

Apreciaciones de un debate inconcluso

Los múltiples objetivos de una ley concursal con una única finalidad

Mesa Redonda con Huáscar Ezcurra, Juan Francisco Rojas y Hugo Silva

La empresa es el motor del desarrollo de un país, genera ingresos para el Estado y también empleo para los ciudadanos. El Perú es un país en vías de desarrollo, las empresas peruanas no pasan por un buen momento hace muchos años y los índices de desempleo son muy altos. En este escenario, ¿cuál es el fin último del Derecho Concursal?; ¿qué es lo que se pretende proteger a través de las normas concursales? Por otro lado, ¿consideran que la condición del Perú debe influir en el sistema concursal elegido?

HS: En realidad creo que lo que debe proteger la nueva norma, si es que finalmente se pretende elegir algún principio o derecho que deba ser tutelado, es el crédito. Fundamentalmente, porque a fin de cuentas, la crisis patrimonial que pueda afectar a una empresa redundará en el perjuicio que se genera a los acreedores que confían en ella al momento de concederles el crédito, independientemente de la naturaleza del mismo.

Si evaluamos el problema sistémico, es decir, pluralidad de deudores en las mismas circunstancias, en realidad la afectación del crédito sería bastante grande.

Tomando eso en consideración, con el propósito de que los mismos acreedores posteriormente decidan enfrentar el riesgo de otorgar créditos y no asumir una actitud de aversión frente a ello, la ley debería tener reglas simples orientadas a buscar la mejor manera en que esos créditos puedan ser cancelados, en la medida de lo posible, dependiendo del flujo que pueda generar el deudor. Me parece que esa sería la actitud principal, no tanto una conservación del patrimonio, porque eso involucra un sistema de viabilidad, entonces si en realidad los acreedores consideran que es viable el negocio permitirán que se conserve, pero eso va a depender de cuanto ello afecta la posibilidad de recuperación de sus acreencias.

Básicamente, la crisis debe ser resuelta de manera negociada pero, como señala la propia norma, quienes deben tener el rol activo son los propios acreedores, y, en ese sentido, buscar que sus créditos sean adecuadamente protegidos.

JFR: En mi caso, si tuviera que definir cuál es el fin último de la norma concursal, tendría que decir que es administrar colectivamente una situación de crisis empresarial; es, como toda norma jurídica, un factor de



regulación de conducta que enfrenta una condición de crisis, en este caso la crisis de la empresa, que involucra conjuntamente a un conjunto de actores.

Siendo ese el fin último no restringe la posibilidad de que haya finalidades subordinadas. Una finalidad subordinada puede ser la protección del crédito, otra puede ser el cumplimiento de los contratos, otra vendría a ser la disminución de los costos de transacción, pero, finalmente, todas estas finalidades son subordinadas pues están orientadas a un único fin, a un fin último, que es administrar colectivamente una situación de crisis empresarial que arrastra e involucra diferentes actores.

Creo que el problema de tratar de plantear categorías genera ciertas distorsiones. No es que haya una más importante o menos importante que nos obligue a precisar cuál es el fin último, yo digo, administrar colectivamente la situación de crisis de la empresa ahora dentro de los fines subordinados que contribuyen a esa situación, cuestión importantísima, y coincido con el doctor Silva y obviamente con Huáscar también, es la protección del crédito.

Si queremos contextualizar esto en un país como el nuestro, donde hay debilidad institucional marcada, donde hay un alto índice de informalidad, donde hay una convicción mayoritaria de que los contratos no se hacen para cumplirse sino para incumplirse, obligar al cumplimiento de los contratos y hacer que las personas paguen los créditos que toman es obviamente una finalidad importante; a no dejar de lado más aún cuando que de lo que estamos hablando, es del compromiso de buena fe de los deudores involucrados en decir yo quiero ser reestructurado, yo quiero acogerme a una adecuada reestructuración en el marco de satisfacer compromisos que hasta hora no he podido satisfacer pero que quiero satisfacer.

HE: De pronto el tema pasa por cómo definimos la finalidad u objetivo de la ley. Definirlo claramente, ya sea a partir de la definición de la ley, o de la jurisprudencia que interpreta la ley, pero teniendo en cuenta que lo que hacen las reglas de juego es básicamente permitir a los agentes de mercado predecir cómo se aplican estas reglas y a partir de eso ajustar nuestro comportamiento. Lo que necesitamos los agentes de mercado son reglas claras, entonces, si la pregunta es cuál es la finalidad de la ley concursal, creo que la definición de la finalidad debe ser muy clara. La finalidad es proteger el crédito y punto. ¿Qué significa esto? Entrando un poco más al detalle, lo que significa es que si tenemos una empresa que, porque está en

crisis, ahora se le puede dificultar el cumplimiento de los contratos, lo que hace la legislación concursal es garantizar que esos contratos se puedan cumplir en la medida de lo posible teniendo en cuenta ahora la crisis de la empresa.

Lo que hace una legislación concursal es garantizar que esos créditos que están en juego por esos contratos que ahora están en riesgo por la crisis de la empresa, sean créditos que se puedan satisfacer en lo posible. La protección del crédito, entonces, es lo sustantivo que no tiene que ver sino con hacer que los contratos se cumplan, como dice Juan Francisco y como dice Hugo también, ¿cómo hacemos esto? Básicamente, cuando se presenta la crisis el problema es que existen muchos acreedores a quienes no se les puede pagar o que tienen en riesgo el pago de sus créditos, frente a un deudor tratando de negociar y ponerse de acuerdo. Esa negociación sería imposible si no es con una ley concursal que la facilite con los mecanismos que conversaremos más adelante.

La ley para lograr el objetivo de proteger el crédito tiene que facilitar la negociación, tiene que facilitar que se sienten en una mesa acreedor y deudor, y que los acreedores puedan identificar si ese negocio vale más en marcha que liquidado o vale más liquidado que en marcha, y teniendo en cuenta que la finalidad, el objetivo único, es proteger el crédito, la ley debe permitir que los acreedores tomen la decisión que les parece mejor. Puede ser que sea liquidar la empresa. Si para ellos esa es la decisión que maximiza el valor, entonces esa es la decisión que sirve para proteger el crédito. Puede ser que para ellos sea reestructurarla, si esa es la decisión que permite maximizar el valor. Entonces el fin último es proteger el crédito, si para esto hay que liquidar habrá que liquidar, si hay que reestructurar habrá que reestructurar.

Yo creo que debe estar claro el mensaje, ya sea de lo que diga la ley, o la jurisprudencia que interpreta la ley. Si esto está claro, esto tendrá un impacto importante en los agentes del mercado. Si sabemos que los contratos en el Perú se cumplen o, en todo caso, que hay la posibilidad de que se cumplan en la mejor medida aun en momentos de crisis, esto tendrá un impacto positivo en términos de un crédito menos caro, lo cual es favorable para las empresas. Porque, ¿cómo funcionan las empresas? En un mercado como el nuestro que no tiene un mercado de capitales muy desarrollado, el principal proveedor de dinero, de recursos para los negocios, es el sistema financiero, y, será este quien ajuste el precio del dinero en función a si la ley concursal funciona o no para proteger el crédito.

