existencia de un margen financiero (*spread*) tan alto(...)”⁽²⁵⁾.

El gran porcentaje de deudas que deben recuperarse a través de procesos judiciales, (que más adelante analizaremos), genera un gasto importante que es trasladado a los buenos deudores a través de la tasa de interés.

Por último, cabe señalar que la solución al alto porcentaje cobrado por los bancos por concepto de tasas de interés no es un control externo, es decir que el Estado establezca una regulación fijando las tasas cobradas dentro de un determinado rango, sin incidir ni pretender la modificación de los factores que generan que dichas tasas se eleven, pues como se ha mencionado “esto da lugar a que los créditos disminuyan y la banca se aleje de los prestatarios”⁽²⁶⁾. Además, cabe recordar que la experiencia peruana de tasas controladas sólo redujo los niveles de depósitos y colocaciones y el retiro de la banca de los sectores⁽²⁷⁾.

1.2.4 La garantía sábana y su regulación extrema.

La garantía sábana es aquella que respalda todas las acreencias existentes y futuras que el otorgante tiene con el beneficiario del crédito, en este caso, con una entidad bancaria.

En el Perú, la garantía sábana estaba regulada en el artículo 172 de la Ley General del Sistema Financiero (Ley No. 26702), el que señalaba: “(c)on excepción de las hipotecas vinculadas a los instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o *warrant* a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor salvo estipulación en contrario”.

De este modo, debía existir pacto expreso de no constituir garantía sábana y se aplicaba tanto al deudor que constituía garantía en respaldo de una deuda propia como a los que constituían garantía respaldando deudas de un tercero; de tal manera que se hacían responsables de deudas ajenas, además de no conocer de manera indubitable hasta por qué monto otorgaban dicha garantía.

(23) *Con nosotros el Brady*. Entrevista a Susana de la Puente. En: *Business*. Año 2. No. 14. Lima: Mercados Consultora y Publicaciones, 1995. p 39.

(24) Así, se evidencia que la crisis económica de los '90 “afectó la capacidad de las empresas de cumplir con sus obligaciones financieras (...)”. Las estadísticas corroboran lo señalado “durante el 2000, la cartera atrasada se incrementó 15.7% y la cartera refinanciada y reestructurada aumento 29.4%” (Ibid.: p. 25).

(25) CHAVEZ ALVARADO, Marco. *¿Quién es quien en el sistema bancario?*. En: *La Banca*. Lima: Editora Corporativa. 2001. p. 41.

(26) ARROYO, Enrique. *No es necesario modificar la ley de bancos*. Entrevista en: *Gestión*. 20 de marzo de 2002 (Véase: <http://www.gestion.com.pe/html/2002/03/20/4/8.htm>)

(27) Sobre las experiencias antiguas, basta recordar el control de tasas durante el gobierno del APRA (Alan García: 1985-1990). Durante ese período, el *ratio* de pobres en el Perú aumentó en más de 4 millones.

Tomando en cuenta que, en la actualidad, la masificación de los contratos de crédito con entidades bancarias es evidente y que éstos toman la modalidad de contratos por adhesión, en la práctica no había posibilidad de negociación respecto de dicha cláusula, por lo que toda persona que otorgaba garantías a favor de alguna entidad bancaria se veía afectada por la garantía sabana. En este tipo de relación el banco es el que tiene mayor poder de negociación, por tanto en caso una persona se rehusara a suscribir dicha cláusula simplemente no se celebraba el contrato.

Era evidente que la norma perjudicaba a los que otorgaban fianza por una deuda específica, porque se veían obligados a respaldar también todas aquellas deudas pasadas y futuras del deudor que afianzaban. Es en este marco que se da una modificación radical de la norma, mediante la Ley No. 27682, publicada el 9 de marzo de 2002. Esta ley modificó el primer párrafo del artículo 172 que mencionamos anteriormente, señalando lo siguiente: “(l)os bienes dados en hipoteca, prenda o *warrant* a favor de una empresa del sistema financiero, solo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario”

Esto significó un vuelco radical en el tratamiento de la garantía sabana, no permitiendo su constitución ni con expresa manifestación de voluntad de las partes contratantes. Dicho cambio se dio pensando en la protección de la parte más débil, que para el legislador es el deudor, pero no se tomó en cuenta que en muchos aspectos dicha prohibición implica una serie de costos, debido a que el deudor se verá -con esta modificación-, obligado a otorgar tantas garantías como deudas tenga. Esto significa un gasto, probablemente trasladado al precio del crédito (la tasa de interés), que podría ser evitado con la aplicación de la garantía sabana. Adicionalmente, dicha regulación trae como consecuencia la disminución en el valor de lo gravado ya que cada nuevo gravamen sobre un mismo bien tiene un rango y valor inferior.

Con fecha 26 de setiembre de 2002, el Congreso aprobó un Proyecto de Ley según el cual se restituye la posibilidad de que en las operaciones bancarias se apliquen las garantías “sábana” o genéricas. Si bien reduce la restricción ocasionada por la Ley No. 27682, la norma establece que cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad de un tercero diferente al deudor, sólo garantizan las deudas que se hubieran señalado

expresamente en la constitución de la garantía. Esto implica una mayor fluidez, al permitir que la garantía genérica “afecte” al deudor, pero continúa significando un retroceso respecto de la norma anterior, puesto que se requiere el consentimiento expreso del tercero garante. Como sabemos, son los contratos en masa la herramienta de trabajo de los bancos. Si el otorgamiento de una garantía sábana por parte de un tercero garante implica una negociación previa, el costo del crédito se elevará.

Creemos que luego de señalar todos los problemas que enfrenta el sistema bancario, el legislador ha añadido uno más. Es cierto que los contratos bancarios son, en la mayoría de casos, contratos de adhesión. Sin embargo, el legislador ha sido demasiado proteccionista con esta norma.

En primer lugar, porque el término de omisión más eficiente es aquél que las partes acordarían en la mayor cantidad de casos. Es decir, si el legislador quiere interpretar la voluntad del individuo al momento de contratar, debe hacerlo según lo que los individuos pactarían normalmente. En segundo lugar, porque el solicitante del préstamo que otorga un bien en garantía, así como el fiador, debe conocer la Ley y actuar responsablemente, en lugar de depender de la protección del legislador. Por último, esta norma no sólo afecta a los bancos sino a las empresas pues, como ya se mencionó, supone una serie de costos administrativos adicionales y la reducción del valor de lo gravado. Por lo tanto, mediante esta norma el legislador ha perjudicado a quien quería proteger.

3 El sistema concursal.

La situación económica de los últimos años ha afectado fuertemente la actividad privada obligando a muchas empresas a liquidarse o a ingresar en un proceso concursal en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-INDECOPI. En este contexto adquiere en los últimos años una inesperada importancia el Derecho Concursal.

3.1 Los principios fundamentales.

Consideramos conveniente, antes de exponer nuestras críticas al sistema concursal, detallar los ocho principios fundamentales que deberían estar estipulados en cualquier ordenamiento concursal según un estudio minucioso del INSOL *Lenders Group* (Grupo de Otorgantes de Crédito de INSOL)²⁸⁾.

(28) El INSOL *Lenders Group* formado y operando bajo el auspicio de INSOL Internacional, ha elaborado su *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts* (Declaración de Principios para un Método Global de Abordaje de los Acuerdos

a) Cuando un deudor se halla en dificultades financieras, todos los acreedores deben estar preparados para cooperar entre sí para dar un suficiente, pero limitado, tiempo (*standstill period*) al deudor para que la información acerca del mismo sea obtenida y evaluada, de modo que las propuestas para solucionar las dificultades financieras sean formuladas y debidamente valoradas, salvo que tal curso de acción sea inapropiado en el caso en particular.

b) Durante el período de espera, todos los acreedores deben acordar no tomar medidas de ejecución de sus créditos frente al deudor o (distinta a la cesión de su crédito a un tercero) reducir su exposición al deudor, pero tienen derecho a que durante tal período su posición relativa frente a otros acreedores no se vea perjudicada.

c) Durante el período de espera, el deudor no debe realizar actos que puedan afectar negativamente la perspectiva de retorno de los acreedores (sea en forma individual o colectiva), comparándola con la fecha de inicio de la espera (el *Standstill Commencement Date*).

d) Los intereses de los acreedores se encuentran mejor protegidos al coordinar su respuesta al deudor en dificultades financieras. Tal coordinación será facilitada por la selección de uno o más comités de coordinación representativa y por la designación de asesores profesionales para aconsejar y asistir a tales comités y, cuando fuese apropiado, a los acreedores participantes en el proceso en su conjunto.

e) Durante el período de espera, el deudor debe gestionar y permitir que los acreedores y asesores profesionales tengan razonable y oportuno acceso a toda la información relevante relacionada a los activos, pasivos, negocios y perspectivas del deudor, a fin de permitirles una apropiada evaluación de su posición financiera y de cualquier propuesta a realizarse.

f) Las propuestas para la resolución de las dificultades financieras del deudor y los acuerdos, en la medida en que fueron practicables, entre los acreedores deben estar relacionados a cualquier espera, reflejar la ley aplicable y la posición relativa de los acreedores relevantes al comienzo de la fecha de inicio de espera (*Standstill Commencement Date*).

g) La información obtenida a propósito del proceso referido a activos, pasivos y negocios del deudor y para resolver sus dificultades mediante cualquier propuesta debe estar disponible a todos los acreedores importantes

y debe ser tratada como confidencial, salvo que se encuentre disponible al público.

h) Si se provee de fondos adicionales durante el *Standstill Period* o bajo cualquier propuesta de reestructuración o rescate, a la devolución de tales fondos adicionales debe, en la medida en que fuese practicable, acordárseles privilegio frente a otros endeudamientos o créditos de los acreedores iniciales.

A estos ocho principios pueden agregarse dos pautas generales que a nuestro criterio deben tener siempre presentes los legisladores al momento de crear las normas, para que el sistema financiero camine con la menor cantidad de complicaciones posible.

a) El sistema pro acreedor. En primer lugar, para que el sistema financiero no imponga tasas de interés tan altas deberá contar con un sistema pro acreedor y no pro deudor. El sistema concursal deberá permitir que ante una situación de crisis de la empresa o de la persona natural se pueda cobrar lo máximo posible. Un sistema pro deudor traerá como consecuencia, indefectiblemente, que el crédito se encarezca. Ante mecanismos que impiden un rápido cobro de acreencias, los oferentes de fondos buscarán medios alternativos de asegurar sus créditos lo máximo posible. Entonces, los costos serán mayores a los ingresos y naturalmente el acceso al crédito se restringirá a un sector privilegiado de la población con reconocida trayectoria comercial donde el futuro acreedor pueda sentirse respaldado en una eventual crisis. Por el contrario, un sistema concursal que proteja el crédito trae un impacto positivo en el sistema financiero, las tasas de interés serían más bajas, se tendría un mayor acceso al crédito, las empresas podrían ver en el crédito una solución en caso de falta de liquidez, entre otras ventajas.

