

EL "SUPERPRIVILEGIO" DEL CREDITO LABORAL VS. EL SISTEMA DE GARANTIAS REALES

Huáscar Ezcurra Rivero*
Abogado

Si el Derecho no es un instrumento capaz de responder a la necesidad de intercambiar a mejores usos los recursos que resultan ser cada vez más escasos, habrá que concluir que el Derecho impone serias trabas al desarrollo económico y, con ello, a la materialización de la justicia social.

Con el objeto de que los intercambios de recursos se produzcan sin distorsiones de ningún tipo, resulta imprescindible un mercado de competencia perfecta que cumpla con las siguientes exigencias:

- Debe haber una asignación clara de titularidades (sistema de derechos de propiedad) que garantice una internalización de externalidades tanto beneficiosas como perjudiciales, de tal forma que existan los incentivos necesarios para invertir y para que se produzcan transferencias a usos más valiosos.
- El sistema de derecho contractual debe constituirse en un mecanismo capaz de reducir los costos de transacción y proteger adecuadamente a las partes frente al riesgo del incumplimiento, garantizando de esa forma que el intercambio de recursos se produzca siempre en términos eficientes.
- Para aquellos casos en los cuales los costos de transacción no permitan que sean las partes las que a través de un acuerdo de voluntades encuentren la solución más eficiente, deberá existir un sistema de responsabilidad extracontractual capaz de simular la solución de mercado asignando los recursos de la forma más adecuada.

Dentro de estas exigencias el papel que le corresponde a nuestro sistema de garantías reales resulta fundamental.

La protección de los créditos laborales es acaso una de las instituciones más características del Derecho del Trabajo, cuyo carácter tuitivo conduce a la consagración legislativa de mecanismos de protección de los créditos de los trabajadores. El presente artículo toma en consideración criterios económicos para cuestionar la validez de la conveniencia de la sobreprotección legal de los créditos laborales. No por ello niega la importancia de garantizar a los trabajadores medidas idóneas para que se paguen sus beneficios sociales. El autor condena, sin embargo, que dadas la naturaleza y los fines que persiguen las garantías reales, existen motivos para que reconsideren el orden de prelación de las clases de créditos existentes para efectos de la insolvencia.

* El autor dedica el presente artículo al doctor Alfredo Bullard, sin cuyas enseñanzas no hubiera podido escribir este ensayo.

1. INTERCAMBIOS DE RECURSOS A NIVEL INTERINDIVIDUAL Y PRIVILEGIOS DE CREDITOS

1.1 Operaciones de intercambio en el contexto actual

En un mundo donde las tasas inflacionarias se han visto sustancialmente reducidas y se mantienen estables, el comprar a crédito resulta más atractivo que comprar al contado, motivo por el cual en el contexto actual adquieren gran importancia los contratos de ejecución diferida en los cuales una de las partes cumple primero con su prestación y conviene en que su contraparte cumpla después con la suya.

Al Derecho, en consecuencia, le corresponde concentrar sus mejores esfuerzos en garantizar la eficiencia de este tipo de operaciones de intercambio de recursos.

1.2 Costos de transacción

En los contratos de ejecución diferida, el hecho de que una de las partes cumpla primero con su prestación y la otra lo haga después, coloca a la primera en una "desventaja estratégica" teniendo en consideración que existirá siempre el riesgo de que aquella parte puesta en la posibilidad de cumplir posteriormente devenga en insolvente o que, en todo caso, a pesar de ser solvente, decida incumplir o cumplir en forma tardía o parcial.

Tal "desventaja estratégica" constituye un riesgo que deberá ser cuantificado por las partes al momento de contratar, cuantificación ésta que por las dificultades de acceso a la información suele ser bastante complicada.

Uno de los presupuestos básicos del Análisis Económico del Derecho señala que los individuos o las empresas siempre buscan la maximización de sus intereses actuando racionalmente. Ahora bien, para poder actuar con racionalidad en términos de eficiencia económica, los individuos deben estar en la posibilidad de tomar decisiones que se encuentren fundamentadas en un análisis costo - beneficio lo más certero posible, lo que para el caso concreto de los contratos con prestaciones de ejecución diferida significa que los agentes económicos deberán estar en la posibilidad de incorporar a su cálculo costo - beneficio el riesgo del incumplimiento y el riesgo de la insolvencia de su contraparte.