Uno de los elementos que se debe ver para ajustar el valor del dinero, pero es un elemento importante si queremos empresas en posibilidades de generar capital de trabajo a costos razonables, es que la legislación concursal debe preocuparse sólo de proteger el crédito. Si ese mensaje está claro, el precio del dinero va a empezar a caer y eso es lo que debe buscar la legislación y la jurisprudencia.

El segundo tema que ustedes planteaban es si la coyuntura debe afectar la finalidad de la ley concursal. Considero que de ninguna manera. Un tema es la política económica que tendrá que ver qué hacemos para que eventualmente en el Perú cada vez haya menos empresas en crisis, para que el empresariado peruano sea más competitivo, y otro tema distinto es la regulación del Derecho Concursal, eso debe estar más allá de la coyuntura. Esta es una norma estructural, lo que estamos garantizando es que se cumplan los contratos. En esa medida, el cumplimiento, no de los contratos, sino del pago de las deudas no debe verse afectado por la coyuntura.

La LGSC establece su propia definición respecto a la finalidad del sistema concursal peruano, señalando como objetivos del mismo la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y del patrimonio de la empresa. ¿Consideran que estos objetivos se contraponen entre sí o, por el contrario, se complementan? Además, ¿consideran que la multiplicidad de objetivos señalados por el sistema concursal genera confusión al momento de aplicar e interpretar las normas concursales?

HS: Los principios, aparte de ser fuentes normativas, en realidad lo que buscan es señalar una suerte de líneas directrices sobre cuál es el sentido de la ley, qué es lo que busca. Los alcances de esta norma, al regular un tema tan delicado como aquel que se deriva de una situación de crisis, nos indican que debemos tomar en cuenta los principios como criterios interpretativos absolutos. Creo que lo que se aprecia, lo que señala la norma, es la protección de ciertos valores, dándoles un mismo nivel, pese a que en ciertos casos puedan darse contradicciones, en el sentido de que la norma busca la protección de la unidad productiva y simultáneamente el crédito.

Cuando más bien la norma esté en algunos casos orientada a dar poder a los acreedores y, en otros, a limitarlo a fin de proteger la unidad del negocio, entonces, en ese sentido, sí me parece técnicamente apropiado la forma como han sido reflejados estos

finde de la norma porque, en todo caso, lo que se puede señalar es una suerte de fin esencial que es propiamente la solución negociada de la crisis, es decir, nadie impone una vía especial salvo la inactividad propia de las partes que va a determinar un esquema de liquidación. En función de esto el tema principal es la protección del crédito y, si como consecuencia de ello, tal vez se deban usar caminos complementarios o secundarios como es el esquema de la conservación del negocio, la protección de la unidad patrimonial, la preservación del empleo, de un sujeto de deuda tributaria, entre otros esquemas. Eso será saludable, pero no deben ser elevados a principios, por cuanto me parece que el fin propio de la norma es la protección del crédito.

JFR: Yo sí discrepo con la posibilidad de establecer siempre reglas claras en la sociedad. El discurso de establecer reglas claras es un discurso positivo que cualquier persona razonable apoyaría pero la realidad suele ser mucho más compleja, como es una multiplicidad de formas y eso obliga a que muchas veces las reglas que solucionen una realidad no sean reglas sencillas. Cuando hablamos de que la única regla debe ser la protección del crédito, nos encontramos con muchos problemas. Esto porque no siempre la aplicación de la ley concursal termina con la pago del crédito, es más, muchas veces ha habido una gran frustración porque el sistema concursal no facilita que los créditos se paguen. El sentimiento mayoritario es de créditos impagos en gran cantidad.

Adicionalmente, uno tendría que pensar también que el sistema concursal, en su esencia, no es un mecanismo que dice que los contratos se respeten, por el contrario, es un mecanismo legal de intervención en los contratos, es un régimen excepcional de negociación cuya constitucionalidad podría ser discutible incluso, ya que deja de lado pactos originarios para ser redefinidos en una reestructuración colectiva. Entonces nos encontramos frente a una realidad compleja, difícil, con distintas mixturas.

Creo también que, cuando el legislador muestra una manifestación de objetivos múltiples de alguna manera está recogiendo esa complejidad, que sean incompatibles o no, yo creo que eso depende del intérprete. Creo que el intérprete puede hacer compatibles sistémicamente estos objetivos, la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y del patrimonio de la empresa, dependiendo obviamente de una solución de eficiencia, pero esto no niega la capacidad de entender que esto es una solución sistémica, tengamos en cuenta que en el

sistema concursal es una respuesta legal a la realidad de una empresa que está en movimiento. En una realidad económica que está en movimiento se puede presentar una paradoja: el Derecho tratando de capturar una realidad dinámica, eso genera tensiones de momento y de proceso.

El legislador, el intérprete y el aplicador deben estar atentos a eso, creo que es peligroso reducir esa complejidad a una regla simple, si se trata de perfilar una solución simple, yo prefiero perfilar la solución colectiva de la crisis empresarial a través de una intervención legal donde se den matices por la conservación patrimonial de la empresa, matices por el recupero de los créditos cuando eso es posible, y de la unidad productiva cuando también eso sea posible, y los acreedores den esa posibilidad, creo que permite entender esta realidad compleja de un punto de vista más elaborado.

HE: Creo que si la ley tomó la iniciativa de definir en su Título Preliminar sus objetivos, teniendo en cuenta que estamos hablando de una ley concursal relativamente nueva, era para definir claramente cuál es su finalidad y darle una señal clara al mercado.

Sin embargo, y a pesar que por interpretación podemos llegar a la opción que creo que es la correcta, es decir, la finalidad es la protección del crédito, el solo hecho de que para llegar a eso tengamos que interpretar y, que de por sí el tema sea interpretable como hemos visto de esta discusión, al final me deja muy claro que el Título Preliminar no cumple su objetivo, que era darnos una señal clara de cuál es el objetivo de la ley concursal.

Los objetivos que se definen son claramente incompatibles. No es compatible proteger el crédito, con la conservación de la unidad productiva, ya que proteger el crédito implica, como decía antes, que en algunos casos se vaya a liquidar el negocio, lo que no es compatible con que la unidad productiva siga en marcha. El legislador debió decidirse por uno o por otro y no por ambos.

Decir que es posible optar por los dos objetivos, proteger la continuidad de la empresa y proteger el crédito porque en algunos casos implica la reestructuración del negocio y ahí sí son compatibles, es una visión parcial del problema. La pregunta es, si es que siempre que protegemos el crédito podemos mantener la unidad productiva. La respuesta es no, muchas veces proteger el crédito significa optar por liquidar el negocio y optar por liquidar el negocio, si para los acreedores significa maximizar el recupero de

sus créditos, eso en términos de una ley que debe servir para proteger el crédito, es lo conveniente.