La idea no es sobreproteger al acreedor en desmedro del deudor, simplemente es transmitir toda la información necesaria al mercado, abaratando las operaciones crediticias; contar con un sistema concursal con lineamientos claramente definidos que no creen incertidumbre sino por el contrario, que estén orientados en una misma línea, a que el sistema actúe de forma oportuna y que los costos de transacción sean los más bajos posibles. Basta con un ejemplo para poder observar el impacto de una ley concursal que proteja más el crédito. Según la Superintendencia de Banca y Seguros, el total de préstamos al 15 de enero de 1996 era de S/. 7'668,000.00. Un año después, el monto

Extrajudiciales con Acreedores Múltiples). Tras consultar con máximos representantes de los acreedores de todo el mundo, incluyendo representantes de más de 150 bancos comerciales, compañías aseguradoras, administradores de fondos comunes y de pensión, *hedge funds* y compradores de deudas apremiantes, así como el Banco de Inglaterra, el proyecto redujo sus conclusiones a una declaración de ocho principios fundamentales.

otorgado llegaba a S/. 12'000,000.00. Es decir, los préstamos concedidos por entidades bancarias se incrementaron en un 65.2 por ciento⁽²⁹⁾. Paralelamente a este aumento de créditos entró en vigencia el Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo No. 845). No estamos diciendo que este haya sido el único factor, pero la influencia del TUO fue importante.

b) La intervención oportuna de Indecopi. Cuando una empresa o persona natural se encuentra ante una situación de insolvencia el sistema tiene que ser lo suficientemente efectivo para reducir costos y actuar rápidamente. Para esto, la insolvencia debe ser vista tanto desde la perspectiva *ex ante* como desde la perspectiva *ex post*. Si vemos la insolvencia desde la perspectiva de sus efectos *ex post*, estamos viendo sólo una cara de la moneda. Un sistema concursal efectivo para proteger el crédito (efecto *ex post*) tendrá como consecuencia que el crédito sea más barato (efecto *ex ante*). Un sistema concursal pro deudor (efecto *ex post*) tendrá como consecuencia deudores que tiendan al sobre endeudamiento y al endeudamiento irresponsable, además un crédito más oneroso así como restringido (efecto *ex ante*)⁽³⁰⁾.

3.2 Los problemas.

El problema que se nos presenta inmediatamente es el monopolio que existe actualmente para tramitar los procesos de insolvencia que tiene el Indecopi. Asimismo, el monopolio que tiene el Congreso para determinar las reglas concursales aplicables.

Como consecuencia del monopolio, surge el problema de la sobrecarga administrativa que enfrenta el Indecopi que le impide resolver en tiempo oportuno los casos a su cargo con el agravante de que si nos encontramos ante una situación de crisis financiera las empresas no cuentan con tiempo para desperdiciar en trámites largos y engorrosos. Por otro lado, está siempre la intervención del Poder Judicial que en cualquier momento puede dar trámite a acciones judiciales orientadas exclusivamente a entorpecer los procesos administrativos que se encuentren en el Indecopi. No necesitamos ahondar en los problemas que subsisten en nuestro sistema judicial para darnos cuenta de la magnitud del problema que, dejarle “una puerta abierta”

al Poder Judicial para intervenir desmedidamente en los procesos de insolvencia, conlleva⁽³¹⁾.

Este punto aún viene discutiéndose. Por un lado, se dice que un sistema de reestructuración judicial evitaría la revisión de las decisiones de la autoridad concursal, la limitada capacidad de fiscalización por parte del órgano administrativo, los altos costos para entrar al concurso y la proliferación de procesos *ad hoc*, debido a que cada sector económico pretende tener un procedimiento concursal propio. Por otro lado, el sistema concursal llevado a cabo en sede administrativa le da mayor participación tanto a deudores como a acreedores, le otorga más celeridad. Allí, se trata de darle mayor protección al patrimonio y existe una relativa predictibilidad en las decisiones.

El objetivo principal del derecho concursal, luego de proteger el crédito, es el de maximizar el valor del patrimonio productivo sujeto a concurso. Para esto, no podemos tener un Estado sobreprotector del deudor ni mucho menos intervencionista. La “concuralidad” no resuelve la inequidad en la distribución de la renta en un país, ni lo pretende. “La concuralidad es defendible sólo en la medida en que se conserva o aumenta el valor del activo disponible para la satisfacción de créditos. En otros términos, no está para hacer justicia distributiva sino para evitar el desvalor del patrimonio del deudor (o la garantía de los acreedores), que acarrea la competición para hacerse individualmente con una parte del mismo”⁽³²⁾.

Teniendo claros los principios como el objetivo fundamental de un sistema concursal la legislación debe tender a reforzarlos para así crear en el inversionista una sensación tanto de seguridad jurídica como estabilidad. Esto generará en el mercado una sensación de confianza que permitirá que las barreras para acceder al crédito sean cada vez menores y así, comenzar a crear una cultura diferente en nuestra economía; una economía donde se presente un bajo costo en el acceso al crédito pero también una cultura de pago que retribuya la confianza de los oferentes de fondos en la inversión.

Un sistema concursal podrá ser evaluado no por el número de empresas que reestructure, sino por su impacto en la tasa de interés. El sistema será eficaz cuando al momento de reducir los costos de la deuda

(29) Diario Oficial *El Peruano*. Lima, 17 de febrero de 1997. p. B-4.

(30) Al respecto, EZCURRA RIVERO. Huáscar. *Privaticemos la insolvencia*. En: *Ius Et Veritas*. Año XII. No. 24. Lima, junio de 2002. p. 204.

(31) El problema del sistema judicial es desarrollado en las páginas siguientes.

(32) BISBAL, Joaquim. *La insostenible levedad del Derecho Concursal*. En: Materiales de Lectura de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Tomo I. Año 1998. Lima, Perú.

permita que la tasa de interés baje. Es saludable la iniciativa de la nueva Ley General del Sistema Concursal (Ley No. 27809), donde no se enfatiza la reestructuración sino el concurso. Muchos inversionistas tenían la concepción equivocada de que al entrar al Indecopi su empresa se iba a reestructurar. Indudablemente, esta es una opción, pero no es la única. Luego de evaluar la situación de la empresa también se podría proceder a la liquidación. Para esto se tiene que decidir el destino de la empresa de acuerdo a su valor real. Se debe analizar si la empresa tiene mayor valor en liquidación o mayor valor con el negocio en marcha, sólo así se podrá tomar una decisión eficiente.

Una vez que la empresa se encuentra en insolvencia, lo único que puede garantizar protección, tanto a los acreedores como hacia la propia empresa, es un sistema que sea ágil, que brinde las garantías del caso y, sobretudo, que permita la oportuna participación tanto de los acreedores como del deudor. Los sistemas de insolvencia y de ejecución permiten a los partícipes del mercado ponderar más adecuadamente, administrar y controlar de cierta manera los riesgos del incumplimiento y la insolvencia empresarial. Los sistemas de ejecución proporcionan un vehículo para la resolución de conflictos individuales entre acreedor y deudor, mientras que los procesos concursales ofrecen un medio colectivo de resolución para los casos en que los fracasos en el desempeño hacen poner en tela de juicio la viabilidad misma de la empresa en el mercado. Un sistema concursal o de insolvencia se ubica en la línea divisoria entre los sectores financieros y corporativos como mecanismo disciplinario de ambos. Si resulta eficiente, el proceso promueve el préstamo prudente, mayor intercambio entre oferentes de fondos y los demandantes de fondos y una saludable cultura del crédito; al establecer un mecanismo para la reorganización financiera de las empresas cuyo valor en marcha excede el valor de la empresa liquidada (por ejemplo, a través de la reestructuración); un ordenado mecanismo de salida del mercado para las empresas inviables, terminando con el uso improductivo de activos comerciales y transfiriéndolos a participantes más eficientes en el mercado (por ejemplo, a través de la liquidación); un mecanismo final de cobro de la deuda para los acreedores y una mayor predictibilidad en la ejecución de los derechos de los acreedores para mejorar el flujo del crédito⁽³³⁾.

Se necesita un sistema que brinde **predictibilidad**, en el que las reglas de juego sean claras en el caso que un deudor devenga en insolvente. El deudor debe predecir cuáles son los mecanismos de reorganización o liquidación a los que se sujetará en caso de incurrir en una imposibilidad de pago. A su vez los acreedores deberán tener cierta seguridad en cuanto a su cobro, es decir, cómo y cuándo cobrarán en caso de crisis del deudor.

El sistema concursal se relaciona directamente con las partes e intereses, en todos los niveles y virtualmente en todos los contextos. En un mundo globalizado como en el que estamos inmersos en la actualidad, con alto desarrollo económico y comercial, un sistema concursal efectivo se ve reflejado en la explotación intensiva del crédito o la inversión de capital de maneras progresivamente más complejas y sofisticadas; la importancia de la insolvencia se encuentra correlativamente aumentada y el impacto de las normas jurídicas aplicables debe lógicamente formar parte directa y constante tanto en las consideraciones que influyen las relaciones entre el deudor y los acreedores como en el control y administración del riesgo por las partes involucradas.

Un sistema concursal debe ser complementario y compatible con los sistemas legales y comerciales de la comunidad en la que se ubica. Aun cuando el equilibrio entre los intereses comprometidos y los objetivos perseguidos a través de un sistema concursal se determinan por distintas políticas, varía de acuerdo al contexto e incluso de sistema en sistema, todas las políticas se ven típicamente reflejadas en los mismos objetivos comunes, más o menos compartidos por todos los sistemas de insolvencia. La idea de maximizar el valor de los activos, lo que incluye el objetivo consecuente de la administración y disposición oportuna y eficiente de los mismos por ejemplo, está presente en todo ordenamiento concursal.

Haciendo un esfuerzo por acercarnos a la nueva filosofía concursal a la que apuntan los modernos sistemas concursales podemos decir que se están cambiando las reglas de juego, se está relegando a una última alternativa a la liquidación. En los últimos años, dentro de la doctrina especializada está unificándose el criterio que establece que lo más importante para el interés público y para los acreedores no es liquidar el patrimonio de la empresa sino sanearlo, reorganizarlo

(33) En : *Sistemas de Insolvencia efectivos: principios y líneas rectoras. Borrador de Consulta del Banco Mundial*. Versión abreviada. Para ser discutido en el: *Seminario de Insolvencia en América Latina & el Caribe*. Ciudad de México, México. Octubre 30-31 de 2000.

o reestructurarlo. Siguiendo esta línea es donde el intento de salvataje está dirigido al patrimonio de la empresa antes que del empresario.

