

De la supuesta esquizofrenia del sistema concursal al maniqueísmo de sus detractores

Juan Francisco Rojas Leo

Abogado. Profesor de Derecho Administrativo y Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

¡Qué horror! “¡El Estado contraataca!”. Con este espectacular título mi querido amigo Huáscar Ezcurra y su colaborador, mi muy apreciado alumno del curso de Derecho Administrativo, Gerardo Solís, presentaron en anterior número de la revista de Derecho *Themis* un ensayo referido a lo que irreverentemente denominaron *La múltiple personalidad de un sistema concursal de ciencia ficción*⁽¹⁾; en dicho artículo los autores llamaban la atención sobre lo que consideraban era una excesiva participación del Estado en los procesos concursales y una insuperable contradicción conceptual en cuanto a los objetivos declarados de la nueva norma concursal⁽²⁾.

Llama la atención que dos personas de la inteligencia de los autores y de su recorrido por el mundo del Derecho, levanten las voces con tanto ahínco por lo que a su entender significa una mayor participación del

Estado en los procesos concursales. ¿Será acaso la defensa de un liberalismo mal entendido, de un liberalismo que rechaza la presencia del Estado de manera dogmática? ¿O más bien se tratará de un regreso a los orígenes del Derecho Civil cuando se sostenía -equivocadamente- que el Derecho podía prescindir de la presencia del Estado para su puesta en vigencia?

Asimismo, llama la atención que se presente la participación estatal como algo nocivo en sí mismo y que como tal debe ser rechazada. La sola palabra “Estado” asusta, causa pánico y genera la necesidad de marcar distancia.

Es lamentable que los autores hayan dejando de lado los postulados básicos del verdadero liberalismo, donde la presencia del Estado es absolutamente impostergable y necesaria, y la hayan cambiado por el dogma mal entendido y teórico de los “libertarios”⁽³⁾ que rechaza y

(1) EZCURRA, Huáscar y Gerardo SOLÍS. *El Estado contraataca. La “múltiple personalidad” de un sistema concursal de ciencia ficción*. En: *Themis. Revista de Derecho*. Número 45. Lima. pp. 149-163.

(2) La Ley No. 27809, Ley General del Sistema Concursal, puesta en vigencia el 7 de octubre de 2002.

(3) El triunfo histórico del liberalismo en Occidente puede ubicarse en las décadas inmediatamente posteriores al evento conocido como la Revolución Francesa. Es cierto que uno de los postulados de este liberalismo clásico era el denominado “Estado mínimo”, pero también es cierto que, la sola enunciación de aquel principio debe hacer notar al lector que se reconoció indudablemente un papel al Estado. Asimismo, uno de los postulados esenciales del liberalismo clásico era la necesidad del orden como condición indispensable para el progreso; los idearios de las nacientes naciones iberoamericanas -el caso emblemático es el Imperio del Brasil- son muestras del reconocimiento de la necesidad de este orden proporcionado por el Estado. Puede observarse, entonces, que el liberalismo clásico no fue un enemigo declarado del Estado sino, más bien, una corriente que intentó definir sus cauces de acción para ponerlo al servicio de la sociedad. De otro lado, es necesario diferenciar el liberalismo clásico de aquel “liberalismo que no está dispuesto a tomar prisioneros”, es decir, de aquello que denominaremos “libertarianismo”. Este último es parte de una corriente de pensamiento estrechamente emparentada con una corriente de pensamiento histórica desarrollada casi simultáneamente con el liberalismo clásico: nos referimos al anarquismo de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Para el anarquismo, el Estado sí era un enemigo del individuo, es más, no sólo era un enemigo sino que era el enemigo. Obviamente, el anarquismo era la radicalización idealista de los postulados del liberalismo clásico y ensalzaba la libertad sobre todas las cosas. El anarquismo fue una corriente de pensamiento prontamente desechada por ser utópica y por sus consecuencias negativas desde el propio plano teórico: la ausencia del Estado no significa otra cosa que la ausencia del orden y, a su vez, la ausencia de este último significa la imposibilidad del progreso. El “libertarianismo” pretende ser una reedición de la exaltación del individuo sobre el Estado, es decir, pretende beber de las fuentes del liberalismo clásico a fin de rescatar su pureza y aplicarla en la realidad. Un símil histórico de este “libertarianismo” lo constituye el **socialismo verdadero** del Khmer Rouge camboyano -el socialismo “puro” en acción, según aquel grupo-, que fue llevado a la práctica en la realidad, con los resultados letales conocidos ampliamente: basta recordar los millones de muertos producidos por este intento de aplicación en la realidad de una versión ideal y radicalizada del socialismo. ¿Qué sucedería si se intentara aplicar en la realidad el “libertarianismo”?

despotrica de cualquier forma de intervención del Estado en la regulación de actividades de los particulares.

El sistema concursal es -qué duda cabe- un sistema legal complejo y polémico. Es complejo porque regula situaciones de crisis colectiva donde se encuentran enfrentados un deudor moroso y muchos acreedores impagos, titulares de créditos de distinto origen (laborales, comerciales, bancarios, etcétera) que pugnan por obtener aquello que legítimamente se les debe y no se les paga. Es polémico porque la norma sólo establece un marco de negociación en el cual se desenvuelven las situaciones de conflicto social, sin que ello signifique aliviar la crisis originada por la falta de pago de las obligaciones. Una obligación no pagada siempre significará una causa de conflicto y ninguna ley puede, por maravillosa que ésta fuera, generar riqueza para que donde hoy existe escasez repentinamente aparezca la abundancia y se solucione por arte de magia el conflicto social.