¿Cómo podría cuantificarse con exactitud el riesgo de la insolvencia o el riesgo del incumplimiento?

Estudiando minuciosamente la situación patrimonial de mi potencial deudor, además de sus proyectos a futuro y la viabilidad de los mismos. También sería necesario contar con información cierta respecto de la calidad de mi deudor a fin de determinar si de acuerdo a su historial se caracteriza por no cumplir con sus obligaciones o, caso contrario, por el cumplimiento puntual de las mismas.

Obtener toda esa información no sólo demandaría buen tiempo y elevados costos, sino que una vez obtenida sería bastante difícil de evaluar en términos económicos. En otras palabras, los costos de información en estos casos (costos de transacción), resultan siendo demasiado elevados, lo que puede llevar a que las operaciones de intercambio se produzcan en términos ineficientes porque no se incorporó en el cálculo costo - beneficio el riesgo inherente a este tipo de contratos o porque se incorporó pero con un riesgo sobredimensionado o subvaluado. Puede también que los elevados costos de contratar impidan que las operaciones de intercambio se produzcan, lo que en términos económicos también podría resultar ineficiente.

Es por ello que al Derecho, ante la constatación fáctica de los altos costos de transacción que rodean las operaciones de intercambio con prestaciones de ejecución diferida, le corresponde procurar establecer las bases jurídicas que permitan a los individuos, a bajo costo, acceder a la información que sea necesaria para que su análisis costo - beneficio sea lo más certero posible y, de esa forma, se garantice la eficiencia de cada asignación de recursos.

1.3 Un mundo sin garantías reales

Antes de definir el papel que les corresponde a las garantías reales, procuremos imaginar a través de un ejemplo lo que sucedería si no se hubiera consagrado un sistema de garantías reales.

Ejemplo 1: "A" decide poner en venta su casa que valoriza en US\$40,000 por el precio de US\$60,000.00. Luego de poner un aviso en el periódico recibe ofertas de dos interesados en la compra. Por un lado, el interesado "B" que valoriza la casa en US\$ 48,000.00, le ofrece pagar hasta US\$ 45,000.00 al contado. Por el otro, el interesado "C" que valoriza la casa en US\$ 65,000, le ofrece los US\$ 60,000.00 que pide, pero pagaderos en 6 cuotas mensuales de US\$ 10,000.00 cada una.

Ante tales ofertas "A" consulta con su abogado sobre los riesgos de contratar con "C", tomando en cuenta que si bien le está ofreciendo la suma que a él le interesa, ésta será pagada a plazos. Su abogado

le manifiesta que en este tipo de contratos de ejecución diferida siempre existe el riesgo de que la contraparte incumpla con la prestación a su cargo, caso en el cual podría iniciarse un procedimiento judicial para obligarlo a cumplir. Ello, sin embargo, puede demorar varios años y significar altos costos, tanto pecuniarios, como emocionales. Asimismo, le manifiesta que también existe el riesgo de que su contraparte devenga en insolvente.

Con tal información, "A" solamente conoce en términos generales los riesgos inherentes a la operación que pretende realizar, y le resulta sumamente difícil cuantificarlos económicamente a efectos de poder incorporarlos a su cálculo de costo-beneficio. Sin embargo, a pesar de lo incierto de la información "A" termina por asignarle a los riesgos implicados un costo de US\$ 20,000.

Con ello, los US\$ 60,000 ofrecidos por "C", de concretarse el riesgo, ya no serán tales, sino que restándoles el valor que "A" le ha asignado al riesgo, la oferta en realidad sería de US\$40,000.

Entonces, luego de realizar su cálculo costo - beneficio "A" finalmente tiene dos ofertas: Por un lado la oferta de "B" por US\$ 45,000 al contado y, por el otro, la oferta de "C" por US\$60,000 a pagar en seis meses, los mismos que de concretarse el riesgo valuado en US\$ 20,000, terminarían siendo solamente US\$ 40,000.