3.3 Las soluciones.

Es en base a lo antes expuesto, que planteamos ciertas recomendaciones para que el Sistema Concursal Peruano pueda ser eficiente y las empresas inmersas en el mercado no tengan que padecer por la falta de una legislación clara, ordenada y garante de una seguridad jurídica que traiga como consecuencia la confianza que se necesita para la inversión.

a) Se debe **reducir a la mínima expresión los costos de transacción entre el deudor y los acreedores**. Independientemente de qué mecanismo se utilice, sea que las partes hayan pactado previamente a la insolvencia en qué entidad se llevará a cabo el proceso concursal⁽³⁴⁾ o sea llevado el proceso por el Indecopi, en todo momento se debe tener presente la celeridad del proceso. Además, se debe resaltar los mecanismos de información y publicidad a lo largo del proceso para no caer en errores o lo que es peor, que el deudor se aproveche de su calidad de insolvente para evadir sus obligaciones o, aun más, para contraer nuevas obligaciones con personas o entidades que desconozcan su estado.

b) **La autoridad administrativa debe jugar un rol activo dentro de la junta de acreedores**, no de manera intervencionista, sino supervisando la marcha de los procedimientos. Al contar la Junta de Acreedores con amplias facultades se podría dar lugar a que los acuerdos de las mayorías vulneren derechos de las minorías o del propio deudor. Si bien todos los acreedores deben ser tratados igualmente esto no significa que a todos los acreedores les correspondan los mismos derechos (*par conditio creditorum*⁽³⁵⁾) por lo que es importante salvaguardar los derechos de los acreedores minoritarios. La norma debe cerrar toda puerta a quien quiera entorpecer el proceso.

c) **Mecanismos que permitan el desarrollo de la actividad administrativa lejos de la intervención del Poder Judicial**. La experiencia ha demostrado que

los procedimientos tramitados al amparo de la Ley de Reestructuración Patrimonial resultaron muy vulnerables a la interposición de acciones de amparo, fundamentalmente promovidas por acreedores cuya propuesta o sentido de voto no era atendido en las respectivas sesiones de junta de acreedores o inclusive por el propio deudor⁽³⁶⁾. Si bien luego se trató de solucionar este impase con la Ley No. 27295⁽³⁷⁾ dictada el 29 de junio de 2000, en la cual se regulaba la vía procesal idónea para tramitar los procedimientos concursales, siempre está presente la posibilidad de la acción contencioso-administrativa.

d) Se debe **simplificar los procedimientos**. Es saludable la iniciativa de la Ley General del Sistema Concursal (Ley No. 27809) que intenta dar el primer paso reduciendo los procesos a dos. Sin embargo, se debe apuntar a una estructura más modular, más ajustable a cada caso. Al simplificar los procesos se obtiene mayor celeridad, menores costos administrativos y de transacción y a la vez el mercado podría tener una visión más clara de lo que es y de lo que pretende el sistema concursal.

e) Una **debida protección del patrimonio de la empresa**. Debemos revisar en nuestra legislación el período de sospecha. En nuestra opinión, no se fundamenta en una cuestión de extender o no el plazo sino de la efectividad con que este funcione y el tratamiento a los acreedores vinculados a la empresa insolvente. Tema que tiene que ser mejorado para que las empresas no lleguen sin patrimonio al Indecopi, y no se vislumbre otra solución que su liquidación.

f) Se debe **cambiar la mentalidad de los empresarios**. El Indecopi no va a reestructurar todas las empresas que entren en el concurso, sólo lo hará con las viables en la medida de una acertada decisión de la Junta de Acreedores. Sin embargo, el empresario no debe esperar acogerse al sistema cuando la empresa esté al borde de la crisis total. El Indecopi no puede ser un “hospital de incurables”⁽³⁸⁾, se debe prevenir para evitar una posterior liquidación. Reconocemos la iniciativa de la modificación de la norma estableciendo que ahora se podrán acoger las empresas que tengan

(34) Una interesante propuesta para privatizar la insolvencia puede verse en: EZCURRA RIVERO, Huáscar. Op. cit.; p.204.

(35) El principio *par conditio creditorum* o igualdad de los acreedores establece que a cada acreedor le tocará la posición respectiva que se le haya oportunamente asignado, es decir, las reglas de prelación subsistentes en cada ordenamiento o en el pacto privado de los acreedores según corresponda. Por lo tanto, es ilógico pensar en una equiparación entre los acreedores pues a cada uno le corresponden distintos derechos de acuerdo a la categoría legal y contractualmente prevista.

(36) INDECOPI. *Documento de Trabajo No. 008-2000. Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico de una década*. Lima: Indecopi, 2000.

(37) Como antecedente de la Ley No. 27295, el gobierno dictó el Decreto de Urgencia No. 026-2000, publicado el 24 de abril de 2000 en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano*, el mismo que entró en vigencia al día siguiente de su publicación.

(38) En alusión al título del trabajo de investigación de la Revista *Ius et Veritas* No. 22.

pérdidas acumuladas cuyo importe sea mayor que la tercera parte del capital social pagado. Este mecanismo está diseñado para los empresarios responsables que no esperan a pasar por situaciones apremiantes para planificar sus cronogramas financieros en la empresa pero, por otro lado, se debe tener mucho cuidado con aquellos que tratarán de aprovecharse de este procedimiento para evadir el cumplimiento de sus obligaciones.

4 Las garantías reales, su ejecución y el sistema judicial.

4.1 Las garantías reales.

Las garantías se configuran como un elemento importante dentro del sistema de concesión de créditos. Como bien sabemos, la adquisición de bienes o la contratación de servicios a través del crédito, implica una situación de cumplimiento no simultáneo de las prestaciones, lo cual constituye la esencia de las operaciones de crédito pero a su vez, trae consigo una descompensación en el poder de los contratantes. De esta manera, la parte que recibió el bien o servicio cumplirá con pagar el precio en el transcurso del tiempo.

Esta situación de asimetría entre las partes contratantes, es la que otorga una “ventaja estratégica” a la parte que ejecutará su prestación con posterioridad a la de la otra⁽³⁹⁾. Ante ello, el sistema jurídico busca implementar mecanismos que recompongan el poder de los contratantes: es decir, las garantías. Este mecanismo logrará crear una “ventaja estratégica” contraria a favor del acreedor que a su vez, origina una aversión al riesgo para el deudor⁽⁴⁰⁾. En este sentido, podrá considerarse realmente eficaz a aquella garantía que consiga que la aversión al riesgo que cree en el deudor neutralice su “ventaja estratégica” frente al acreedor.

En el presente trabajo desarrollaremos la problemática de las garantías reales pues al tratarse de bienes individualizados, dada la persecutoriedad que le otorga el sistema, es evidente la mayor seguridad que ofrece a las transacciones crediticias.

Asimismo, estudiaremos algunos de los muchos problemas que plantea nuestro sistema judicial, instancia

donde, en última instancia, acude el acreedor para recuperar su crédito.

4.1.1 Bienes que pueden ser objeto de garantía.

La clase de bienes que son otorgados en garantía en nuestro país es un número bastante reducido. Los inmuebles y los depósitos bancarios son los preferidos por los acreedores por diversas razones. Estos últimos son manifestaciones de cómo el ordenamiento jurídico peruano influye de manera determinante en privilegiar unos bienes por encima de otros, trayendo consigo que un importante número de bienes muebles tengan, en la práctica, un valor limitado para respaldar los créditos como garantía⁽⁴¹⁾.

A su vez, en la medida que la ley se encargue de regular todos los aspectos del sistema de garantías y privilegiar a determinados bienes, se invade la esfera privada de los contratantes quienes deberían tener la libertad de establecer como garantías de sus obligaciones, todos aquellos bienes que consideren puedan satisfacer la acreencia una vez producido el incumplimiento.

En nuestro sistema legal, la hipoteca y la prenda con entrega jurídica se configuran como las garantías privilegiadas, al permitir financiar diversos procesos productivos dado que los bienes no requieren salir de la esfera del deudor de forma efectiva. Sin embargo, debemos hacer necesaria mención de la preponderancia de la garantía hipotecaria en nuestro sistema, lo que corrobora a su vez, la necesidad de tener la calidad de propietario de un inmueble para respaldar a un crédito.

4.1.2 Multiplicidad de Registros.

En el Perú existen registros de propiedad por cada clase de bien, lo cual permite identificar al titular del bien además de permitir que dichos bienes sean susceptibles de ser otorgados en garantía (ya sea hipoteca o prenda con entrega jurídica). Sin embargo, existen diversos tipos de bienes para los cuales no existe la posibilidad de ser inscritos en el registro (inventarios, cuentas por cobrar, cosechas, etcétera)⁽⁴²⁾.

Frente a esto último surgen nuevos registros cuyo principal propósito es la afectación de garantía siendo

(39) CANTUARIAS, Fernando. *La función económica del Derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca*. En: *Derecho Civil peruano: perspectivas y problemas actuales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. p. 61. Suscribe esta opinión, PIZARRO, Luis. *Aproximación al sistema de garantía prendaria en el Derecho peruano*. En: *Ius et Veritas*, No. 13. Lima, 1996. p.124.

(40) CANTUARIAS, Fernando. *La función económica del Derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca*. Op. cit.

(41) Ministerio de Economía y Finanzas. *Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales*. En: Separata especial del diario oficial *El Peruano*, 16 de julio de 2001. Lima. p. 12.

(42) *Ibid.*: p. 13.

específicamente registros de garantías. Estos tienen un carácter especializado que los circunscribe a bienes con ciertas características (por ejemplo, la prenda de motores) o aquellos que se encuentran relacionados a diversas actividades económicas (por ejemplo el caso del registro de prenda industrial o agrícola)⁽⁴³⁾.

De esta manera, la creación de estos registros dada la particularidad de una clase de bienes o las distintas actividades productivas genera una situación de caos y desorden. Es decir, se ha confundido la necesidad de tener un registro de bienes con la de tener un registro de garantías, no obstante que cumplen finalidades distintas. El propósito de acudir a un registro de garantías radica en informar que una determinada persona ha otorgado en garantía un bien en favor de otra. Ello a diferencia del registro de bienes, que pretende identificar a los propietarios o dar cuenta de la existencia de dichos bienes⁽⁴⁴⁾.

En ese sentido, en nuestro país las garantías se constituyen y se registran de acuerdo a las reglas de los 17 registros públicos de bienes mientras nuestra legislación contempla casi 23 tipos de garantías⁽⁴⁵⁾ reguladas por leyes, reglas distintas y diversas y con requisitos diferentes, lo cual trae consigo evidentes consecuencias caóticas en el sistema.

En tal sentido, quien pretende otorgar un crédito deberá acudir a los numerosos registros existentes para conocer si existen gravámenes sobre los diversos bienes que una persona natural o jurídica que pretende obtener un crédito. A su vez, muchos de estos registros se ubican en oficinas registrales que funcionan independientemente en una jurisdicción determinada, con un sistema manual y sin acceso al público directo⁽⁴⁶⁾.

Sobre este último punto, consideramos sumamente relevante poner atención a los altos costos de transacción que implica la configuración actual de nuestro sistema de garantías en lo que a la constitución se refiere. Dichos costos, que configuran el núcleo

central de la teoría de Ronald Coase, se traducen en que efectivamente celebrar un contrato cuesta⁽⁴⁷⁾. De esta manera, en el caso en concreto al constituir una garantía real, los denominados costos de transacción se traducen en invertir recursos para acudir a cada uno de los registros con el propósito de verificar si existen gravámenes sobre los bienes del deudor, lo que trae consigo una considerable pérdida de recursos y de eficiencia.