Esta maravilla de la ley perfecta es, sí, una ficción que se condice bien con las ilustradas referencias cinematográficas que los aludidos autores hacen en su ensayo. Lamentablemente es una ficción que -a diferencia de otras que hoy el avance tecnológico pone a nuestro alcance y convierte en realidad- no podrá materializarse en la realidad y menos en una realidad pobre como la peruana.

En las líneas que siguen trato de insistir en algo que fue objeto de análisis en el libro de mi autoría⁽⁴⁾ sobre la exégesis de la Ley General del Sistema Concursal (LGSC), referido a las opciones y objetivos del legislador del año 2002 y que difieren en algunos aspectos accesorios con la legislación anterior, representando una nueva etapa en el perfeccionamiento del marco legal de un sistema de administración de la crisis empresarial puesto en funcionamiento en el Perú bajo un esquema pionero en el ámbito Administrativo con la aparición de la Ley de Reestructuración Empresarial⁽⁵⁾.

Es necesario que insista, toda vez que, injustificadamente y sin la honestidad intelectual que corresponde a los efectos de citar mi trabajo, el mismo que se tergiversa y se recoge parcialmente, los autores del artículo que vengo comentando me atribuyen un total desconcierto y falta de conocimiento y razón sobre lo

que ellos denominan la absoluta contradicción de los objetivos del sistema recogidos en la norma; asimismo, me reclaman en tono airado respuestas como miembro del equipo encargado de aplicar la nueva Ley al interior del Tribunal del Indecopi.

La confrontación de ideas siempre debe tener por finalidad la búsqueda del esclarecimiento de conceptos y visiones, es en ese ánimo que doy respuesta a las interrogantes que se me plantearon y es mi propósito que los interesados en temas concursales puedan extraer sus propias conclusiones.

1. El mundo sin Derecho Concursal y el denominado "efecto buffet".

Insistentemente se sostiene que el mundo sin Derecho Concursal es un mundo caótico donde todos pierden y nadie gana. Se recurre para explicar la tesis a la feliz ocurrencia del denominado "efecto buffet"⁽⁶⁾, alegoría en la cual todos nos vemos como asistentes a un buffet matrimonial y somos testigos de cómo en el momento en que se da la invitación para servirse se genera una expectativa por no quedar desarmado de alimento, que hace que, finalmente, todos comamos mal; la enseñanza es que todos podríamos comer bien, siempre que hubiera un orden de participación predeterminado en el momento de servirse el convite. El ejemplo propuesto bien podría sustentar el lema del liberalismo clásico "orden y progreso" y justificar la necesidad de una acción superior que ordene y organice el reparto eficiente de los bienes. Asimismo, el ejemplo presupone la existencia de escasez de bienes, pues si hubiera abundancia, independientemente de la actitud de los comensales, todos saciarían su hambre y la fiesta sería un éxito.

Lamentablemente, quienes así piensan cometen un grave error: el Análisis Económico del Derecho es un excelente instrumento para analizar la realidad, pero la realidad es mucho más compleja que asumir como dadas unas ciertas premisas y suponer que -en condiciones constantes (*ceteris paribus*)- todas las demás variables se mantendrán constantes y, consiguientemente, el analista económico del Derecho llegará a la verdad. La realidad es original, no se repite⁽⁷⁾ y está influida decididamente por la acción de los seres humanos que

(4) ROJAS LEO, Juan Francisco. *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Lima: ARA, 2002. 922p. Obra escrita con la colaboración de Sergio León Martínez y Luis Urrutia Castro.

(5) Decreto Ley No. 26116, Ley de Reestructuración Empresarial. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 1992.

(6) Creación de Alfredo Bullard González en el marco de las innumerables presentaciones en su condición de funcionario público, miembro preponderante del Indecopi, destinadas a explicar a los neófitos el funcionamiento del sistema concursal.

(7) Filosóficamente hablando, "nadie se baña dos veces en el mismo río". Desde el punto de vista histórico, la afirmación es aun más

como sabemos por experiencia propia, son naturalmente impredecibles.

En efecto, en el hipotético “buffet” pueden aparecer los nobles de corazón que prefieran ceder su lugar a los ancianos o mayores. Los caballeros que den paso a las damas y niños e incluso los que ya hubieran tomado provisiones e ingerido alimentos de manera previa, por lo que la alimentación no sea ya una necesidad. En ese escenario, el de la realidad, el análisis económico efectuado servirá de referente para la comprensión del problema, pero en ningún caso como un método absoluto de análisis de la realidad y mucho menos de su determinación. Creo que es importante tener en cuenta que la Economía es la ciencia de los presupuestos⁽⁸⁾ y que, como tal, es la realidad la que le va señalando en qué casos se cumplen dichos presupuestos y en qué casos no.