Creo que los objetivos son claramente incompatibles, uno; dos, que de una interpretación del Título Preliminar podemos descubrir que lo que se quiso decir fue que debe protegerse el crédito. Sin embargo, cuando vamos ya al detalle de la ley, los mensajes lamentablemente siguen siendo contradictorios, tenemos normas pro deudor y normas pro acreedor. Al final yo creo que el saldo es negativo, tenemos una ley que no da un mensaje claro y muestra de que no lo hace es que genera, hoy día, esta conversación. La interpretación es distinta sobre algo que supuestamente deberíamos tener claro.

¿Son los “objetivos” del sistema concursal realmente fines del mismo? Me explico, si por ejemplo entendemos que proteger el patrimonio de la empresa significa que la masa concursal se encuentra defendida de los actos individuales de los acreedores, no estamos frente a un fin o principio sino simplemente frente a una mera norma.

HE: Antes de pasar a responder la siguiente pregunta, yo quería plantear el por qué surge la necesidad de tener una legislación concursal y, a partir de eso, podemos entender cuál es la función del sistema concursal.

Cuando hablamos de dos partes que van a celebrar un contrato y que están en la posibilidad de negociar para celebrar, por ejemplo, un contrato de mutuo, de préstamo, si utilizamos el Teorema de Coase, es claro que estamos en un caso en el cual nos encontramos en la aplicación de la primera formulación de la teoría de Coase: costos de transacción bajos que permiten que las partes se sienten, negocien, firmen el contrato de mutuo.

Sin embargo, aunque estamos en una situación de costos de transacción bajos que permiten que el contrato se celebre, debemos reconocer que hay un aspecto de ese contrato que no puede ser regulado por las partes, ¿cuál es ese aspecto?, justamente qué pasa si el deudor deviene en crisis; qué es lo más conveniente en ese momento, refinanciar o reestructurar. Es un aspecto que las partes no van a poder contratar, aún cuando estemos en la primera formulación del Teorema de Coase, porque ese acreedor que está recién contratando, *ex ante* a la crisis, no tiene la posibilidad de imaginarse si va a ocurrir la crisis, cuándo va a ocurrir, en qué coyuntura, cuáles van a ser los pasivos y activos del deudor en ese momento, cuáles van a ser sus clientes, en definitiva, no hay como predecir cuál es la mejor regulación para la crisis,

hay un problema de falta de información que no me permite contratar eficientemente. ¿Qué ocurre en este contrato? Debemos reconocer que, el cómo regulamos la crisis es un aspecto en el cual los costos de transacción son altos y es esa partecita de contrato la que debe ser llenada por la legislación concursal, en esa partecita del contrato, estamos en la segunda formulación del Teorema de Coase, costos de transacción altos. En consecuencia, las partes no pueden llegar a una solución eficiente, si importa la regla legal.

La regulación lo único que hace es llenar ese vacío del contrato que las partes no pudieron completar por el problema de elevados costos de coordinación, si tenemos eso claro, creo que queda claro también que lo que hace la regulación concursal es, más allá de imponer limitaciones a la exigencia de tu contrato porque entra a funcionar la ley concursal, completar ese contrato que las partes no pudieron completar cuando contrataron *ex ante* la crisis. La solución, en el fondo, es lograr que los contratos se cumplan (se completen) y tengan la regulación adecuada para el momento en el cual el deudor devenga en crisis.

Entonces, lo que hace la regulación concursal es establecer básicamente que, si ocurre el escenario de crisis, lo que vamos a hacer es tener toda una regulación que permita que ahora sí, *ex post* la crisis, las partes hagan lo que no pudieron hacer *ex ante* la crisis, es decir, negociar. Esto en un Indecopi que habilite, a través de un concurso ordinario, que los créditos son inexigibles, ya que esto contribuye a que los contratantes que *ex ante* no pudieron llenar ese aspecto del contrato, ahora se sienten en una mesa a negociar porque individualmente no lo pueden hacer valer. Tienen la opción de informar cuál es el estado del negocio, del cliente, etcétera, asignan valores y se optará por el mayor valor, en marcha o liquidado. De esa forma, completan su contrato para sus intereses y protegen su crédito. Entonces, el cumplimiento de los contratos está íntimamente relacionado con el sistema concursal, aun cuando para lograr que los contratos se cumplan hay que establecer ciertas limitaciones al contrato que las partes celebraron, pero, ojo, sólo las limitaciones esenciales para que las partes se puedan sentar a negociar cómo ajustar su contrato celebrado *ex ante*.

El otro punto es que la ley protege el crédito pero no garantiza que éste se pague completamente. Sería absurdo creerlo del todo, que el objetivo de la ley sea proteger el crédito significa intentar que los acreedores vean la mejor forma de recuperar su crédito en la mayor medida posible. Cuando se entra a un proceso de reestructuración siempre hay pérdidas, el punto es

cómo logramos minimizar esas pérdidas o, al revés, cómo logramos maximizar valor a criterio de los acreedores para que los créditos se recuperen en la mejor medida de lo posible.

Ese es el objetivo que debería estar claro en la ley y en la jurisprudencia de Indecopi, si el pacto va a hacer que no cumpla, el crédito será más caro, es un problema muy delicado para empresarios que ya enfrentan problemas para generar capital de trabajo.

JFR: Existen duras contradicciones en tratar de plantear objetivos únicos e incuestionables frente a una realidad que es compleja. Huáscar ha mostrado dos aspectos de esa contradicción, se busca que los contratos se cumplan, sin embargo el sistema concursal es una interferencia en los contratos. Se busca que el crédito se pague, sin embargo, hay supuestos en que el crédito no se paga. Creo, y esto es un tema de visión, que la realidad es mucho más compleja en algunas circunstancias y los objetivos no pueden ser únicos, deben tener una gama de opciones, de alternativas que sincronicen.

Cuál es el verdadero objetivo final del sistema, buscar la mejor solución a un conflicto patrimonial para la sociedad. Esto puede implicar darle la oportunidad a los acreedores para definir cómo recuperan sus créditos, darle al deudor una oportunidad para exponer posibilidades de reestructuración, darle a los otros agentes involucrados la posibilidad de decidir, elegir, cuál sería la solución para el problema en que están involucrados. No tengo ninguna dificultad en ver esto como un problema sistémico, complejo, porque la realidad siempre es más rica que cualquier postulado, estos postulados absolutos, “la protección del crédito es el único objetivo”, esos absolutismos, no concuerdan en un sistema que es de por sí complejo.

Incorporar un título preliminar en una norma es un esfuerzo de iluminación, pero ningún título preliminar que se haya dado en legislaciones civiles, penales, etcétera, ha tenido la pretensión de solucionar por la vía de la positivización de un principio las discusiones que el propio principio incorpora. Es más, la doctrina mayoritariamente establece que lo peor que se puede hacer con un principio es tratar de positivizarlo pues saldrán interpretaciones diferentes. El hecho de que en el Título Preliminar se inserte un principio, no quiere decir que éste sea la solución, es absolutamente saludable que una norma tenga título preliminar, y éste cumple su objetivo que es presentar una norma polémica, complicada con distintos matices.