4.1.3 Prohibición de la ejecución contractual o extrajudicial.

No es una novedad, afirmar que nuestro sistema de ejecución de garantías es lento y costoso, como veremos con detalle más adelante. Sin embargo, consideramos importante señalar cómo se estructura dicho sistema para entender mejor sus deficiencias.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente, está prohibido que el acreedor pueda cobrar el crédito apropiándose directamente del bien otorgado en garantía. En doctrina, ello se denomina “pacto comisorio” y el Código Civil peruano en su artículo 1066 lo prohíbe sin admitir pacto en contrario. Es evidente, que dicha norma perjudica al acreedor impago, pues dada esa prohibición expresa, para conseguir hacer efectivo el cobro de la deuda dicho acreedor se verá obligado a vender el bien a un tercero, lo cual genera mayores costos.

Las razones que se han esgrimido para la prohibición del pacto comisorio, son principalmente de índole ético y social. En ese sentido, se sostiene que la posibilidad de que el acreedor se quede con el bien dado en garantía daría lugar al abuso de los acreedores quienes podrían adquirir la propiedad del bien en pago de sumas menores al valor de los bienes. No obstante, según hemos señalado, dicho fundamento no toma en consideración la posición estratégica del deudor con relación al crédito, la misma que le otorga a éste último

(43) Ibid.

(44) Ibid.

(45) Dentro de las garantías que contempla nuestro sistema se encuentran: (i) prenda general; (ii) prenda comercial; (iii) prenda de acciones (Ley General de Sociedades y Ley del Mercado de Valores); (iv) prenda sobre crédito por cobrar (Código Civil y Nueva Ley de Títulos Valores); (v) prenda agrícola (Ley No. 2420 de 1916); (vi) prenda industrial (Ley No. 23407); (vii) prenda e hipoteca minera (Ley General de Minería); (viii) *warrants* (Nueva Ley de Títulos Valores); (ix) hipoteca sobre predios (Código Civil); (x) hipoteca sobre naves (Ley de Hipoteca Naval, Ley No. 2411); (xi) hipoteca sobre aviones (Ley de Aeronáutica Civil, Ley No. 27261); (xii) hipoteca de embarcaciones pesqueras; (xiii) hipoteca de predios rurales; (xiv) anticresis (Código Civil); (xv) fideicomiso en garantía (Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros); (xvi) arrendamiento financiero; (xvii) venta con reserva de dominio (Código Civil); (xviii) derecho de retención (Código Civil); (xix) prenda global y flotante (Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros); (xx) prenda de motores; (xxi) prenda de acciones; (xxii) prenda de derechos inmateriales (Indecopi); (xxiii) prenda de créditos.

(46) Ministerio de Economía y Finanzas. Op. Cit.; p. 13.

(47) BULLARD GONZALEZ, ALFREDO. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico: A propósito del Premio Nobel de Economía*. En: Materiales para el curso de Análisis Económico de Derecho.

la decisión de pagar o no la obligación, colocando al acreedor en una difícil situación y con ello al sistema de créditos en general⁽⁴⁸⁾.

En el Perú, la regla general es la ejecución de garantías mediante un proceso judicial. El pacto de ejecución extrajudicial que admite el Código Civil para la prenda, no se encuentra debidamente recogido para la totalidad de las prendas especiales⁽⁴⁹⁾. En líneas generales entonces, podemos afirmar que en el Perú no se usa el pacto de ejecución extrajudicial.

En igual sentido, no se toma en consideración que las partes quieran pactar de mutuo acuerdo una venta extrajudicial pues la ley lo prohíbe de forma expresa. Es evidente el impacto de dicha medida en el costo del crédito pues el acreedor tendrá que incorporar el costo de ejecutar las garantías en el interés que cobre al beneficiario del crédito.

En este punto, nuevamente se manifiestan dos aspectos sumamente importantes que debemos tomar en consideración. En primer lugar, se vuelve a afectar la libertad contractual, permitiendo una intromisión en la libertad de las partes de pactar lo que consideren más conveniente para sus intereses, sin tomar en consideración que los contratantes podrían optar como la alternativa más eficiente la estipulación del pacto comisorio o la alternativa de la ejecución extrajudicial de la garantía.

Asimismo, en segundo lugar, los costos de ejecución⁽⁵⁰⁾, tomando en consideración las restricciones impuestas en nuestro sistema, aumentan de manera considerable cuando se requiere de mayor tiempo para el cumplimiento de un acuerdo, el cual se ve retrasado ante la imposibilidad de utilizar mecanismos que agilicen su efectiva ejecución.

4.2 La ejecución judicial encarece el crédito: Un análisis del Sistema Judicial.

Al momento de analizar el problema de la ejecución judicial de garantías, nos vemos inmersos dentro de un problema aun mayor, que abarca la ejecución de garantías y sin duda, pone en entredicho una serie de consideraciones de orden no sólo jurídico,

sino también social, económico y político⁽⁵¹⁾. Hablamos del sistema judicial actual, sus principales puntos controversiales, la idea de una reforma del mismo y la necesidad de replantear el tema judicial como una prioridad para alcanzar un cierto nivel de seguridad jurídica y, en consecuencia, para usarlo como herramienta para el desarrollo económico del país. Puede sostenerse que el sistema judicial debe ser entendido como el medio adecuado para garantizar el cumplimiento de las normas que facilitan las actividades económicas⁽⁵²⁾. No obstante, nuestra realidad judicial dista mucho de garantizarnos tales condiciones.

“En el Perú el sistema judicial no funciona adecuadamente: los procesos judiciales son ineficientes (altos costos y lentitud en los procesos), hay influencia política, las decisiones judiciales son inciertas, existe corrupción, y el acceso a la justicia es desigual. Como resultado de estas características, el sistema judicial promueve la inseguridad jurídica”⁽⁵³⁾. En estas palabras, parece resumirse a grandes rasgos los problemas del sistema judicial, presentes en nuestro país desde varias décadas atrás, y que parecen no encontrar solución en medio de una realidad que se sumerge cada vez más, proceso a proceso, en el desconcierto del fallo judicial, en la falta de autonomía y en procesos judiciales elefantiásicos, que debilitan la cobranza de las garantías en nuestro medio y que llevan a los particulares a depositar su confianza en mecanismos de solución de conflictos distintos a la vía judicial. Siguiendo esta idea, Martín Mejorada señala que “si el régimen de garantías es confuso, costoso y complicado, o si la ejecución se tramita en un procedimiento lento del que no se logra extraer el mejor valor del bien con miras al pago de la obligación, las garantías no serán en realidad ‘garantía’ de nada”⁽⁵⁴⁾.

Pero, ¿debemos analizar el tema de los procesos interminables, impredecibles y costosos, como un problema de jueces y de políticos, o como un tema más complejo? Si bien nuestro sistema judicial es polémico, por tratarse de una institución que debe brindarnos seguridad, confianza y predictibilidad en el resultado del proceso, no podemos negar que se encuentra

(48) MEJORADA CHAUCA, Martín. *La ejecución de garantías mobiliarias y el pacto comisorio. Comparación de los sistemas peruano y norteamericano*. En: *Ius et Veritas*. Año X, No. 20. Lima, julio de 2000. p. 343.

(49) Ministerio de Economía y Finanzas. Op. cit.: p. 14.

(50) COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p 114.

(51) DE BELAUNDE, Javier. En: *Jueces y Reforma Judicial*. Prólogo. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.

(52) En este sentido, EYZAGUIRRE, Hugo y CALDERON, Carlos. *Poder Judicial y Micro y Pequeña Empresa: Impacto y Posibles Soluciones*. Lima: APOYO, 2001. p. 77. Los autores señalan que “(e)l operar al margen de las instituciones tiene como consecuencia que el riesgo del incumplimiento de los acuerdos que establecen los empresarios con diversos agentes en el mercado sea elevado”.

(53) REVILLA VERGARA, Ana Teresa. *Reforma del Poder Judicial*. Lima: Apoyo, 2000.

(54) MEJORADA, Martín. Op. cit.: p. 339.

ensombrecido por una serie de elementos que lo asemejan a una realidad kafkiana y que nos llevan a optar en la mayoría de los casos por vías alternas al sistema judicial⁽⁵⁵⁾. Según los analistas Hugo Eyzaguirre y Carlos Calderón, “los empresarios perciben a las instituciones judiciales como ajenas a la problemática que enfrentan sus actividades. Esta situación no genera incentivos necesarios para elevar el grado de formalidad en las transacciones”⁽⁵⁶⁾.

A continuación abordamos algunas características del sistema judicial, con la finalidad de encontrar aquello que hace de él una ruta difícil de transitar al momento de pretender ejecutar una garantía.

4.2.1 Formulismo.

Innegable es la existencia de un problema en la cultura del juez, de una tendencia creciente a la “fórmula por la fórmula”, incluso cuando nuestros procesos son, en sí mismos, sumamente formales. Las pruebas de este juicio abundan en nuestro Código Procesal Civil-, a la aplicación mecanizada de preceptos y artículos que, paradójicamente, derivan en una inseguridad en las partes, no sólo al momento de la sentencia, sino durante todo el trayecto que debe ser recorrido para llegar al fallo judicial.

La formalidad en el sistema judicial, es concebida originalmente como una garantía del sistema jurídico, que resguarda el desarrollo del proceso, a la par que protege a los particulares, siendo una seguridad de que serán respetados tanto sus derechos como las exigencias del debido proceso. No obstante, existe la opinión generalizada de que a nuestro proceso “formal”, se le agrega innecesariamente un criterio “formal”. El “formulismo”, es entendido no como un respeto a las formas, sino como una aplicación excesiva de las mismas sin mirar las particularidades del caso en concreto. Esto es más grave si se tiene en cuenta que, por la figura del prevaricato, (que supone cárcel para el juez que falle contra una norma expresa), los jueces temen interpretar las leyes. El formulismo es una salida rápida para cumplir con una cuota obligatoria de fallos que deben emitir nuestros jueces, una

fórmula ciega frente a las circunstancias y obediente a atender la mayor cantidad de casos posibles -lo cual, evidentemente no significa que se encuentre soluciones para una mayor cantidad de casos, por el contrario, se congestiona más la vía judicial-.

Nos encontramos así, frente a un primer problema en torno a la visión que tiene el juez de su labor, a una inadecuada percepción del cargo, que implica desvirtuar el servicio público que brinda a la comunidad. A esta crítica se agrega una concepción generalizada que caracteriza a los jueces por su actitud distante a la actualización en los conocimientos propios de su función, así como de sustentar sus fallos no tanto sobre la base de elementos jurídicos sino de prejuicios individuales, que son compaginados de alguna manera con la aplicación rígida de las fórmulas. Siendo las excepciones a la regla aquello que debería ser la regla general al momento de aplicar el derecho. Todo ello trae a colación una incertidumbre jurídica creciente.

4.2.2 Especialización Judicial.

De la mano con el formulismo encontramos el problema de la **capacitación del magistrado**, problema que contribuye a la carencia de una jurisprudencia homogénea. Así, con una eficiente capacitación judicial podría contribuirse a la creación de criterios homogéneos de interpretación de normas⁽⁵⁷⁾, pues una legislación debe sostenerse en un sistema de solución de conflictos que funcione de manera oportuna, eficiente y predecible, evitándose que las partes se encuentren en una situación de inseguridad respecto a los criterios con los cuáles los magistrados aplicarán el Derecho.