El mundo de la crisis empresarial es el mundo real de la escasez en los negocios. Es el mundo real de las obligaciones impagas. Es el mundo real de los trabajadores que ven peligrar sus puestos de trabajo y el pago de sus beneficios sociales. Es el mundo real de los funcionarios de crédito bancario que otorgaron un crédito, con o sin la debida garantía, y que ven peligrar el retorno del mismo. Es el mundo real de los proveedores que al no recibir el pago por los insumos puestos a disposición del deudor incurren a su vez en la falta de pago de sus propias obligaciones⁽⁹⁾. Es el mundo real del acreedor tributario que ve peligrar el pago de los tributos que el Estado necesita para desarrollar sus labores garantizadoras del orden y redistributivas. Es el mundo real de los consumidores que con sus votos en dinero⁽¹⁰⁾ le dijeron **no** a la propuesta empresarial en una economía de mercado. Es, finalmente y no por ello menos importante, el mundo real del legislador que debe enfrentar el conflicto social que se genera como consecuencia de la crisis.

El sistema concursal es la respuesta del legislador al mundo real de la escasez en los negocios. Es la respuesta al “efecto buffet”, es la intervención del Estado para regular el conflicto social y poner a disposición de los involucrados los medios necesarios para que esa crisis sea enfrentada de la mejor manera

El sistema concursal es la respuesta del legislador al mundo real de la escasez en los negocios. Es la respuesta al “efecto buffet”, es la intervención del Estado para regular el conflicto social y poner a disposición de los involucrados los medios necesarios para que esa crisis sea enfrentada de la mejor manera. Obviamente la mejor manera de enfrentar la crisis no es que la misma desaparezca o se extinga; en la mayoría de los casos, la mejor manera de enfrentar la crisis resulta siendo el aceptar y repartir pacíficamente las pérdidas. En una economía de mercado el éxito o el fracaso empresarial está dado por la buena o mala gestión del negocio y las preferencias de los consumidores. Se gana o se pierde, es la ley del mercado que todos los liberales aceptamos como válida⁽¹¹⁾.

¿Podría existir un mundo sin Derecho Concursal?⁽¹²⁾ Obviamente que sí, con lo cual las crisis empresariales se enfrentarían de manera individual y donde el más fuerte estaría en mejor posición para aprovechar el

categórica: la visión de Tucídides de la historia como “maestra de la vida” no es válida en el sentido de una visión circular y repetitiva de la historia sino, por el contrario, a partir de un reconocimiento de la singularidad del fenómeno histórico. Ello implica estar en capacidad de sacar conclusiones del fenómeno histórico irreplicable, para contar con herramientas para enfrentar situaciones futuras diferentes con un mejor y más amplio stock de alternativas.

- (8) Por “presupuestos” entiéndase “hipótesis”. La Economía es una ciencia que utiliza ampliamente las hipótesis para simplificar la realidad a fin de analizarla. La Economía utiliza los llamados modelos económicos como expresiones simplificadas de una realidad compleja y en constante movimiento.
- (9) Así como se habla de una demanda derivada de insumos, podría hablarse de una morosidad derivada en este caso o, tal vez, de un “efecto dominó” en cuanto al incumplimiento de las obligaciones.
- (10) Así como en la democracia política existen votos por opciones políticas determinadas, en la democracia económica representada por la economía de mercado del Estado social, existen “votos en dinero” que representan la preferencia de los consumidores por determinados productos ofrecidos en el mercado. Cada elección de consumo representa uno de estos “votos en dinero” que llevarán a los oferentes de bienes y servicios a un triunfo o fracaso final en el mercado.
- (11) Debe recordarse que uno de los presupuestos de la economía de mercado es la libertad. También es una de sus grandes ventajas reales. Sin embargo, también debe recordarse que la libertad conlleva necesariamente la responsabilidad, no se puede entender la una sin la otra.
- (12) Una versión extrema de esta pregunta sería: ¿puede haber un mundo sin ley? La respuesta sería sí, pero dicho mundo sin ley sería, por decir lo menos, impresentable.

remanente escaso de los bienes patrimoniales del deudor y cobrar de ellos lo que alcance⁽¹³⁾. Sin embargo, un mundo con Derecho Concursal trata de civilizar y socializar la crisis empresarial. Trata de darle un tratamiento y unas reglas de juego colectivas a la crisis de manera tal que exista un orden de participación en la pérdida, el mismo que es definido por el legislador en función a la naturaleza y el origen de los créditos, así como por su monto, como señal de compromiso con la misma.

El sistema concursal es un medio de intervención del legislador en la administración de la crisis, un medio no necesario pero que hoy, en el Perú, forma parte de nuestra realidad legal. ¿Esto garantiza que, como dicen los impulsores del “efecto buffet”, el sistema concursal haga que todos ganen? La respuesta cae por su propio peso, ningún sistema legal, y el sistema concursal menos, garantizan que todos ganen. En el mejor de los casos podría decirse que el sistema concursal garantiza que la sociedad pierda lo menos posible. Ello, no obstante, depende de la realidad de cada crisis y del papel que decidan jugar los acreedores en ella. El legislador, por su parte, es un diseñador del esquema, mientras que la autoridad administrativa que regenta el concurso es sólo un instrumento para que la finalidad se cumpla satisfactoriamente en la medida que la realidad lo permita.

Querer ver en el sistema concursal la respuesta a todos los problemas que una crisis puede generar es una desproporción con el método mismo del Análisis Económico del Derecho⁽¹⁴⁾ y una posición extremadamente simplista frente a una realidad compleja. Asimismo, es una simpleza que olvida su finalidad social querer ver al Derecho Concursal únicamente como un instrumento para reducir costos de transacción⁽¹⁵⁾.