Ahora tú preguntabas sobre el patrimonio de la empresa y las finalidades del proceso. Dentro del proceso hay finalidades de protección al patrimonio de la empresa pero, cuando el legislador incorpora el patrimonio de una empresa lo hace como un objetivo, no como una finalidad. Van a haber distintos momentos en los que el patrimonio de la empresa deba ser protegido, cuando el legislador está diciendo que uno de los objetivos puede ser conservar el patrimonio de la empresa, de la unidad productiva, interpreto yo, tratando de ser coherente con el texto normativo en general, que en algún momento la solución colectiva de esta crisis patrimonial puede pasar por que los acreedores decidan conservar el patrimonio de la empresa, será una decisión que responda a los objetivos de la ley concursal.

HS: Tomando en cuenta lo que se ha señalado, creo que efectivamente lo que pretende el Título Preliminar es dar la luz, las pautas interpretativas, sobre lo que la norma va a tratar de regular y, en ese sentido, no deberían existir contradicciones sino un régimen de compatibilidad plena entre lo que regulan los principios generales y las normas procesales y sustantivas del régimen concursal.

Siguiendo nosotros el análisis vinculado no de la parte del Título Preliminar sino la regulativa, en lo vinculado con la protección del patrimonio, creo que esta tiene una orientación más bien instrumental, porque definitivamente la ley concursal no va a atentar contra la integridad del patrimonio de los deudores, porque ese es el sustento de pago de todas las obligaciones. Lo que va a tratar más bien es de recomponer ese patrimonio, a través de acciones de integración de las masas, tratar de declarar actos ineficaces y de imposición patrimonial y asimismo permitir que un esquema de reestructuración, por lo menos la decisión de los acreedores no busquen perjudicar ese trato igualitario que debe existir entre ellos, asignándose ciertas parcelas de patrimonio en perjuicio de otros acreedores.

La protección del patrimonio podría constituir un principio que está dentro de la norma, pero creo que es básicamente un elemento que coadyuva para la constitución de un crédito como quizás el principio principal, yo creo que, dentro de un sistema concursal con la finalidad de resolver una crisis donde hay una pluralidad de interesados, los intereses pueden resultar incompatibles entre sí y verse forzados a un llamamiento a negociar cuando antes, frente a la crisis, podían tomar las acciones que legalmente le confiere, entonces a

partir de ello se da esta dificultad. De inicio, que el sistema que parta de una crisis y de un evidente ánimo de los acreedores de tratar de protegerse de la mejor manera cuando el problema se ha desatado, que la protección del crédito sea el principio general o marcadamente la legislación deba estar orientada hacia él, como se ha señalado; creo que la preservación del patrimonio, incrementarlo para que las posibilidades de pago puedan ser ampliadas y, asimismo, preservar la unidad empresarial, darle una nueva configuración para que los acreedores mejor informados la puedan conocer y asignarle un uso más eficiente; puede ser el soporte que finalmente nos lleve a esta finalidad última.

El sistema concursal busca que los acreedores negocien el destino de la empresa, sin embargo, cada uno tiene intereses individuales que defender dependiendo de su situación antes del procedimiento frente a los demás: ¿cuál es el rol del Estado cuando existe ese conflicto? ¿Cuál es el beneficio o desventajas de aplicar el Análisis Económico del Derecho al Derecho Concursal y cómo debe aplicarse en la realidad peruana, tratando siempre de enfocarlo desde un punto de vista funcional?

JFR: Primero, no es una respuesta del Estado, sino del legislador. Es este quien responde a circunstancias de ese tipo. El legislador pudo quedarse callado y dejar que cada uno resuelva sus conflictos como mejor le parezca, en este escenario de no-existencia del sistema concursal. Cuando el legislador decide solucionar, mediante una regulación, los conflictos que se pueden estar generando está haciendo una apuesta por colectivizar el conflicto y darle un tratamiento colectivo a una crisis empresarial, esa es una decisión del legislador. Si el legislador ha optado por eso, esa es su opción y esa es su respuesta desde el punto de vista legislativo.

Es cierto que en el sistema peruano el legislador le da un rol de participación a la Administración Pública (Indecopi) pero esta participación en la administración de estos procesos es simplemente en los términos en que la ley lo establece, la ley es la que le fija la participación a la Administración Pública.

Creo que primero hay que tener en cuenta que sí hay una relación de conflicto de intereses donde uno puede tener un interés más fuerte y más privilegiado, en el sentido de solucionar su conflicto de manera individual y no venir a la colectivización, sin embargo, la ley impone la colectivización. Más allá de un incentivo se crea una imposición legal, si tuviéramos que

encontrar una razón a esa colectivización, tendríamos que decir que simplemente es la búsqueda de una participación ordenada, de una justicia de oportunidades para todos tratando de respetar las condiciones particulares de cada uno, por eso es que es difícil la norma; porque la intervención del legislador en los intereses privados que pudieran tener los acreedores en función a sus contratos, es una intervención que busca colectivizar y esa colectivización puede ser injusta para quien tiene el 80 por ciento del patrimonio garantizado con una hipoteca, por qué tengo que ir a un sistema colectivo si puedo cobrar directamente. Tienes que ir a un sistema concursal dice el legislador, porque estos conflictos se solucionan colectivamente para que exista una oportunidad de que la empresa siga operando, también hay oportunidad para que otros que no están enterados de esas circunstancias sepan que su crédito está en peligro y tengan una opción de cobrar, y también hay oportunidad que el Estado se presente si hay razón. Creo que ahí no hay mucho que discutir, ese es el efecto real del sistema concursal.

Ahora tú decías ¿cuál es el rol de Estado? Ninguno, hay un principio básico de la ley concursal, y que ninguno de esta mesa estaría dispuesto a transar, es que esas decisiones en ese contexto son decisiones que deben tomar los involucrados, el Estado no puede sustituir y tomar esas decisiones. Que sean los que están involucrados en la crisis los que determinen qué definitivamente es mejor, y eso hace que el sistema concursal tenga que cargar con aquellas decisiones de los acreedores que no son las más apropiadas, cuando los acreedores deciden reestructurar algo que es absolutamente liquidable, ese es un problema que va incrementar un costo social, va a incrementar gastos ineficientemente, pero es parte de la realidad con la que el Estado (Administración Pública) no deberá chocar.

Ahora, si el Análisis Económico del Derecho debería participar, pues obviamente que sí. Este no es nada más que un método de análisis, no es una verdad absoluta ni el único método tampoco. Es una manera que nos ayuda a mirar una realidad y la realidad hay que mirarla por todos los lados y con todos los instrumentos que uno tenga y por más instrumentos nunca la llegas a capturar realmente, siempre es más rica y compleja.