Se considera que los cursos generales dictados por la Academia de la Magistratura, que incluyen temas tanto civiles, penales y de Derecho Público, pueden no ser suficientes para dotar a los magistrados del conocimiento indispensable para un desarrollo eficiente de su función. Existen planteamientos que evalúan la posibilidad de que organismos como la Academia de la Magistratura llegue a acuerdos con las mejores

(55) EYZAGUIRRE, Hugo y CALDERON, Carlos. Op. cit.: p. 49. En una encuesta realizada a micro y pequeños empresarios, revelan que solo el 6.6 por ciento de los encuestados han hecho un juicio o recurrido al Poder Judicial debido a algún problema relacionado con su empresa en los últimos 6 meses - esta encuesta fue realizada en el 2001-

(56) Ibid.: p. 77.

(57) Sea que nuestro sistema legal mantenga la línea vigente de normas pro deudor (es decir, a favor de quien incurre en incumplimiento), cambie a una tendencia pro acreedor, o se oriente a una legislación neutral (en lo posible), el resultado en la aplicación de las leyes dependerá siempre de la interpretación que el juez realice de las mismas. Así, el tema de la educación es vital para determinar el giro que podría tomar nuestro sistema de cobro crediticio. A estos efectos señala Mejorada que “(s)e cree que remitiendo la ejecución al proceso judicial se le otorgan más garantías al deudor o propietario del bien. La regla es pues una protección al deudor. Sin embargo, el sistema olvida que las garantías tienen por objeto principal asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Ciertamente es necesario proteger al deudor, pero no a costa de la propia utilidad del sistema”. (MEJORADA, Martín. *La ejecución de garantías mobiliarias y el pacto comisorio*. Op. cit.: p. 343).

universidades del medio, con la finalidad de lograr el dictado de cursos específicos para el desarrollo de la actividad judicial. Así, estos cursos no serían una visión panorámica del Derecho en sus distintos ámbitos, sino que implicarían una mayor especialización y ahondamiento en los temas primordiales para la formación del magistrado. La remuneración y posición y prestigio social del juez deben elevarse sustancialmente, a través de todos los medios legales alcanzables por el aparato político.

Para algunos, el tema de la especialización de magistrados va ligado con la ampliación del **número de salas**, de manera que se plantea la creación de una sala especializada en lo mercantil, la cual se encargaría de ver los problemas de cobro crediticio, entre otros. La idea central sería ayudar a disminuir la carga procesal en las salas actuales. Para ello deberá aumentarse paralelamente el **número de jueces**, los cuales necesitarían contar con un *staff* adecuado de asesores. Todo ello, si bien implica una mayor asignación de recursos por parte del Estado, contribuiría a lograr la solución del problema estructural en nuestro sistema judicial.

4.2.3 Prácticas inadecuadas de los abogados

Al problema de los juicios prolongados, costosos e ineficientes contribuyen entre diversos factores, las erradas prácticas, lamentablemente existentes, entre algunos abogados. Así, en vista de la cuota obligatoria de casos que deben atender los jueces, es usual que los abogados presenten una defensa sustentada en hechos ambiguos, dudosos e inclusive carentes de contenido jurídico. De esta manera, en la primera instancia se admite una serie de defensas que no cumplen con los requisitos exigidos sean estos de forma o de fondo. Como es comprensible esto responde a la necesidad de conseguir un mayor tiempo para poder sustentar una defensa de manera adecuada, o para lograr el vencimiento de ciertos plazos. No obstante, la consecuencia es la ampliación de la morosidad en los procesos, la extensión innecesaria de los mismos y, correlativamente, la imposibilidad de cobros eficientes y oportunos de créditos. Así, el tema de la cultura en los procesos, no se limita a la labor de los jueces. Existe entre los abogados (y en cierta forma condicionado por

la ineficiencia del sistema judicial), un serio problema de actitudes y valores que lleva a prolongaciones artificiosas de los procesos judiciales.

Cabe resaltar que este tema se encuentra vinculado a la inactividad del Colegio de Abogados en términos sancionatorios. Colocándonos en el supuesto de un mayor control de las prácticas de los abogados -debido a la dilación innecesaria de los procesos judiciales tornándolos morosos-, éstas se verían reducidas considerablemente, con lo cual disminuiría la carga judicial y la dilación misma de los procesos en trámite.

4.2.4 Influencia política, focos económicos y sociales. Corrupción.

Si bien nuestra constitución consagra la división clásica de los poderes del Estado, nuestra práctica judicial se ha visto cuestionada en los últimos años en cuanto a su independencia, a la influencia política existente en la misma, al grado de autonomía y libertad (y seguridad) de los magistrados para poder dictar fallos conforme al derecho y sobre la base de las motivaciones jurídicamente adecuadas para el caso concreto⁽⁵⁸⁾. De esta manera el Poder Judicial enfrenta el problema de no ser una institución que goce de la confianza de los ciudadanos en cuanto a la autonomía en sus gestiones.

La idea eje es rescatar el valor del Poder Judicial como un contrapeso a los demás poderes constituidos, independiente de cualquier foco político, económico o social⁽⁵⁹⁾. Asimismo, mientras existe una concepción generalizada de la presencia de la corrupción e incompetencia en el Poder Judicial en distintos ámbitos, podemos entrever la incertidumbre judicial que los niveles de corrupción pueden crear en el desarrollo del proceso. No solo se trata de admitir pruebas inadmisibles, de desvirtuar los mecanismos internos de funcionamiento en el Poder Judicial, sino incluso de la certeza en las sentencias, donde el grado de previsibilidad es demasiado bajo.

4.2.5 Acceso desigualitario.

Un tema relacionado con el problema del sistema judicial actual es el acceso al mismo, el cual no se encuentra en las condiciones de paridad necesarias para garantizar que, al momento de surgir un conflicto que pueda ser

(58) REVILLA VERGARA, Ana Teresa. Op. cit. Respecto de la situación del Poder Judicial en la década pasada la autora señala que "(e)l mantenimiento de un número excesivo de magistrados provisionales y suplentes y su actuación en instancias claves contribuyen, entre otros factores, a debilitar la independencia del Poder Judicial".

(59) A estos efectos recordamos que uno de los principales problemas de la reforma del Poder Judicial realizada en 1995, fue el tener al Poder Ejecutivo como impulsor de la misma, si bien se sostuvo que de esta manera se tenía un mayor acceso a los recursos administrativos, es cierto que aconteció una fuerte pérdida de autonomía de la institución.

tratado en la vía judicial, cualquier persona opte por esta. Numerosos casos se ven resueltos en vías extrajudiciales. El problema del acceso desigualitario encuentra conexión profunda con la dilación extraordinaria de los procesos judiciales en el Perú; la duración del proceso afecta el costo del mismo, con lo cuál va reduciéndose el número de personas que, contando con los medios necesarios, se encuentran dispuestas a correr el riesgo de entrar en un proceso judicial de indeterminada duración, con un posible desarrollo accidentado y, por si fuera poco, de dudoso resultado.

4.3 Soluciones

4.3.1 Procesos menos costosos.

Los problemas del proceso judicial se centran, también, en lo prolongado del mismo, prolongación que lleva al encarecimiento de nuestro sistema. El cómo abaratar los procesos pasa así por un tema de cómo disminuir la duración de los mismos.

Necesariamente, estamos hablando entonces del **desarrollo de una mayor y mejor preparación para nuestros magistrados y plenos, de una especialización en los jueces**. Existen aquí algunas interrogantes, entre ellas subsiste la pregunta de ¿qué hace el Estado para educar a los jueces o para mejorar la educación de los mismos? La asignación eficiente de recursos destinados a modificar la educación judicial se vuelve un tema recurrente y urgente en nuestro medio⁽⁶⁰⁾. La especialización conlleva a la ampliación del número de jueces, en aras de encaminarnos a un sistema judicial libre de cargas procesales.

Otra interrogante pendiente, está referida a la participación de la sociedad civil (léase Colegios de Abogados principalmente), en mecanismos de sanciones a los abogados que realicen prácticas dilatorias del proceso deliberadamente.

Frente a los problemas de corrupción en el Poder Judicial, se plantea la necesidad de una **mayor intervención de la sociedad civil**⁽⁶¹⁾, entendiéndose por ella no sólo jueces, abogados y políticos, sino distintos tipos de agrupaciones y de autoridades representativas de instituciones diversas, conjuntamente con otros

organismos que ayuden a establecer un eficiente mecanismo de control. Actualmente existe el problema de las ratificaciones realizadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, que por ser inmotivadas no permiten una certeza sobre las razones de la ratificación o no ratificación de los magistrados. Lo cual conlleva al desempeño del cargo con incertidumbre respecto a su permanencia en el mismo, razón por la cual apegar a las formas de una manera irreflexiva resulta la alternativa más fácil y menos riesgosa para un juez. Asimismo, si bien la corrupción en el Poder Judicial no es un tema sólo de jueces, un mecanismo de control que fundamente la causa de la ratificación o no ratificación de los magistrados ayudaría a disminuir los niveles de corrupción en nuestro sistema judicial.

El Poder Judicial debe ser una institución independiente, que goce de la confianza ciudadana, la cual debe ver en él un contrapeso a los demás poderes constituidos consagrados en nuestra Constitución. Un país donde el organismo que aplica justicia carezca de credibilidad es un país en crisis social y económica. Así, es menester que el Poder Judicial proyecte a la sociedad una autonomía real, que permita a los magistrados aplicar el Derecho sin ceder a presiones de grupos económicos y políticos. Un sistema de cobro crediticio que se vea restringido en su capacidad decisoria por intereses sectoriales derivaría no sólo en la desconfianza en el mismo, sino en la opción por mecanismos alternos (tal vez no legales) de cobro de garantías.

4.3.2 Sistema Extrajudicial.

Solemos recurrir a mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos cuando el sistema judicial no se muestra como el medio eficiente, oportuno y rentable que necesitamos para hacer valer nuestros derechos o para resolver una controversia. Así, el tema de la ejecución de garantías suele necesitar de una solución rápida y ágil, para situaciones donde es factible que ocurran casos de prescripciones, devaluaciones, entre otros⁽⁶²⁾.

Si bien el arbitraje viene desarrollándose como una opción a la vía judicial, y cuenta con la ventaja de tener el laudo arbitral la calidad de cosa juzgada, éste

(60) Tema conexo es el referido a las remuneraciones de los magistrados del Poder Judicial, pues si se busca atraer a los egresados de universidades prestigiosas y con una adecuada educación legal, sería preciso aumentar las remuneraciones ofrecidas. Tenemos presente que el tema de la remuneración constituye uno de los elementos que influyen en el tema de la corrupción a nivel de los magistrados.