2. Los objetivos del sistema concursal.

En el trabajo que venimos comentando, los autores hacen referencia a la existencia de un debate inconcluso

con respecto al objetivo del sistema concursal. De un lado, los seguidores del método del Análisis Económico del Derecho, que para los autores son los únicos que tienen la capacidad de ver el contenido económico de las actuaciones jurídicas, y que postulan que la finalidad del sistema es reducir los costos de acceso al crédito. De otro lado, un grupo de académicos, obviamente los despistados en la perspectiva de los autores, que sostienen que la finalidad del sistema concursal es salvar empresas insolventes, proteger acreedores o proteger los intereses de la comunidad en un rol esencialmente distributivo⁽¹⁶⁾.

Lo primero que resulta saltante es que cuando se define la llamada corriente distributiva se hace referencia a que ésta no sólo ve al derecho concursal como un maximizador de recursos y protector del crédito, sino también como un mecanismo de distribución de la crisis entre los afectados. Como puede apreciarse, en términos de los propios autores del artículo que comento, la denominada tesis distributiva no niega a la protección del crédito y a la eficiencia como finalidades queridas por el sistema concursal, sino que las complementa con una visión más integrada y cercana a la realidad. La radical posición de los autores que comento se sustenta en una premisa dogmática en virtud de la cual la eficiencia y la distribución resultan incompatibles⁽¹⁷⁾.

En mi caso, sostengo la finalidad social del Derecho Concursal. Finalidad que, como explicaré, radica en la pacificación del conflicto social que se genera ante una situación de crisis y el tratamiento colectivo de la misma mediante el mecanismo inviolable de las decisiones del universo de acreedores reunidos en junta. En esta posición son compatibles, no sin dificultad, la finalidad de la eficiencia y la denominada distributiva, así como otras más derivadas de la necesidad de pacificar el conflicto social.

Lo segundo que llama la atención es nuevamente el carácter absoluto que se atribuye al método del Análisis Económico del Derecho para determinar la realidad. Así,

(13) La vida civilizada requiere dejar de lado en la mayor cantidad de situaciones esta “ley del más fuerte”. El Estado existe precisamente para evitar el caos que se generaría por la aplicación de la “ley del más fuerte” en todas las relaciones sociales. Basta recordar el Estado de naturaleza *hobbesiano* para tomar conciencia del rostro “libertario” de la “ley del más fuerte”.

(14) Recuérdese que, de acuerdo al Análisis Económico del Derecho (en realidad, de acuerdo con la Economía), el mundo presenta el problema de la escasez. Si no existiera escasez (el problema económico por excelencia), no habría necesidad de elección y tampoco habría necesidad de Economía. Desde el punto de vista filosófico, ¿qué significa hablar de “escasez”? La respuesta es obvia: imperfección. El no estar en capacidad de satisfacer todas las necesidades, el no poseer todas las virtudes y cualidades significa imperfección. ¿Qué implica a su vez la imperfección? Nuevamente la respuesta es obvia: la imposibilidad de otorgarle una respuesta o, peor aun, una solución a todos los problemas planteados por la realidad. Esta es una manifestación del fenómeno de la escasez: infinitos problemas, respuestas limitadas.

(15) “El tema esencial que intenta resolver el Derecho Concursal, es el problema de los costos de transacción (costos de coordinación) que se presentan”. EZCURRA, Huáscar y Gerardo SOLÍS. Op.cit.; p. 155.

(16) Ibid.

(17) “Parte de la tensión surge porque la eficiencia y la distribución de recursos no son metas que resultan compatibles entre sí”. Ibid.: p. 158.

se sostiene con actitud pontifical que el sistema concursal debe garantizar la maximización del valor *ex post* de la empresa y la minimización de los costos *ex ante*. Esto quiere decir que la continuidad o no de la empresa debe ser la consecuencia del análisis del valor de la misma que realizan los involucrados en un escenario con bajos costos de transacción. En otras palabras, el sistema debe dejar que los acreedores decidan el destino de la empresa, pues ellos sabrán determinar qué es más beneficioso para la misma: la reestructuración del negocio o su liquidación.

En el escenario teórico descrito, el sistema concursal deja las decisiones sobre la finalidad del negocio a los acreedores quienes, con un criterio acumulable de maximizador racional de beneficios, decidirán aquello que mejor convenga para la empresa en crisis.

La crítica a esta posición se centra en el hecho de que se presume que efectivamente todos actuarán en búsqueda del mayor valor de la empresa en la toma de decisión sobre el destino de la misma, sobre una maximización de sus propios intereses⁽¹⁸⁾. La realidad demuestra que ello no es así: las decisiones se toman sin información adecuada⁽¹⁹⁾, muchas veces por la expectativa romántica de recuperar un crédito perdido bajo la idea de que es mejor una esperanza de cobro remoto que aceptar el fracaso⁽²⁰⁾, o muchas otras con la previsión de encontrar un mejor escenario para burlar el sistema y acceder al cobro indebidamente⁽²¹⁾. Ésta es la realidad y no se le puede desconocer.