HE: Creo que es claro que la regulación concursal busca incentivar un tipo de conducta que debemos motivar y desincentiva ciertos tipos de conductas que queremos que desaparezcan. Si el problema de fondo

cuando la empresa deviene en crisis es el problema de elevados costos de transacción, porque todos van a querer hacer valer individualmente su contrato, todos van a querer ejecutar y eso lleva a que si no existiera regulación concursal todos los negocios se liquiden a pesar de que quizá valían más en marcha que liquidados con lo cual todos pierden.

Es claro que lo que la regulación concursal quiere es desincentivar que, una vez identificada la crisis, los acreedores mantengan la posibilidad de individualmente hacer valer su contrato. ¿Cómo la regulación concursal desincentiva ello? Con disposiciones como las que ustedes conocen, que establecen que una vez publicitada la declaración formal de la crisis todas las obligaciones del deudor devienen en inexigibles y, en consecuencia, inejecutables. ¿Qué motivamos con ello? Por un lado, desmotivamos que se ejecuten individualmente y, por otro lado, motivamos que se sienten en una mesa a negociar colectivamente. ¿Qué más quiere motivar la ley, cómo la ley motiva esas conductas a partir de su regulación? Lo que quiere motivar es que los acreedores se sienten en una mesa y que la decisión represente lo que quiere la mayoría. Qué establece la ley: 1) que el Estado tenga en cuenta que va a verificar los créditos, y en función de eso quién tiene mayor derecho de voto dentro de esta junta de acreedores que se conforme; 2) establecer que las decisiones se dan por mayoría y con eso motivamos que los acreedores tengan la posibilidad de decidir lo que para la mayoría es mejor. Definitivamente, el sistema motiva esa negociación y facilita esa negociación permitiendo que se llegue a un nuevo contrato para esta nueva situación, pues el sistema habrá protegido el crédito. Pero dentro de esta idea, una vez que hemos dejado bien en claro qué es lo que quiere motivar la regulación en los agentes (facilitar la negociación), es más fácil determinar qué rol se le asigna al sistema privado y qué rol al Estado. Es así como coincido con todos de que la ley quiere que los privados elijan cuál es el destino, el Estado no tiene nada que hacer, es más dentro de los privados, la decisión la tienen sólo los acreedores, ni el Estado ni el deudor tienen algo que decir al respecto, el deudor sólo propone y el Estado sólo supervisa que el acuerdo esté dentro de la legalidad. El rol de fiscalizar queda para el Estado y sancionar a quien vaya más allá de los parámetros establecidos. Entonces los roles son bien claros, los privados definen destino y el Estado no tiene nada que decir al respecto, igual que el deudor. Si en eso coincidimos también lo haremos al decir que la finalidad de la ley es sólo proteger el crédito, porque no se me

ocurre ninguna posibilidad de que no sea así. Lo que debemos hacer es bajar a tierra la discusión. En todo caso, yo le preguntaría a Juan Francisco ¿cuál es esa circunstancia por la cual en esta realidad compleja no es posible que el sistema proteja el crédito?

Mi preocupación es que, de señalarse que si hay un supuesto, abrimos una gran ventana para que el Estado, que supuestamente tendría una ley que tendría como objetivo la conservación de un negocio en crisis (a pesar de que, como hemos dicho, va en contra de la protección del crédito), por ejemplo, en una impugnación de un acuerdo de junta, bajo el precepto del abuso del derecho, abuso de la mayoría que decidió la liquidación del negocio a pesar de que el negocio es viable, el Estado interprete sobre la base de este Título Preliminar confuso y contradictorio, que efectivamente estamos ante un acuerdo abusivo y la decisión debe ser por mantener la unidad productiva a pesar de que la mayoría decida lo contrario.

Yo tengo la sensación que para ser consistentes, si sabemos que el Estado no participa, los acreedores deciden y el deudor no tiene nada que decir, entonces ¿cuál es el caso en que debemos postergar la protección del crédito?

JFR: Yo creo que Huáscar está entendiendo mi posición de poner un objetivo superior a proteger el crédito con una incompatibilidad de que la protección del crédito sea también un objetivo de la ley. He tratado de ser claro en la primera pregunta que contesté, que el objetivo es un objetivo superior que es administrar colectivamente la situación de crisis. También hay objetivos subordinados donde encaja la protección del crédito. Yo no creo que la protección del crédito sea el objetivo de la ley. Tú dices, por ejemplo: cuando los acreedores deciden reestructurar algo que es liquidable, lo único que hacen es alargar la gravosidad de su crédito. ¿Lo están protegiendo? Yo creería que no. Yo creo que si los acreedores hacen una cosa de esas, están desprotegiendo su crédito, pero lo están haciendo porque ellos quieren, lo que priorizas es la decisión que ellos toman, porque precisamente otro principio es el que está contenido en el artículo tercero: las decisiones sobre el crédito las toman los acreedores y si ellos toman una decisión que no protege su posibilidad de cobro es su problema, el Estado no tiene nada que hacer ahí.

Ahora, también me parece bien maniqueo asustarse y decir que esto es un instrumento para que por la vía del abuso de derecho el Estado intervenga en esas decisiones. El abuso de derecho es una institución del

Derecho, absolutamente convalidada y lo único que dice es que el ordenamiento jurídico reconoce todos los derechos que quieras, pero estos deben ser ejercidos con responsabilidad. Si el abuso de derecho se produce, entonces podrá haber un caso en que la autoridad diga que hubo abuso de derecho. O sino, si queremos eliminar la institución del abuso de derecho digámoslo tal cual.

HS: En realidad, definiendo el rol que le corresponde al Estado, es evidente que este tiene frente a los procedimientos concursales un doble rol: uno como acreedor, porque existen créditos de naturaleza tributaria; y otro, como aquel que dicta la norma, incluso como emisor de las reglas aplicables en el transcurso del proceso.

Ahora bien, en algunos casos va a privilegiar la fiscalización y, por otro lado, otorgará reglas para que el acreedor utilice las que más le convengan. Entonces, el primer aspecto del rol del Estado va ser un rol limitativo, va a definir quiénes deben ingresar, y va a regular qué cosa entiende como crisis válida para el sistema concursal, determinando a quien le corresponde una u otra vía de solución entendiendo por ella al procedimiento ordinario y preventivo. Creo que ahí, en efecto, el rol del Estado es activo porque va a determinar a quién le corresponde abrir la puerta y definir qué efectivamente debe merecer los mecanismos de tutela y de negociación que la ley contempla.