(61) REVILLA VERGARA, Ana Teresa. Op. cit.: pp. 12-13. Para la autora sólo podría lograr un sistema adecuado de administración de justicia cuando diversos agentes de la sociedad civil se involucren más en conocer el problema. Inclusive, proponiendo la idea de una reforma integral del Poder Judicial, plantea una mayor participación de la sociedad civil en la misma.

(62) EYZAGUIRRE, Hugo y CALDERON, Carlos. Op. cit. p. 50. A estos efectos una encuesta realizada demuestra que solo el 19.2 por ciento de los encuestados consideraban para el desarrollo de su negocio como necesario el apoyo de una institución que los ayude a solucionar conflictos y problemas que pudieran tener con otras personas (llámense otros empresarios, clientes, etcétera).

se presenta como un mecanismo muy oneroso en nuestro medio, por lo cual no es usual que frente a la ejecución de garantías optemos por esta vía, salvo que se trate de empresas grandes y con el capital suficiente para recurrir al arbitraje⁽⁶³⁾.

La prohibición al pacto comisorio se encuentra establecida en el artículo 1066 del Código Civil, que dispone que una deuda puede no ser pagada, pero el acreedor no podrá quedarse con el bien prendado a cambio de la suma que se le adeuda. El fundamento radica en la tendencia legal de proteger al deudor (al dueño del bien) frente al acreedor. Por ello, nos remite al procedimiento judicial de ejecución de garantías, afirmando que por dicha vía el deudor se verá más protegido, presumiendo su posición de desventaja al momento de dar su bien en garantía. Así se estaría evitando un abuso por parte del acreedor quien, en caso contrario, podría quedarse con un bien que valdría más de lo que se le adeuda. No obstante, ¿qué sucede con el cumplimiento de la obligación?, ¿son estas normas pro deudor el talón de Aquiles del propio sistema de garantías y de su ejecución? ¿Son estas normas -de intención protectora- las que terminan por desfavorecer a quien busca un crédito?

Esto no sucede en otras legislaciones. Tomando el ejemplo de Estados Unidos, vemos que se permite la “recuperación posesoria” en caso de bienes materiales. Este mecanismo es previo a la ejecución del bien, y consiste en la adquisición del mismo por parte del acreedor una vez producido el incumplimiento del deudor, presumiéndose la posesión del bien por parte del acreedor. Para ello, el acreedor remite una comunicación escrita al deudor, señalando su intención de tomar el dominio del bien en defecto del pago adeudado. Transcurrido el plazo establecido para la respuesta del deudor (21 días) el acreedor procede a realizar su derecho.

En este sistema, la venta se realiza directamente siguiendo las disposiciones legales establecidas, sin tener que pasar por una prolongada y costosa vía judicial. Este derecho del acreedor es desconocido en nuestra legislación.

El proceso de recuperación posesoria, dista de ser una justicia privada, excluyéndose todo tipo de violencia, bastaría la negativa del deudor a la recuperación posesoria para que esta no fuera posible, procediéndose a la ejecución del bien.

Si bien el pacto comisorio puede dar lugar a actos de abuso del acreedor si el deudor no está bien informado sobre sus derechos, no debe olvidarse la posición privilegiada del deudor en nuestro sistema, que puede simplemente negarse a pagar la deuda. Asimismo, el problema de la vía judicial de ejecución de garantías gira en torno a la desvalorización que sufre el bien, sin mencionar el tener que pasar por un proceso indeterminado en su duración, impreciso en su desarrollo e incierto en su resultado, por no mencionar el alto costo que todo ello implica. Siguiendo a Martín Mejorada, podemos afirmar que “la reducción de los costos de la ejecución conlleva la reducción de los costos del crédito en general en beneficio del mercado y de los deudores en particular”⁽⁶⁴⁾.

Inclusive, tras la frustración de la posibilidad del pacto comisorio, se permite en la legislación estadounidense la venta, el arrendamiento o cualquier otra disposición del bien dado en garantía, de esta manera, el acreedor cuenta con amplias posibilidades de comerciar con el bien, manteniéndolo en el mercado. Todo lo contrario ocurre en nuestro sistema, donde la ejecución de la garantía busca simplemente la venta del bien para pagar la deuda, sin pensar en las opciones posibles para mantener el bien en el comercio y sin ofrecer una forma ágil de satisfacer el crédito.

Mientras que la legislación contemporánea instituye el mecanismo de la venta directa presentando normas para facilitarla, nuestra legislación nuevamente va por un rumbo opuesto, pues si bien se otorga la posibilidad de la venta directa, no es ésta la regla general y se deja a las partes el tener que ponerse de acuerdo sobre la forma de realización de la misma, con lo cuál el pago de los créditos se hace lento y poco eficaz. No hay en el Perú un modo directo de ejecutar la garantía.

4.3.3 Soluciones: hacia una única ley de garantías reales.

El Documento de trabajo realizado por el Ministerio de Economía y Finanzas, parte de la propuesta de introducir en nuestro sistema una única ley de garantías reales que permita que todas las operaciones que impliquen la concesión de un crédito puedan ser garantizadas con cualquier tipo de bienes. Según veremos, con este propósito dicha ley deberá regular todos los aspectos relacionados a la constitución,

(63) Ibid.: p. 57. En una encuesta realizada a micro y pequeños empresarios señalan que el 97.6 por ciento en los seis meses anteriores a haber sido tomada la encuesta (2001), no había acudido a un Centro de Arbitraje para resolver conflictos con proveedores, empresarios o clientes.

(64) MEJORADA, Martín. Op. cit.: p. 345.

prioridad, publicidad y ejecución de garantías, en aras de salvaguardar la coherencia del sistema⁽⁶⁵⁾.

4.3.3.1 Bienes y operaciones. Otras características del Sistema.

La propuesta permite la efectiva constitución de garantías sobre todo tipo de bienes o derechos con relevancia económica, entre los que se encuentran: bienes tangibles (presentes y futuros), derechos (patentes y marcas), bienes intangibles (cartas de crédito, cuentas por cobrar, carteras de cuentas pendientes de cobro por mercadería vendida o servicios prestados, talones de tarjetas de crédito, ente otros), bienes fungibles o no fungibles que sean materia de transformación o rotación⁽⁶⁶⁾.

A su vez, se pretende permitir la constitución de garantías reales para respaldar cualquier tipo de operaciones de crédito, ya sean presentes o futuras, directas o indirectas. En ese sentido, contrariamente a la última reforma introducida en el artículo 172 de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, donde se proscribió bajo sanción de nulidad esa posibilidad, en este caso se opta por brindar las mayores facilidades a las operaciones de crédito.

Por otro lado, en la actualidad, dadas las diversas garantías que contempla el sistema vigente existen privilegios sobre algunas de ellas, creadas en su oportunidad con el propósito de impulsar determinadas actividades económicas (prenda minera, industrial, etcétera). Sin embargo, este nuevo esquema pretende eliminar esos privilegios con la finalidad que cualquier sujeto involucrado en la actividad económica pueda acudir al sistema⁽⁶⁷⁾.

Asimismo, sobre la constitución de garantías, se pretende estandarizar la constitución de todos los tipos de garantía en procura de eliminar los costos de transacción que conlleva la actual regulación. Asimismo, se propone que el rango de prioridad de las garantías, se establecerá sobre la base de la inscripción registral, lo cual afectará a cualquier forma de gravámenes o privilegios vinculados al bien objeto de garantía, estableciéndose un sistema de publicidad de los privilegios⁽⁶⁸⁾.

4.3.3.2 Archivo Electrónico de Avisos de Garantía

En este punto, se requiere de una reforma en el sistema de registros que se configura como una necesidad ante un régimen actual que involucra altos costos de transacción y riesgos a los contratantes.

Ante la multiplicidad de registros existentes y las dificultades de obtener información, se une un marco legal costoso para una efectiva publicidad de las garantías al exigirse la inscripción del contrato de garantía, que exige a su vez la revisión de la legalidad y autenticidad de los documentos antes de su inscripción.

En ese sentido, se plantea la creación de un sistema de inscripción de garantías a través del Archivo de Avisos, el cual (i) será un sistema de publicidad de garantías sobre cualquier tipo de bienes o derechos; (ii) contendrá la información mínima necesaria para que los particulares puedan conocer la existencia de derechos preferentes (ya no se requerirá la inscripción del contrato en su totalidad); (iii) en él, el control de la legalidad consistirá en el correcto llenado del formulario que informa de la existencia de la garantía. En este sistema, (iv) la información pertinente será ingresada en un archivo de base de datos electrónica de alcance nacional que permita un fácil acceso al público en general; y (v) finalmente, se establece la posibilidad que dadas las características del sistema se podrá otorgar la concesión de dicho Archivo al sector privado en competencia, siempre con la reserva que el Estado mantenga la supervisión de esta actividad⁽⁶⁹⁾.

En este sentido, consideramos que el Sistema de Archivo Electrónico de garantías contribuye a disminuir los costos de transacción que implica la constitución de garantías en la actualidad. Es un caso en el cual las reglas legales pueden contribuir a disminuir los obstáculos y en consecuencia alentar la negociación de los particulares al disminuir dichos costos de transacción que la entorpecen⁽⁷⁰⁾.

5 El seguro de crédito.

El seguro de crédito aparece a mediados del siglo XIX, época donde empiezan a tener importancia las quiebras de los comerciantes por el incumplimiento de sus obligaciones para con terceros, quienes perdían sus

(65) Ministerio de Economía y Finanzas. Op. cit.: p. 15.

(66) Ibid.

(67) Ibid.

(68) Ibid.: p. 16.

(69) Ibid.

(70) COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit.: p. 128.

créditos. En el mundo contemporáneo, donde el crédito se ha ido convirtiendo en rutina diaria de empresarios e industriales, se ha hecho indispensable crear figuras que sirvan de auxiliares del crédito. Una de estas formas, sino la más perfecta es el seguro de crédito. Actualmente es casi imposible encontrar una actividad económicamente productiva que no dependa del crédito. Las empresas cuya labor principal es otorgar préstamos a industriales y comerciantes asumen el riesgo de perder los créditos otorgados si el empresario, por cualquier circunstancia perdiera su capacidad de pago. El seguro de crédito justamente disminuye esa eventualidad, la empresa aseguradora garantiza el pago de tal forma que si el deudor no cumple ésta responderá por él.

El seguro de crédito otorga confianza y estabilidad al mercado en general, garantizando a los acreedores la satisfacción de sus créditos frente al no cumplimiento de los deudores, en caso de ciertas circunstancias determinadas. Es, en líneas generales, una garantía que presta una compañía de seguros a favor de un acreedor frente al no pago de su deudor.

Jean Bastin lo define como: "(...) un sistema asegurador que permite a los acreedores, a cambio de una remuneración estar cubiertos contra la falta de pago de los créditos que les adeudan determinadas personas previamente identificadas y en situación de incumplimiento de pago"⁽⁷¹⁾.

A juicio de Pascual y Santoso: "(...) es el contrato en virtud del cual un asegurador se compromete a asumir el riesgo de la incobrabilidad de un crédito existente a favor del asegurado y en contra de un tercero a lo menos determinable, obligándose al asegurado al pago de una prima"⁽⁷²⁾.