Resulta sí incuestionable, y en ello existe absoluta coincidencia con el presupuesto de partida, que las decisiones deben ser tomadas por los acreedores involucrados en la crisis patrimonial, aun cuando estas decisiones no sean siempre las correctas o las mejor encaminadas a lograr la recuperación del crédito o la extinción de la unidad productiva fracasada o en crisis. Este es un espacio irreductible donde la voluntad de los particulares intervinientes no puede ser sustituida por nadie, mucho menos por el Estado o la Administración Pública que represente sus intereses en el procedimiento administrativo.

Al sostener que la finalidad del sistema concursal es social, entiendo que la norma busca reducir los

conflictos que se generan ante la situación de crisis y otorga un marco de negociación a los involucrados donde lo que se pierde es la identidad particular del crédito. En efecto, declarada la situación de concurso de una empresa en crisis los acreedores pierden su individualidad y quedan sujetos al común de las decisiones que puedan adoptar con los otros acreedores involucrados. La suerte o destino de ese crédito, así como de la empresa en crisis que no ha sido capaz de honrarlo en su oportunidad, queda sujeta a la decisión comunitaria, la misma que si bien se forma con la suma de las decisiones individuales, es distinta de todas ellas, es una decisión que nace del colectivo, de la entelequia que significa la voluntad común que se logra en la junta de acreedores.

Ahora bien, independientemente de la discusión teórica, la nueva LGSC ha establecido su propia definición respecto de la finalidad del sistema concursal en los términos siguientes:

“Artículo I: Objetivo del sistema concursal.

El objetivo del sistema concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Los agentes del mercado procurarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis”.

Como resulta obvio, sobre la base de una posición dogmática como la asumida por los autores del artículo que comento, el problema normativo en la LGSC se presenta cuando se indica que el sistema privilegia **la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa**. Todo ello a la vez y, no se es capaz de distinguir que esos objetivos pueden materializarse en distintos momentos e incluso pueden complementarse de manera integral.

La obra de mi autoría es criticada con vehemencia por los autores del artículo que comento en cuanto dejé establecido respecto de los alcances del artículo I del Título Preliminar de la LGSC. En dicho comentario hice notar que la norma requería de una necesaria interpretación. Lamentablemente la cita que de mis comentarios se hizo fue parcial y tergiversada, por eso,

(18) Una suerte de “mano invisible” concursal.

(19) Recuérdese que, por definición, la información **nunca** es completa. Si los recursos son escasos, la información, vista como recurso, también tiene que ser escasa.

(20) Esta actitud es similar a la de aquel empresario que se obsesiona con los costos hundidos (o incurridos) de un proyecto empresarial fracasado: es evidente que lo único que logrará aquel empresario será aumentar sus pérdidas debido a su propia miopía empresarial consistente en no saber desviar su mirada de los costos hundidos. Pero es innegable que, en la realidad, existen ciertos empresarios que actúan con esta clase de óptica.

(21) Este tipo de “comportamiento estratégico” es un problema planteado por la necesidad de coordinar múltiples voluntades. Siempre será tentador “gorrear” al otro una parte de su participación.

antes de desarrollar cualquier argumento adicional he creído conveniente reproducirla aquí, a los efectos de una reivindicación de su contenido. Dice el texto:

“El objetivo del sistema concursal que la Ley postula no es único. Estamos frente a la existencia de un objetivo legislativo con tres dimensiones distintas: la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y, también, porque así se deduce del texto, la protección del patrimonio de las empresas.

Lo primero que habría que plantearse es la existencia o no de compatibilidad entre estos criterios, lo que depende, a su vez, de la comprensión de lo que cada uno de ellos significa en realidad.

Así, la permanencia de la unidad productiva es una apuesta porque las empresas peruanas no desaparezcan del mercado. El legislador declara su preferencia decidida porque la unidad productiva, que genera trabajo, paga impuestos y contribuye el crecimiento del país, no desaparezca, no se extinga. La protección del crédito es, en realidad, la protección del pago de los créditos, porque en una economía que se respeta el pago de los créditos adquiridos es la única posibilidad de que las tasas de intereses disminuyan y los agentes financieros coloquen capitales con la seguridad de su retorno. El lema podría ser: ‘país que paga sus deudas, país que crece’. Finalmente, la protección del patrimonio de las empresas es una declaración firme del legislador porque el patrimonio de las empresas no sea afectado en un momento de crisis. De lo que se trata es que el patrimonio de la empresa se conserve para atender a su futuro resarcimiento, a la superación de la crisis que la afecta, evitando, en términos coloquiales, el canibalismo o el aprovechamiento del árbol caído.

La fijación de objetivos para un sistema legislativo complejo, no podía ser simple. Sin embargo, la manera como el legislador ha desarrollado el tema resulta, por decir lo menos, discutible.

En efecto, se plantea la conservación de la unidad productiva y del patrimonio en crisis como dos objetivos que la norma debe garantizar, evitando que la crisis financiera de un patrimonio empresarial termine afectando su continuidad. Nos encontramos frente a un buen propósito declarado del legislador, pero nada garantiza que la magnitud de la crisis haga posible la continuidad del patrimonio de la empresa en el tiempo.

La declaración del legislador respecto de este principio es un mandato para la interpretación de las normas de manera siempre favorable a la continuidad del patrimonio afectado pero, como tal, no puede

significar una modificación de la realidad en cuanto al nivel de afectación del patrimonio y sus perspectivas de recuperación, las mismas que siguen siendo definidas por los involucrados en el proceso. En otras palabras, el mandato legal debe ser interpretado como la decisión del legislador de imponer a los operadores una línea de interpretación favorable a la continuidad de la empresa, en tanto la misma sea posible en función a los alcances de su propia realidad.