Sin embargo, creo que en este punto, el legislador, al momento de definir claramente cuáles son las vías de acceso, ha optado por un mecanismo disyuntivo a diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior donde era el deudor quien optaba por un mecanismo. Ahora están claramente definidos y delimitados los escenarios en los cuales es posible recurrir a una u otra vía. En estos casos, el legislador ha tomado un criterio que no es el más saludable, esto es, las pérdidas comparadas con el capital, cuando quizás otro elemento un tanto más complejo como la evaluación propia del patrimonio empresarial hubiera sido la vía para definir cuando hay un escenario pre-crisis o cuando la crisis ya se desató. Luego de la regla, como se señala en el propio Título Preliminar, una vez verificados los sistemas de acceso al proceso, al concurso, la norma lo que debe pretender es tratar de otorgar la mayor cantidad de posibilidades de negociación entre los acreedores y que estos tomen una regla para la solución de la crisis que preserve la paridad del trato pero, a la vez, que otorgue privilegios en función de determinadas características, como es el caso de la deuda laboral. Sin

embargo, creo que ahí donde se aprecia que el rol del Estado debe ser más bien neutral y no regular mucho, es decir, definir sólo las características esenciales que debe tener un documento de refinanciación (como debe ser el plan de reestructuración), interviene más de lo necesario. Es justo aquí, donde me parece que hay una serie de incongruencias. Por ejemplo: se le indica el camino para que los acreedores puedan recuperar las garantías. Ahora bien, todos sabemos que antes del concurso el deudor tiene un escenario de garantía específico y prontamente quizás este escenario no responda a las soluciones que le serán aplicables luego porque quizás algunos acreedores vean reducidas sus garantías y otros más bien incrementadas porque están dispuestos a otorgar líneas de crédito. Sin embargo, eso no ocurre, no se reconoce la validez de los acuerdos de recomposición de garantía *post* concurso. De este modo, en un procedimiento de liquidación lo que vale es lo que tenía aprobado previamente, entonces, lo que a mí me parece es que hay un intervencionismo estatal que no se justifica.

Otro caso mucho más grave corresponde al tratamiento de los terceros garantes. La ley asume e interpreta que la voluntad positiva del acreedor de apoyar la refinanciación a través de la aprobación de un plan de reestructuración involucra necesariamente la liberación de la garantía constituida por tercero, salvo algunas excepciones en la ley. Esto lo que hace, más bien, es que se genere una suerte de imposibilidad de aprobar planes cuando sé que quizás las únicas vías de pago de la deuda pasan a ser las garantías de tercero. O sea, por qué la ley ha tenido que interpretar que mi facultad de apoyar al deudor implica limitar la garantía que existe sobre mi acreencia.

Finalmente, sobre el segundo rol que debe cumplir el Estado, creo que sí hay una notable mejora en el aspecto de supervisión. Me parece que esta norma tiene una más acabada técnica procesal por lo que define claramente las etapas del concurso al margen de algunas críticas que puedan hacerse individualmente; y, también en el aspecto de fiscalización, finalmente si hacemos un análisis global en una norma mucho más intervencionista, ello debido a que está presente en todas las etapas de proceso, primordialmente donde corresponde definir quiénes ingresan y supervisar los acuerdos adoptados.

Los dos roles que hemos reseñado, han sido regulados de modo que el Estado cuente con mayores facultades de las que existieron en el régimen legal previo. Creo que el rol por el que el Estado ha optado ha sido por mejorar la ley y darle un contenido más

orgánico para, simultáneamente, exacerbar los niveles de función que pudieran desempeñar y, esto último, es algo que en su rol de Estado no debió haber ocurrido.

Hay quienes sostienen que la finalidad del sistema concursal va más allá de la protección del crédito y de los acreedores. Plantean que el sistema concursal tiene un rol social. Ahora bien, a la hora de definir este rol social se habla de los costos secundarios que surgen. Argumentan que, a veces, cuesta más la liquidación por la importancia que tiene la empresa dentro de la sociedad.

Ahora bien, si traemos esto a la realidad peruana, sí la liquidación de una empresa tiene costos secundarios altos, se justifica una intervención del Estado para conservar la unidad productiva, es decir, la empresa?

JFR: Volvemos sobre lo mismo, es inaceptable que alguien que no esté involucrado en el problema trate de sostener que, siendo la liquidación socialmente cara, sería más barato tratar de conservar el patrimonio, cuando ya se demostró que la empresa es ineficiente en el mercado. Eso no es el tema en discusión. Es el legislador quien decide esto. Coincido en gran parte con lo que ha dicho Hugo pero no es el Estado, el legislador, es quien decide sus niveles de intervención, el legislador no es Estado.

El legislador cuando delimita el espacio del Derecho solamente lo restringe, cuando diseña una norma trata de diseñar una realidad, un mundo adecuado y puede tener una serie de criterios. El sistema concursal pone la lógica que el legislador dicta. Es el legislador quien interviene. O sea la pregunta es ¿porqué interviene? Porque si dijéramos que el legislador no debe intervenir en conflictos particulares, pues simplemente nos olvidamos del sistema concursal y se acabó. ¿Para qué interviene el legislador? Pueden haber muchos objetivos: el tratamiento colectivo de la crisis, secundarios: la protección del crédito, eliminar costos de transacción, ofrecer segundas oportunidades, abrir espacios de discusión y negociación, permitir un tratamiento más adecuado de deudas con privilegios especiales, ¿qué pasa con esto en nuestra realidad?

Esta norma se aplica hace 10 años, independientemente de sus debilidades, defectos, modificaciones, es una ley que ha servido para administrar todo un proceso de reconvención empresarial desde los 90 y muchas empresas se han mantenido y otras han salido del mercado. Estas empresas no han tenido que soportar el tener que pasar por la torturar de tramitar 15 ó 20 años procesos de

quiebras judiciales en nuestro Poder Judicial. La ley sí ha cumplido el objetivo social, ha sido un instrumento para acompañar este proceso de reestructuración empresarial. Ahora la reestructuración se pone a un lado, las empresas que vienen al proceso son significativamente menores. Quizás la estructura que tiene Indecopi (Administración Pública) para estos procesos tenga que achicarse, quizás habrán otros momentos en que este tema sea el punto. Se volverá a hablar de la necesidad de reformar la ley concursal.

La pregunta va por la valorización de estos costos secundarios. Parece bastante claro que cuando el valor de negocio en marcha (VNM) es mayor que el valor del negocio en liquidación (VNL) la empresa debe seguir. Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida en tanto no considera que siempre que VNL sea mayor que VNM la empresa debe ser liquidada, ya que la liquidación genera una serie de efectos secundarios. En tal sentido, ¿Existen tales costos secundarios?, ¿Cuáles son los supuestos en los que aún cuando el VNL sea mayor que el VNM la empresa debe seguir?

JFR: Lo que pones en duda es el método evaluación del valor en marcha y el valor en liquidación. Qué métodos utilizas y que incentivos da el Estado para que tú utilices los mejores métodos. El incentivo que da la legislación es que la decisión es de los privados y facilita el acceso a la información, con ambos tú evaluarás qué cosa es mejor, qué cosa no lo es, ahora ¿hay costos secundarios? En toda acción social hay costos secundarios, la ley no se ha metido con los costos secundarios, que una persona cobre su liquidación y al día siguiente no tenga trabajo, eso tiene un costo secundario porque va a ser una persona que la sociedad va a tener que arrastrar porque no tiene posibilidades de reinserción va a ser un pobre más, potencial delincuente, etcétera. Ese es un costo secundario, pero la ley no se ha metido con eso. Entonces el incentivo es: te entrego la información, toma tú la decisión. Quizás no tomes una buena decisión pero ahí la ley no entra.