Es un contrato entre un asegurador y un tomador, lo que no tiene nada de particular ya que esto ocurre en cualquier tipo de seguro. En él, el asegurador se compromete al pago de la indemnización en caso ocurra el siniestro, lo que constituye la imposibilidad de que el asegurado cobre un crédito existente a su favor y contra un tercero. La relación entre el asegurado y el tercero es meramente creditual, es decir un derecho personal existente a favor del asegurado y en contra del tercero. El deudor de la prestación asegurada debe ser al menos determinable, y así darle la oportunidad al

asegurador de evaluarlo y si lo considera pertinente, aprobarlo.

Esta clase de seguros puede subdividirse en reales, en los que se asegura un bien determinado, y patrimoniales, donde se protege la integridad del patrimonio. La diferencia de estos radica en la determinabilidad del bien cubierto con el seguro. En este sentido, creemos que el seguro de crédito es un seguro real, puesto que el crédito es un bien determinable.

5.1 El riesgo.

Como bien hemos señalado, el seguro de crédito es un seguro de cosas, la "cosa", en este caso, es el crédito. El incumplimiento de pago de este crédito es un daño para el titular del crédito, el que recibirá una indemnización que compensará parcial o totalmente el daño sufrido.

A diferencia de otras modalidades de seguro, el riesgo en el seguro de crédito es resultado de un comportamiento humano. La palabra "crédito" viene de creer. Dar crédito significa confiar en el otro, reconocer su solvencia, uno otorga un crédito porque confía en que va a cobrar. El acreedor cree que el deudor tendrá la intención de cumplir su compromiso⁽⁷³⁾.

En este sentido, consideramos que en cuanto a la causa del riesgo, el incumplimiento de pago, difícilmente escapa de la voluntad del deudor. Claro está que existen factores externos que influyen en su realización, en el Perú por ejemplo, en los últimos tres años la capacidad económica se ha reducido, en todos los sectores económicos, en un 36 por ciento⁽⁷⁴⁾.

Pero aún así, si se analiza cada caso: "(...) se puede observar que casi siempre la honestidad, la voluntad, el ingenio, el valor y la tenacidad de la persona física encargada de la gestión financiera de la deuda que hay que satisfacer le hubiesen permitido hacer frente a la deuda"⁽⁷⁵⁾.

Luego de resaltar el rol que juega el comportamiento humano en esta clase de seguros, pasamos a examinar la distribución de riesgos.

Una de las formas más eficientes de neutralizar el riesgo es diluirlo entre sí, repartiéndolo entre los asegurados, quienes forman una "masa" o "fondo

(71) BASTIN, Jean. *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago*. Madrid: Mapfre, 1993. p. 83.

(72) PASCUAL HIDALGO-GATO, María de los Ángeles y Flavia del Carmen SANTORO TRUJILLO. *El seguro de crédito*. Bogotá: PUJ, 1988.

(73) BULLARD GONZALES, Alfredo. *Sobre tortillas, huevos, crédito y deudores*. En: Materiales del curso de Derecho Concursal.

(74) FLINT BLANK, Pinkas. *Protección de crédito en el Perú*. En: Materiales del curso de Derecho Concursal.

(75) BASTIN, Jean. Op. cit.

común” sustentado en las primas pagadas para hacer frente a los siniestros. Esta masa de asegurados permite la actividad aseguradora a través del pago de sus primas a la empresa aseguradora. De esta forma, se constituye el “fondo común” que hará posible cubrir los créditos incumplidos⁽⁷⁶⁾.

A juicio de Donati, la manera de eliminar el riesgo a través de la distribución entre la “masa de asegurados”, sólo puede llevarse a cabo mediante una entidad económica organizada y que además deberá basarse necesariamente en los principios fundamentales⁽⁷⁷⁾.

En primer lugar, sobre la base de la Ley de los Grandes Números se establece que los fenómenos eventuales decrecen en su irregularidad hasta adquirir una constante, a medida que aumenta el número de veces en que la observación es realizada o se extiende la masa de hechos a que se aplica dicha observación. En consecuencia, sobre una base estadística adecuada se determina el grado de posibilidad de que se produzca un determinado acontecimiento. Por lo tanto, a mayor número de riesgos asumidos menores serán los fallos entre la probabilidad teórica y la realidad.

En segundo lugar, para el cálculo de la prima el riesgo asumido no puede estar afectado por circunstancias excepcionales o que sea distinto al campo normal de la actividad de la empresa aseguradora. La homogeneidad del riesgo se logra agrupándolos según la naturaleza del riesgo y del bien objeto de protección.

En tercer lugar, señala que debe tenerse en cuenta que si de un grupo de eventos homogéneos se puede prever cuántos efectivamente se realizarán, lo que no se puede prever es cuáles serán y la suma asegurada a pagar.

En cuarto lugar, por medio de las primas muchas veces se forma una reserva de éstas, siendo necesaria una adecuada inversión a través de una técnica previsora.

Finalmente, el elemento esencial de la técnica aseguradora y en concreto en el seguro de crédito, es el reaseguro, es decir, la transferencia de riesgo asumido a otro asegurador.

Mediante esta figura se busca la atomización del riesgo transfiriéndolo a otro empresario. La importancia del reaseguro consiste por un lado, en la división de los riesgos, evitando las irregularidades que podría suponer el cálculo de probabilidades ya que podría resultar que el fondo formado por las primas sea insuficiente. Otra ventaja es que de esta forma, las compañías

aseguradoras podrían aumentar sus negocios, aún contando con menos capital que el necesario en circunstancias normales. Por último, cumple una función de financiamiento, ya que sustituye en parte el capital de garantía del asegurador⁽⁷⁸⁾. Mediante este contrato, un asegurador asegura en otro asegurador (reasegurador), el conjunto total o una parte de los riesgos asumidos, en virtud de los contratos suscritos por los propios asegurados. El objeto es desplazar la incidencia de los riesgos, en tanto el asegurador los revierte, en todo o en parte, sobre el reasegurador. Lo que el reasegurado busca es la exoneración o la limitación de los riesgos asumidos transfiriéndolos. Ello supone, el pago de una prima atenuando las cargas excesivas o que sobrepasen la capacidad del asegurador en tanto se produzcan los siniestros. Además debe tenerse en cuenta que el cálculo de probabilidades es meramente teórico y, consecuentemente, podría generar irregularidades. Es decir, la finalidad del reaseguro es distribuir los riesgos asumidos y que, de esta forma, el asegurador pueda cumplir con su obligación de indemnizar en caso se verifiquen los riesgos en la realidad; pues ello implicaría (y es lo que efectivamente sucede) el desembolso de una cantidad de dinero bastante alta, pudiendo superar las posibilidades financieras de la empresa aseguradora.

5.2 La situación en el Perú.

En el Perú desde 1985 existe una compañía de seguros de crédito a la exportación. Actualmente es una aseguradora privada. La distribución de sus riesgos la logra básicamente por medio de reaseguros (85 por ciento), ya que el fondo común, producto de las primas, resulta insuficiente al momento de la realización del siniestro.

La necesidad de creación de esta modalidad de seguro fue la de dar mayor seguridad y estabilidad al comercio, con el propósito de fomentar y facilitar la negociación de productos nacionales con el exterior.

El siniestro, en este tipo de seguros, está constituido por la insolvencia del deudor de la obligación garantizada. El riesgo asegurable, riesgo incluido en la cobertura, sólo hace efectivo el pago de la indemnización en el evento de pérdidas netas y definitivas ocurridas como consecuencia de la insolvencia del deudor del asegurado. El asegurador entiende que se produce dicha insolvencia en dos

(76) GONZALES BARRÓN, Gunther. *El contrato de seguro en el Perú*. Lima: Jurista Editores, 2002. p. 23.

(77) DONATI, Antígono. *Los seguros privados: Manual de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1961.

(78) GONZALES BARRÓN, Gunther. Op. cit.

supuestos, salvo que el siniestro se derive directa o indirectamente de riesgos de carácter político o extraordinario. En primer lugar, cubre la insolvencia definitiva, es decir, las situaciones de quiebra o liquidación, en las que una autoridad judicial o administrativa comprueba y declara la imposibilidad de que el deudor, o el garante en su caso, hagan frente al pago corriente de sus obligaciones de manera definitiva. En segundo lugar, cubre la insolvencia de hecho. Esto es, la falta de pago total o parcial del crédito cuando no se haya producido la insolvencia definitiva y no se encuentre en uno de los procedimientos mencionados. No serán considerados como de insolvencia las situaciones en las que el deudor, o el garante en su caso, se haya acogido a un procedimiento concursal o a alguno de los procedimientos del sistema concursal, en tanto no exista acuerdo de acreedores que implique una pérdida neta definitiva para el asegurado mediante la quiebra o liquidación.

Creemos que el seguro es únicamente un paliativo para atenuar los altos riesgos que enfrenta el acreedor en el Perú, sin embargo, un excelente medio de atenuar los riesgos es el seguro. En tanto las instituciones nacionales no promuevan el acceso al crédito “barato” a través de la protección al acreedor, el seguro de crédito se muestra como una alternativa a ser usada por los particulares para reducir los riesgos que enfrentan. Eso no debe ser óbice, sin embargo, para no mejorar nuestras instituciones, puesto que esta alternativa, si bien puede ayudar en ciertos casos, le cuesta al acreedor y, por lo tanto, encarece el crédito para el deudor. Asimismo, como ya se señaló, dado el alto riesgo existente en el Perú, éste se configura únicamente para ciertos supuestos. Es por ello que esta fórmula se utiliza sólo en casos puntuales, como por ejemplo el caso del seguro de crédito a la exportación, donde aparentemente funciona de forma eficiente.

4 Otros Factores que encarecen el crédito en el Perú: la protección al deudor en el Código Civil peruano.

En el Perú se suele hablar de la “cultura del no pago”. ¿Qué es la “cultura del no pago” y cómo afecta a nuestro sistema?

Este fenómeno tiene diversas aristas. De un lado, tenemos el escenario político y económico forzosamente inestable en el que nos encontramos desde ya hace un tiempo atrás. La existencia de grupos armados subversivos, el narcotráfico, la violencia política, la desocupación, el bajo nivel de ingresos por parte de la

mayoría de la población, entre otras características del Perú de las últimas décadas, provocan un perjuicio económico al país. No obstante, creemos que el principal motivo es que el sistema legal no promueve el pago, lo desfavorece.

El Código Civil de 1984 fue elaborado en un contexto totalmente distinto. La ideología que prevalecía en esa época proponía un Estado que debía proteger a sus ciudadanos; por considerarlos, de forma abstracta y general, débiles frente a determinados agentes como comerciantes, empresas, etcétera. En muchos sentidos, los intereses personales se encontraban subordinados a los intereses del Estado, ya que éste decidía que era lo mejor para los ciudadanos. Sin embargo, en el mundo actual existe consenso respecto de la conveniencia y viabilidad de una economía de mercado; lo que además permitiría al Perú la reintegración al mundo financiero internacional.