En lo que respecta específicamente a la conservación del patrimonio de la empresa, se trata de una declaración vinculada a la primera y tiene por finalidad que se interpreten las normas de manera tal que se apueste por la conservación de dicho patrimonio. El tema crítico en materia del Derecho Concursal se ha ubicado en tratar de evitar que el legítimo derecho de los acreedores no se precipite desordenada e individualmente sobre los bienes del patrimonio afectado y que, más bien, estos bienes se inmovilicen a las resultas de las decisiones que se adopten bajo el ámbito de aplicación de la Ley, con las prelación que la propia norma establece. Una declaración de esta naturaleza obedece a los antecedentes registrados en el sentido del poco respeto mostrado por la judicatura nacional sobre la inmovilización del patrimonio en crisis y la postergación o suspensión de las acciones judiciales que ello conlleva. El legislador ha hecho explícito uno de los principios básicos del sistema que consisten en la administración colectiva y ordenada del patrimonio en crisis.

El artículo culmina con un enunciado general referido al deber de conducta de los agentes de mercado, estableciendo que en el ejercicio de dicha conducta deban procurar la adopción de decisiones que garanticen la asignación eficiente de recursos escasos. Pese al carácter normativo del artículo, resulta obvio que en este caso nos encontramos frente a una exhortación que únicamente podría materializarse como interpretación normativa en el caso de los acuerdos que la junta de acreedores adopte y que pudieran significar un abuso de derecho. Sólo en ese supuesto, por demás elaborado, la autoridad administrativa podría identificar un incumplimiento al deber de los acreedores enunciado.

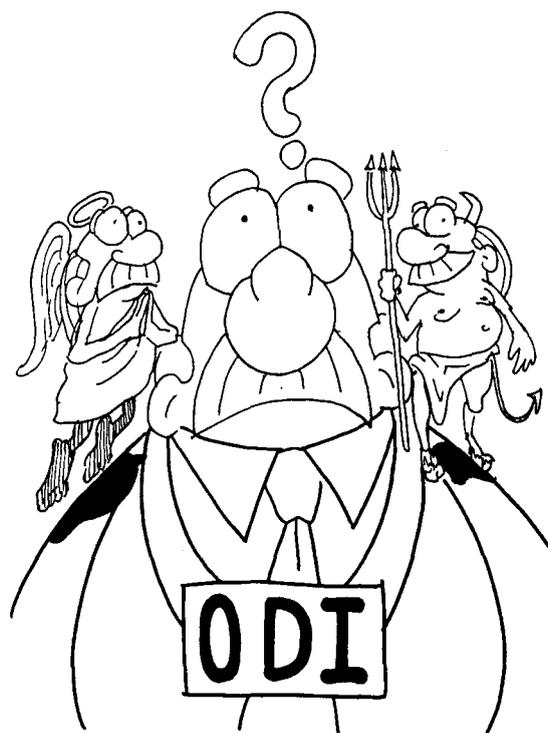
Nos encontramos frente a un legislador que declara su preferencia y convicción por la conservación de la empresa nacional, pero que no deja de reconocer que cuando se trata de honrar obligaciones, el pago de éstas es prioritario para la credibilidad del sistema y el progreso de la sociedad⁷⁹⁽²²⁾.

Es de notar que el texto que escribimos en dicha oportunidad dejaba establecido que efectuar la síntesis de los tres objetivos declarados era una labor para el intérprete del Derecho que, como sabemos, lo pone en la obligación de encontrar un sentido coherente a la norma⁽²³⁾. La búsqueda de un sentido coherente para tres objetivos que naturalmente pueden parecer contradictorios requiere de una labor de intérprete y como señalé en el texto de mi autoría una adecuada comprensión de lo que cada uno de los elementos significa en la construcción de un sentido común.

El elemento clave para este proceso interpretativo es el momento en que cada uno de los objetivos se materializa.

En efecto, la permanencia de la unidad productiva debe ser evaluada cuando se toma la decisión por el destino de la empresa, es decir, cuando los acreedores deciden si el valor del negocio en marcha es mayor que el valor del negocio en liquidación y optan por una de las alternativas que el marco legal les ofrece. Se discute aquí que el artículo 28.4 de la norma⁽²⁴⁾, que establece que ante un nivel de crisis constatada la única opción es la liquidación, resulte una decisión impuesta por el legislador. Sin embargo, no hay que perder de vista que únicamente se trata de una condición legal para acudir al procedimiento y que la condición que puso a la empresa en situación de pérdida grave es el resultado de las decisiones privadas de los involucrados. Es cierto que el mecanismo colectivo se encuentra aquí mediatizado, pero dicha condición es el resultado de las propias decisiones de los involucrados, acreedores incluidos.

Cuando se declara como objetivo la permanencia de la unidad productiva como objetivo del sistema concursal, se recoge una tesis que en su momento mi amigo Ezcurra ayudó a crear, la denominada “**segunda oportunidad**”. En los años de 1996 y 1999, era muy productivo desde el punto de vista político señalar que la Ley de Reestructuración Patrimonial daba una segunda oportunidad a las empresas deudoras para que



permanecieran en el mercado con el apoyo de sus acreedores. Un poco de memoria sobre la historia reciente no hace daño a nadie.