HE: Estas preguntas vienen porque hay algunas etiquetas que no están muy claras. Me preocupa cuando Juan Francisco comenta que la ley tiene que ver con la pacificación de un conflicto social o la solución colectiva de la crisis y usa mucho el término social que puede ser mal utilizado por personas que no tengan claro cuál es el objetivo de la regulación concursal. Cuando empezamos a discutir sobre la regulación del sistema concursal y hablamos de la

pacificación de un conflicto social, el término puede ser mal utilizado y amparándose en un Título Preliminar que dice que la finalidad de la ley es la conservación de la unidad productiva puede superponer estos costos secundarios de los que ustedes hablan y mantener la unidad productiva en marcha, eventualmente, por una decisión motivada del Estado, a pesar de que esa unidad productiva debía ser liquidada. Esto es producto de etiquetas poco claras.

Si se trata de definir si la función de la ley es proteger el crédito o proteger la unidad productiva para ponerlo en marcha, yo prefiero optar por el objetivo: protección del crédito que es el objetivo consistente con lo que estamos desarrollando, es decir una ley que le da a los acreedores la posibilidad de por sí solos definir qué es lo mejor para su interés. Si eso es así, el único objetivo es proteger el crédito, meter conceptos como “lo social” de contrabando lo único que hace es generar un margen para que eventualmente mañana, más tarde, la nueva Administración tenga mayor discrecionalidad para eventualmente superponer sus decisiones a la de los privados. La regulación debe tener por función, además de generar incentivos y desincentivos a los agentes del mercado, delimitar hasta donde puede llegar el Estado, esto es, que la discrecionalidad del Estado no existe. El Estado no puede tomar decisiones que se superpongan a las decisiones de los privados. Ni el Título Preliminar ni la ley deja eso claro. Ejemplo de esto es un artículo de la ley (que no tenía la norma anterior) que establece que si una empresa tiene patrimonio neto negativo necesariamente va a liquidación, es decir, si viene a Indecopi va a liquidación, el legislador ya decidió lo que a su criterio es un negocio inviable, el congreso decide la viabilidad y no los privados. Esto es un contrasentido que está señalado en el Título Preliminar, objetivos claramente incompatibles, nos debemos enfrentar a una legislación no muy clara, utilizar la etiqueta de pacificación del conflicto social es peligroso, no me preocupa obviamente el doctor Rojas, me preocupan los futuros cambios que pueden haber en el Indecopi. Una legislación poco clara sí es un peligro.

JFR: No es un tema de etiquetas. No hay que tenerle miedo a la palabra “social” correctamente entendida. El Derecho es un fenómeno social, la regulación concursal es social y miramos al hombre en sociedad, eso forma parte de nuestra realidad, el ser humano sólo llega a conocerse en sociedad. Que existen contradicciones en la ley, que sí las tiene, decimos, por ejemplo, que el núcleo irreductible de la decisión de los

privados es la conservación del crédito, que es un poco lo que mencionaba Huáscar. Sin embargo, vuelvo a repetir, la norma concursal es ya una intromisión en la decisión de los privados, porque lo que dice tu contrato lo pones a un costado y ahora negociamos con todos los demás, lo que tratamos de explicar es una realidad compleja.

La ley regula actuaciones de particulares, pone un límite. El acceder al sistema concursal que es un sistema excepcional, tiene limitaciones que el legislador ha predefinido.

HS: Hay un valor esencial aquí, que es el de la intromisión del Estado cuando ya la decisión tomada por los acreedores va a ser ejecutada. Esa intervención no entra como elemento de fondo, es decir, el análisis de viabilidad contenido por los acreedores a efectos de determinar si la empresa continúa o no y si es el mejor camino para el pago de sus créditos, ese es el límite central de la norma. La norma da escenario, reglas, dicta procesos, formula garantías, permite impugnar, da mecanismos propios de ejecución, pero no toma una decisión última por encima de los acreedores, Indecopi no entra a analizar el fondo de la decisión de los acreedores, esto es, si aquellos tienen razón o no, a parte de los costos secundarios que eso podría involucrar. Hay costos secundarios en todo tipo de negociación y que no necesariamente deben ser tomados por el legislador, al contrario, creo que lo que ha existido es que el legislador no los ha tomado en cuenta porque en realidad cada acreedor puede obtener propiamente distintas razones bajo las cuales la premisa fundamental, que debería ser el mayor valor maximizado, es que debe preservarse ya sea por liquidación o reestructuración.

En este sentido, los trabajadores analizarán los costos secundarios de perder sus puestos de trabajo, por lo que no serán proclives a adoptar una decisión que implique la liquidación de la empresa. Igual puede ocurrir con otros acreedores, como el acreedor financiero. Por tanto, cada acreedor tiene sus razones específicas que generan distorsión respecto a lo que sería la regla general, pero en eso la ley no debería entrar porque no es un elemento relevante para tomar una decisión, la autoridad no puede tomar la decisión en última instancia entre la liquidación o reestructuración.

El artículo 53 del Anteproyecto de Ley de la Garantía Mobiliaria, de fecha 8 de agosto de 2003, plantea excluir del patrimonio comprendido en el concurso los bienes dados en garantía mobiliaria. ¿Cuál es su opinión al respecto?

JFR: No es norma todavía, sólo un proyecto de ley, si llegara a ser norma se pondría de lado el principio de universalidad del sistema concursal. Esto estuvo en discusión al interior de la comisión que elaboró este proyecto, la cual presidió Jorge Avendaño y tuve el honor de conformar. En este proyecto se desea consolidar la garantía mobiliaria. Este proyecto privilegia al sistema general, que entraría en conflicto con el sistema excepcional, que causaría que el sistema concursal naufrague en cuanto a garantías mobiliarias.

HE: La regulación concursal pretende completar aquella parte de los contratos que las partes no pudieron regular en su momento por problemas de coordinación. Teniendo claro que la finalidad de la norma de proteger el crédito para atacar un problema de elevados costos de transacción y permitir que ahora sí negocien y tomen la decisión mejor para maximizar valor, la pregunta es ¿qué parte del contrato debe ser modificado para permitir que los acreedores negocien y puedan maximizar valor? La afectación de los contratos que se da con motivo de la regulación concursal debe ser solamente en los puntos que resulten indispensables para facilitar la negociación entre los acreedores y para facilitar el objetivo de maximizar valor y proteger el crédito. Entonces reformulo la pregunta que ustedes plantean de la siguiente manera: para lograr el objetivo de proteger el crédito permitiendo que los acreedores estén en posibilidades de negociar es imprescindible que de ese contrato celebrado *ex ante*, también afectemos la posibilidad de que ese acreedor ejecute su garantía. ¿Ese aspecto del contrato es necesario afectarlo para facilitar la negociación en el escenario concursal? Esa es la pregunta. Mi sensación es que no, por el contrario si de lo que se trata es de una regulación que busque la protección del crédito implica que los derechos reales de garantía otorgados *ex ante* la crisis deben ser respetados *ex post* la crisis. La preocupación entonces es saber qué aspectos del contrato sí debemos afectar para facilitar la negociación *ex post* la crisis. Obviamente la exigibilidad del contrato, la posibilidad de exigir el pago del crédito es algo que tengo que aceptar si quiero permitir que negocien porque sólo suspendiendo la exigibilidad y ejecutabilidad del crédito puedo lograr que efectivamente se sienten a negociar.