Este nuevo contexto plantea un desafío al Derecho y una exigencia que no se puede desatender. El nuevo modelo económico supone el abandono del intervencionismo estatal y el respeto por la autonomía privada. Se trata de establecer reglas claras y sencillas que disminuyan los costos, y así, facilitar a los entes privados el ejercicio de su libertad de contratar. Como bien sabemos, nuestro Código Civil, contiene normas contrarias a estos fines. En él existe una inapropiada, o incorrecta, definición de una serie de derechos y titularidades que conlleva un sistema ineficiente. El resultado de esto es que al gastar en solucionar problemas legales, se deja de gastar en cuestiones más productivas, se deja de invertir. Por esto, hay menos producción y por lo tanto, menos bienestar económico. Finalmente, con normas proteccionistas, se empobrece al país.

Uno de los principios que dan nacimiento a este tipo de normas en el Código Civil y consecuentemente encarecen la contratación privada y en concreto, el crédito en el Perú es el llamado *favor debitoris*. Según este principio, el deudor es la parte débil y por ello necesita ser protegido. Somos de la firme convicción que esta premisa es falsa y muy perjudicial al país. En el caso de prestaciones simultáneas, uno es acreedor y deudor a la vez, es decir, absurdamente cada parte es débil y fuerte a la vez. Por lo tanto, ¿a quién se debe proteger?

De otro lado, y con relación al tema de nuestro estudio, en el supuesto de contratos con prestaciones no simultáneas, como es el caso del crédito, si bien es posible identificar a un acreedor y a un deudor, consideramos igualmente equivocada la premisa. Lo que

sucede es que el acreedor entrega el bien sin que la contraprestación le sea entregada inmediatamente. Esto coloca al deudor en una situación de ventaja estratégica. El deudor ya ha visto satisfecho su interés mientras que el acreedor espera que en el futuro se satisfaga el suyo. Por lo tanto, el deudor disminuye su interés por cumplir y para que efectivamente lo haga debe existir un sistema legal que lo promueva. Nos hacemos la misma pregunta que en el supuesto anterior, ¿a quién se debe proteger?, ¿no es acaso el deudor, muchas veces, la parte fuerte de la relación, la que se encuentra en una posición de ventaja respecto del acreedor?

El resultado de este principio que protege al deudor, erróneamente considerado como la parte débil, es que los deudores muchas veces se aprovechen de esta situación e incumplan con su obligación de pagar. Formándose como hemos señalado una cultura de no pago. Esto trae consecuencias perniciosas para el desarrollo económico, pues los costos que supone un préstamo con riesgos tan altos los asumen los deudores que sí cumplen, a través de intereses cada vez más elevados. Finalmente, esto termina menguando su capacidad económica y, muchas veces, convirtiéndolos en insolventes.

Pero, ¿por qué el legislador ha creado un sistema con consecuencias tan nefastas? Pues porque las medidas populistas y el papel de supuesto “protector del débil” tienen un efecto beneficioso para éste entre el electorado. El paternalismo del legislador crea la ilusión en el elector de que el legislador que da tales medidas es **necesario**. Ciertamente, los legisladores son necesarios en cualquier Estado de Derecho, puesto que se requiere de un Poder Legislativo. Sin embargo, el individuo debe comprender que para su progreso, es necesario tomar sus propias decisiones y ser responsable por sus acciones⁽⁷⁹⁾.

Por más duro que sea el contexto de un país, con una aguda crisis financiera y política como la del Perú donde existe poca inversión, inseguridad financiera, falta de empleo, recesión y empresas en quiebra, no se puede dar leyes populistas, porque a largo plazo son perjudiciales tanto para la población como para el Estado mismo. Por ejemplo, la Ley de Desagio Tributario⁽⁸⁰⁾, la Ley de Pensiones de Educación⁽⁸¹⁾, etcétera. Se debe apuntar a leyes que simplemente faciliten el mercado, más no lo controlen. Con esto no proponemos que el Estado deje de promulgar leyes, por el contrario, debe crear un marco normativo que le permita a las personas desenvolverse en el mercado libremente. No debe imponerles patrones rígidos ni limitar su actuación mientras esta no afecte a los demás. “El fin de las leyes no es el de abolir o restringir la libertad, sino de preservarla y ampliarla; puesto que (...) allí donde no existen leyes no existe libertad. La libertad implica ser libre de las limitaciones y la violencia de los demás, lo que no puede ocurrir donde no existen leyes (...)”⁽⁸²⁾.

En conclusión, la estructura del Código Civil se ha nutrido de criterios paternalistas a costa de una economía eficiente. Paradójicamente, parte de premisas que lejos de proteger al deudor terminan perjudicándolo, aumentando los costos de transacción; que son trasladados a la masa de deudores en general, obstaculizando el intercambio de bienes y servicios, y por tanto, el desarrollo económico.

7 Conclusiones.

Luego del recorrido por algunas de nuestras instituciones, nos damos cuenta de que ellas, en muchos casos, no pueden ser consideradas como eficientes. Al contrario, la mayoría son ineficientes y van en contra del desarrollo de nuestra economía⁽⁸³⁾.

(79) Referido a la regulación de la lesión en nuestro Código Civil, encontramos el siguiente comentario acerca del paternalismo del legislador nacional: “(e) motivo por el que los políticos parecen no desear tomar una decisión ejecutiva real sobre la educación en el Perú es que, pese a las oportunidades de desarrollo que ésta generaría, no se quiere asumir políticamente el costo de que la mayoría de los electores llegue a ser capaz de evaluar inteligentemente las propuestas políticas y deje de ser manipulada. Esto, porque en ese contexto los políticos estarían obligados a ser eficientes en su función”. (DÍAZ BEDREGAL, Alvaro. *La lesión*. En: *Ius et Veritas*. No. 22. Lima, 2001. p. 147.)

(80) Ley de Desagio Tributario: con esta norma se busca proteger al deudor sin embargo perjudica la recaudación. Si bien el fin es darle cierto alivio a las empresas condonándoles las deudas, al final los grandes perjudicados van a ser los formales, los que han venido pagando y soportando la presión de la SUNAT. Se genera un desincentivo a invertir (actividad muy cara) y las personas comenzarían a evadir los impuestos (incremento de la informalidad). Los formales se verían en desventaja con relación a los informales.

(81) Ley de Pensiones de Educación: esta ley establecía que por no pagar, no rendías las evaluaciones respectivas. Ahora esta ley establece que en su afán por proteger la educación, si no pagas igual gozas de los beneficios. Esto naturalmente promueve la cultura del no pago -ya bastante accentuada en nuestra realidad- en desmedro de la inversión en la educación. Al final los perjudicados serán los alumnos que sí pagan por que se elevarán las pensiones para cubrir la de aquellos que eventualmente no pagarían.

(82) LOCKE, John. *The second treatise of government*. New York: The Liberal Arts Press. 1954. pp. 32-33.

(83) El lector podrá divertirse unos minutos si efectúa un “recorrido virtual” por la página web de nuestro distinguido Parlamento. Si ingresa al *link* “Proyectos de Ley” quedará admirado por las normas propuestas por algunos celeberrimos padres de la patria. Para muestra sólo un botón: encontramos entre las propuestas una para fijar las tasas máximas de interés, un despropósito mayúsculo. La mencionada página web es www.congreso.gob.pe.

a) En lo que respecta al sistema de financiamiento directo, llegamos a la conclusión de que los numerosos requisitos exigidos a las empresas que quieren participar del mercado de valores no contribuyen al desarrollo del mismo. El Prospecto Informativo, analizado en este estudio, constituye una alternativa ineficiente para proteger a los inversores. Como hemos podido notar, inversionistas y empresas tienen todos los incentivos necesarios para compartir eficientemente la información, sin la generación innecesaria de costos, como el Prospecto Informativo.

El sistema bancario, al ser la principal fuente de financiamiento empresarial en nuestro país, es uno de los grandes afectados por la desprotección en la que se encuentra el crédito y los acreedores. El alto índice de incumplimiento en el pago de la deuda ha originado que los bancos se protejan con una serie de mecanismos que, en última instancia, contribuyen a un incremento en las tasas de interés por créditos bancarios. Asimismo, la nueva regulación sobre la garantía sábana, es ineficiente puesto que genera mayores costos al deudor y al banco. El costo del crédito se incrementa con esta clase de normas que, finalmente, repercuten negativamente en las empresas y los individuos.

b) En los últimos años del sistema concursal, se reconoce una mayor preparación y especialización en los encargados de esta rama del Derecho. Es necesaria una difusión mayor en el mercado del sistema concursal, ya que esta es la única manera de cambiar la mentalidad de las personas involucradas (deudores, acreedores e inclusive el mismo Estado). Se debe tener presente que la función principal del sistema es proteger el crédito y esto sólo va a poder darse si es que todos los esfuerzos están orientados hacia un mismo rumbo. No podemos partir de premisas egoístas, de intereses particulares que sólo tengan por finalidad la propia satisfacción y no el interés común. Asimismo, el mercado debe tomar sus

propias decisiones, cuando algo está fallando no podemos atribuirle la responsabilidad al sistema sino a las instituciones que lo conforman y, como tales, a las personas encargadas. Tenemos que partir desde el núcleo más pequeño a la institución más complicada. Si no hay una toma de conciencia por parte de los individuos sobre el cambio, no habrá ningún proceso o diseño legislativo que sea efectivo.

c) El sistema de garantías reales y el judicial, son distintos pero están ligados por los problemas que presentan. Las garantías no garantizan nada, valga la redundancia, sin un sistema judicial eficiente que asegure su ejecución y cobro para recuperar el crédito otorgado. El sistema de garantías debe sistematizarse y organizarse adecuadamente, debe constituirse como un sistema único. Debe poderse acceder a un registro con la confianza de que la información que en él se halle no será distinta a la incluida en otro registro. Asimismo, debe facilitarse la ejecución de las garantías a través de métodos extrajudiciales, puesto que los procesos de ejecución recargan excesivamente al Poder Judicial. También es necesaria una mayor eficiencia de nuestro sistema judicial, que asegure predictibilidad y justicia a los acreedores. Se ha propuesto varias soluciones al respecto en este trabajo.

Siendo que el otorgar crédito implica otorgar confianza, debemos preguntarnos si dicha confianza existe en nuestro país⁽⁸⁴⁾. Creemos que no. La confianza al otorgar créditos debe residir, para ser un país moderno y desarrollado, en nuestras instituciones. Ellas, por sí solas, deben asegurar la recuperación del crédito al acreedor.

Sin instituciones eficientes y efectivas y, sobre todo, "a la medida" de nuestras necesidades, el sistema de créditos peruano no evolucionará de la confianza personal en la cual se basa actualmente, hacia la confianza en el sistema legal. 卟

(84) "(...) I have seldom encountered a Latin American audience that did not think that their society suffered from a severe crisis of trust. This crisis manifests itself in various forms. Economically, the greater part of gross domestic products (GDP) in most Latin American countries is produced by family-owned businesses (...) When societies that lack a well-developed, state-funded social safety net (...) suffer recession and high unemployment, family networks pool resources to serve as a cushion against hard times". En: FUKUYAMA, Francis. *Social capital and development: the coming agenda*. SAIS Review, 2002, pp 27-28.