En fin, se trata de un principio válido en la medida que la conservación de la empresa no resulte una imposición del legislador y queda claro que no lo es, pues incluso, en condiciones extremas, el legislador condiciona el acceso al procedimiento concursal al desarrollo inexorable de una liquidación.

En lo que respecta a la protección del crédito creo entender que el mensaje es claro: se protege siempre el crédito, pues el sistema no es un mecanismo de evasión de obligaciones. En ningún momento el sistema ha servido para que las deudas se esfumen o los deudores se salven de ellas. Es verdad que algunos malos usuarios

(23) “La **interpretación jurídica** consiste en un conjunto de principios y métodos en base a los cuales se logra extraer el significado de una disposición normativa que, por alguna razón, no aparece clara en sí misma, o claramente aplicable al caso concreto”. RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. 6ta. edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. p. 82.

“(…) la interpretación cumple variados roles dentro del Derecho: uno es aclarar el qué quieren decir las normas; otro consiste en la **armonización de principios y normas** que es una relación dialéctica por el distinto plano en el que se colocan cada uno de ellos, y también por la evolución permanente (...) que cada uno sufre paralelamente al otro”. Ibid.; p. 252.

(24) Ley General del Sistema Concursal.

“Artículo 28: Apersonamiento al procedimiento.

(...)

28.4. En cualquiera de los supuestos previstos en el párrafo anterior, se declarará la disolución y liquidación del deudor en la resolución que declara la situación de concurso, siempre que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, superen todo su capital social pagado”.

del sistema pueden haber cometido fraudes sobre la existencia de obligaciones o mecanismos de pago, pero ellas son precisamente actitudes fraudulentas que no son amparadas ni queridas por el sistema legal. Ninguna norma avala la violación de sus propios postulados, aun cuando es una realidad que ella puede existir y en efecto existe.

Si el sistema está concebido para que las obligaciones sean honradas en medio de la escasez y esto se manifiesta a lo largo del procedimiento, obviamente que es un objetivo válido y su síntesis con los otros objetivos es posible: se mantendrá la unidad productiva en tanto eso sea lo más conveniente. De tratarse de una situación en la que la permanencia de la unidad productiva ponga en peligro el pago del crédito, el sistema permitirá que la liquidación se manifieste como medio para lograr el cobro de ese crédito de manera oportuna.

Finalmente, se señala la protección del patrimonio de la empresa, protección que no implica que el patrimonio se vuelva intocable. El patrimonio de la empresa deudora estará siempre afecto al pago de las obligaciones contraídas. No obstante, hay un momento en que es necesario proteger el patrimonio para que la solución colectiva pueda materializarse. Ese momento es el de la suspensión de la exigibilidad de obligaciones y la protección legal de patrimonio. Sin este mecanismo el sistema concursal no es posible por lo que tiene sentido que el legislador declare la necesidad de proteger el patrimonio en el momento en que ello se necesita para dar marcha al concurso. Luego, en otro momento, el patrimonio será objeto de disposición por los acreedores integrantes del concurso. Es una vez más, una cuestión de momentos.

Finalmente, el propio artículo contiene una indicación que es en realidad una invocación: en todo momento los agentes que intervengan en el concurso deben procurar la asignación eficiente de recursos y conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis. Con ello, lo que se busca es que las decisiones adoptadas por los participantes sean aquellas que mejor se adapten a la solución eficiente de la crisis empresarial.

Como puede apreciarse no es tarea fácil hacer la síntesis de lo querido por el legislador, pero no es imposible extraer del texto normativo, complicado en sí mismo, un enunciado como el que creo define bien la realidad del sistema, tal como ha sido concebido en el 2002:

“Nos encontramos frente a un legislador que declara su preferencia y convicción por la conservación de la empresa nacional, pero que no deja de reconocer que

cuando se trata de honrar obligaciones, el pago de éstas es prioritario para la credibilidad del sistema y el progreso de la sociedad”.

Creo importante anotar que la LGSC fue el resultado de una serie de consensos en el ámbito legislativo como consecuencia de la existencia de un parlamento independiente en el cual los legisladores efectuaron una serie de aportes y modificaciones sobre la propuesta normativa elaborada en el Indecopi y hecha suya por el Poder Ejecutivo. Atrás quedaron aquellas épocas en las cuales el texto elaborado por grupos de trabajo al interior del Indecopi, liderados en algún caso por los funcionarios que hoy rechazan y critican el sistema, pasaba a la aprobación del Ejecutivo y luego se remitía al Congreso para ser aprobado sin modificación alguna en algo que se asemejaba más a un mero trámite. Es una realidad que otros son los tiempos que se viven en el país.

3. La pobreza de los acreedores garantizados.

Los autores que comento, luego de declarar con todo énfasis que la intervención del Estado es inútil en el sistema concursal, lanzan sus iras contra la disposición contenida en el inciso 2 del artículo 26 de la LGSC que a la letra dispone:

“Artículo 26: Inicio del procedimiento a solicitud de acreedores.

26.2 No procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario por obligaciones impagas que se encuentren garantizadas con bienes del deudor o de terceros, salvo que el proceso de ejecución de dichas garantías resulte infructuoso”.