Con las garantías no pasa lo mismo. La preocupación que puede haber es, qué pasa si mantenemos la vigencia del sistema de garantías reales, inclusive *ex post* la crisis, es decir, qué pasa si la garantía de la que estamos hablando se constituyó

sobre un bien esencial del negocio, sobre un bien esencial para efectos de la reestructuración.

¿Qué ocurre? Los acreedores ya *ex post* la crisis se sentaron, evaluaron, y determinaron que ese negocio vale más en marcha que liquidado, pero para que esa reestructuración se pueda implementar resulta que uno de los activos principales (la máquina principal) está prendada. ¿Qué va a pasar? De acuerdo a este proyecto la garantía se va a poder ejecutar. Este tipo de problemas se pueden presentar y deberían resolverse sólo privadamente. ¿Cómo? A través de la negociación entre las partes. Si las partes han considerado que el negocio vale más en marcha que liquidado pero la posibilidad de reestructuración está en peligro por un acreedor que tiene el poder de ejecutar la garantía, entonces simplemente van a negociar. A ese acreedor le van a pagar para que no ejecute, de los flujos que genere la empresa o consiguiendo un préstamo. Esa es la forma de ver como un todo el sistema de garantías y el Derecho Concursal para proteger el crédito.

HS: Lo que busca la norma es sustraerse del sistema concursal que no es una novedad. Existen otras normas que también han tenido el mismo propósito. La discusión debe centrarse en las opciones que deben valorarse respecto a qué bienes forman parte del patrimonio y qué acreedores deben formar parte de la junta de acreedores. Es aquí donde se presenta una doble opción. Uno, adoptar de manera directa el principio de universalidad, es decir, todos los bienes integran y están sujetos a la diversidad de normas concursales y paralelamente todos los acreedores deben concurrir al proceso. Sin embargo, este principio, que para mí es el que debe primar, es muy difícil de aplicar pues siempre hay normas especiales que van a retirar esa suerte de intangibilidad patrimonial. El caso de la Ley de Bancos y la Ley de Títulos Valores son claros. Y la otra opción es, dependiendo de la naturaleza y características propias de lo que debiera protegerse, generar bienes o reconocer derechos sobre bienes que no deberían concurrir al procedimiento concursal, como sería el caso de esta garantía mobiliaria. En principio, creo que debemos ser consecuentes, si el acreedor puede ejecutar libremente su garantía, de ninguna manera deberá formar parte del proceso concursal. En segundo lugar, si se opta por el hecho de proteger al crédito, es decir, dar la mayor posibilidad a los acreedores de recuperar lo que han dado de la manera más rápida posible, me parece que esa posibilidad de ejecución no debería ser absolutamente independiente de lo que ocurra en el sistema concursal. Si el objeto va

a ser incentivar un ambiente de negociación, los acreedores no pueden estar preocupados por su crédito en la medida que el patrimonio pueda perderse de manera inmediata, por ello se suspenden las obligaciones. Esa protección patrimonial durante la fase de negociación sí debería ser aplicada al acreedor al cual la ley le reconoce una vía de ejecución excepcional, porque de esa manera pueden reducirse los costos de transacción en la medida que este puede aceptar una propuesta de pago o el plan de refinanciación que le concedan los acreedores que sí están interesados en la preservación del negocio y que no se afecte, por tanto, la intangibilidad empresarial con la ejecución de ese acreedor aislado del proceso que tiene la vía para hacerlo en cualquier momento. En conclusión, me parece que el acreedor que tiene opción de ejecutar debería tener suspendida la exigibilidad de su crédito o, en todo caso, debe permitirse que las partes negocien.

¿Cuál es su opinión acerca de modificación de la Ley de Reestructuración Patrimonial?, ¿qué críticas y beneficios encuentran en la Ley General del Sistema Concursal?

HE: Es un problema que venimos arrastrando desde la legislación anterior. El problema de fondo en cuanto a la regulación concursal, es un problema de elevados costos administrativos, quizás ajenos a la ley. Los costos son muy altos y eso al final no permite que la ley cumpla su finalidad como debiere.

Un ejemplo de ello sería: si tienes una ley que busca que tú puedas maximizar el valor del negocio, esto es, que el negocio en marcha vale 150, liquidado vale 100. La ley, si te permite negociar, te permite cerrar el contrato en 150, maximizas valor. Ahora bien, creo que cuando entras a negociar a través de Indecopi, esa negociación te cuesta, digamos, 70. Entonces el problema surge cuando ya tienes tu análisis y estás valorando el negocio en 150, a lo que le restas 70 y te queda un margen de 80. Resulta que negociando en Indecopi obtengo 80. Fuera de Indecopi en una liquidación obtenía 100. Debido a los costos caros y la lentitud en el avance del proceso, se justifica la caída de las solicitudes de proceso en Indecopi. Por ello, nos encontramos en una situación en la que sin ley concursal nos encontramos mejor, y eso es un problema. Resulta más barato negociar fuera de Indecopi que dentro de Indecopi.

JFR: Yo pienso que la negociación será siempre más barata en Indecopi, las empresas siguen asistiendo

a Indecopi, el sistema arbitral es excesivamente oneroso, y sólo para algunos. La norma ha logrado de alguna manera ser disuasiva en los efectos fraudulentos que existían, hoy hay una sensación generalizada de que las empresas que vienen al sistema concursal vienen a utilizarlo bien. Los sistemas de fiscalización y control han mejorado, la autoridad también se ha robustecido y eso puede estar dejando fuera a algunas empresas que hemos tenido que pretendían utilizar el camino del fraude. Es una de las virtudes que se puede reconocer a esta norma que cumple un año de vigencia.

HS: El cambio sucesivo de reglas, ha traído mayor inestabilidad, ha limitado el acceso oportuno de

empresas, ha eliminado los incentivos que existían en el régimen legal precedente que no me parecía tan malo. Quizás debió reformarse parcialmente la anterior norma que era mucho más procesada y mejor. Esta ley me parece positiva y orgánicamente mejor, es una norma que se ha hecho 10 años después de la reforma administrativa del proceso concursal y, claro, una norma que se presentó para reprimir el fraude porque antes había personajes picarescos que trataban de beneficiarse de la norma. Ahora, con esa tendencia un poco patológica de la ley, se ha reprimido y se ha buscado eliminar esa suerte de privilegios. Es positivista en ese sentido, pero en otros aspectos el legislador ha ido más allá de su línea. 卐