Según sostienen, en la obligación crediticia el acreedor es el pobre o débil, mientras que el deudor es el afortunado o fuerte. Dicen en sustento de ello que el acreedor ya cumplió con su prestación consistente en dar el crédito mientras que el deudor es el fuerte porque habiendo recibido el crédito ahora puede no pagarlo. Resulta curiosa, por decir lo menos, dicha teoría, pues convierte a un inmenso Banco, con grandes capitales acumulados, en un pobre e indefenso acreedor ante la poderosa presencia de un deudor que se encuentra en la peor crisis financiera de su negocio. Estas afirmaciones sí que parecen ciencia ficción, pero son el resultado de una visión del mundo muy pegada a la teoría.

Si se pisa tierra y se mira la realidad como de verdad es, resulta fácil percibir que aun cuando el acreedor haya entregado la prestación que a su parte corresponde, si tiene una situación de poder económico tendrá mayores

recursos disponibles para hacerse cobro de su crédito. Asimismo, un deudor que no tiene medios para pagar lo que en realidad debe, tampoco tendrá medios para negociar apropiadamente una salida o fórmula a su condición de crisis. Aquí no hay ni buenos ni malos; no se trata de una visión maniquea⁽²⁵⁾ del mundo; se trata de constatar un situación de poder desequilibrado a favor de uno de los miembros de la relación obligatoria.

Ahora bien, dicho discurso nada tiene que ver con la opción del legislador de darle su verdadero espacio a la regulación ordinaria de la garantía en el Perú y no permitir que el acreedor, haciendo uso de su poder, utilice la vía judicial para el cobro de sus créditos y, en simultáneo, la vía concursal para presionar el pago de los mismos créditos. Lo que el legislador prohíbe es la utilización de dos vías simultáneas. ¿Es acaso un derecho tener más de una vía de cobro? Si la respuesta es que la vía de cobro del Poder Judicial y la ejecución de garantías no funcionan con celeridad y eficiencia, entonces hay que mejorar esas vías y no crear nuevas que tienen finalidades diferentes.

Es necesario corregir las instituciones que no funcionan. Si el Poder Judicial no funciona debe corregírsele y no buscar salidas transitorias o alternativas que resultan una forma de evadir la responsabilidad respecto de aquellas obligaciones con el país que resultan impostergables.

Cuando el legislador cierra el paso a la utilización de la doble vía en simultáneo esta dando un claro mensaje en el sentido de que las acciones deben tener un finalidad y que las estrategias se trazan en un sentido⁽²⁶⁾. Asimismo, que el sistema de garantías tiene necesariamente que funcionar, pues para ello existe.

4. A manera de conclusión.

Siempre me pregunto por qué las personas que abandonan una institución creen que sin ellas nada se hace bien o lo que es peor, que sólo lo que ellas hicieron era correcto en el momento en que lo hicieron, incluso cuando ahora defiendan tesis contrarias. ¿Será que la coherencia no es una virtud difundida? ¿Será que la vanidad es un mal de los seres humanos?

Probablemente me quede sin respuesta para mis interrogantes. En todo caso, los lectores sabrán juzgar lo que mejor convenga a formarse su criterio sobre estos temas.

El sistema concursal es un sistema legal imperfecto. Siempre será posible intentar su perfeccionamiento. Sin embargo, cumple un papel importantísimo en nuestra realidad actual y lo ha cumplido con creces en las épocas más duras del proceso de reconversión económica y crisis recesiva de finales de los noventa. La realidad económica está cambiando y el Derecho Concursal podría dejar de ser importante. En todo caso, sus objetivos se seguirán discutiendo con apasionamiento pues también responden a una visión del mundo, la sociedad y el Derecho.

La presencia del Estado en la vida social y en la materialización del Derecho no puede ser soslayada. Tengamos cuidado todos de aquellos falsos liberales⁽²⁷⁾ que con el discurso de la desaparición absoluta del Estado⁽²⁸⁾ en realidad lo único que destruyen es la valía del liberalismo como opción valiosa y soporte de una economía de mercado con justicia social en la que los demócratas y verdaderos liberales creemos. ☞

(25) No se trata de una lucha entre Ahura Mazda y Ahriman para dominar el procedimiento concursal. Esta referencia tiene que ver con la herejía maniquea, una de las corrientes orientales -influenciada por el mazdeísmo persa- que afectó a la Iglesia Católica de los Padres de la Iglesia. Dicha herejía dividía básicamente el mundo en dos fuerzas que se enfrentaban: el bien y el mal, tutelados ambos por sus respectivos seres representativos. La herejía maniquea, por su radicalismo, ha sido siempre empleada como ejemplo de mentalidad cerrada, absolutización de la realidad, extremismo, etcétera. Sobre la herejía maniquea, pueden revisarse los escritos de San Agustín, Obispo de Hipona (354-430) o, si se prefiere una fuente secundaria: JOHNSON, Paul. *A History of Christianity*. New York: Touchstone, 1995.

(26) Existe un mínimo deber de coherencia al momento de plantear una estrategia legal.

(27) No son verdaderamente liberales sino "libertarios", una perversión del liberalismo que se asemeja al anarquismo decimonónico.

(28) Es evidente que la desaparición absoluta del Estado no responde de ninguna manera al liberalismo sino al anarquismo. Asimilar postulados "libertarios" a postulados liberales (confundiéndolos malamente) es como asimilar los postulados del PSOE español o del PS francés a los postulados del *Khmer Rouge* de Camboya o de Sendero Luminoso.