"A" finalmente decide no asumir el riesgo de contratar a plazos por cuanto ello podría significarle (si el riesgo se concreta) no ganar ni un centavo, ya que si sus cálculos son exactos recibiría en realidad US\$ 40,000 por la casa que él valoriza en US\$ 40,000. Prefiere, entonces, aceptar la oferta de "B" por US\$ 45,000 y con ello asegurarse una ganancia de US\$ 5,000 al contado.

En conclusión, la "desventaja estratégica" propia de este tipo de contratos ha llevado a que "A" contrate con "B", operación con la cual ganó US\$ 5,000.00, y "B" por su parte ganó US\$3,000.00, en otras palabras la sociedad ganó US\$ 8,000.00

Empero, si hubiera existido una institución capaz protegerlo contra la "desventaja estratégica" de contratar con "C", "A" no tendría que haberse preocupado por valorizar el riesgo del incumplimiento y de la insolvencia (valorización que por cierto siempre será bastante incierta), ya que tal riesgo habría sido reducido o eliminado si es que, por ejemplo, su crédito hubiera sido garantizado con un derecho real. Con ello, seguramente hubiera terminado contratando con "C", con lo cual habría ganado US\$

20,000 y, "C" por su parte US\$ 5,000.00; es decir la sociedad ganaba US\$ 25,000.00.

Como puede observarse a través del ejemplo propuesto, los costos de contratar propios de la "desventaja estratégica" que se presenta en este tipo de contratos, llevaron a que en el caso planteado se produjera una asignación subóptima de recursos, atendiendo a que tanto "A" como "C" hubieran maximizado beneficios de una forma más racional si es que, existiendo una institución capaz de protegerlos contra el riesgo del incumplimiento y de la insolvencia, se hubiera concretado la operación entre ellos. Asimismo, la sociedad hubiera resultado también más beneficiada y nos hubiéramos acercado de forma más notoria al Óptimo de Pareto.

Podríamos concluir entonces que en esta operación se produjeron pérdidas por US\$17,000.00, por cuanto si bien con la operación que se concretó la sociedad ganó US\$8,000.000, en realidad dejó de ganar US\$ 25,000.00 al no haberse concretado la operación entre "A" y "C". En tal virtud, el costo social de que no existiera un sistema de garantías reales consagrado fue de US\$ 17,000.

Ejemplo 2: Las ofertas y las valorizaciones respectivas de "A", "B" y "C" que vamos a utilizar en este ejemplo, son las mismas que las del ejemplo anterior.

Luego de conversar con su abogado, "A" valoriza el riesgo de incumplimiento e insolvencia de "C" en US\$ 5,000, con lo cual sabe que de concretarse el riesgo la oferta de "C" por US\$60,000 sería en realidad de US\$ 55,000.

Entonces, en este caso, "A" tiene las siguientes ofertas: Por un lado la oferta de "B" por US\$45,000, con la cual ganaría US\$ 5,000 seguros y, por el otro, la oferta de "C" por US\$60,000, con la cual podría ganar hasta US\$ 20,000 si es que no se concreta el riesgo, o US\$ 15,000 si es que se concreta.

Tomando en cuenta que de contratar con "C", en el peor de los casos (si es que el riesgo se concretara), de todas formas ganaría US\$ 15,000, "A" finalmente se decide por contratar con "C".

Con ello, aparentemente se habría contratado en términos eficientes ya que "A" ganaría como mínimo US\$ 15,000 y "C" por su parte US\$ 5,000, con lo cual la sociedad finalmente gana US \$20,000. En cambio, de haberse concretado la operación con "B", "A" hubiera ganado US\$ 5,000 y "B" por su parte US\$ 3,000, con lo cual la sociedad toda habría ganado solamente US\$ 8,000.

En conclusión, si la valoración del riesgo de contratar con "C" ha sido exacta, y ante la inexistencia de un sistema de garantías reales que permita reducir o eliminar tal riesgo, la operación que se ha concretado resulta ser la más eficiente en términos económicos.

Sin embargo, lo más probable será que por la falta de información disponible, los altos costos de obtenerla y lo incierto de su valoración, las partes al momento de efectuar su cálculo costo-beneficio en este tipo de contratos de ejecución diferida, incurran en gruesos errores que finalmente los lleven a adoptar decisiones irracionales libradas al azar que no respondan al objetivo de maximizar beneficios.

Así, si el riesgo que "A" cuantificó en US\$ 5,000.00, en la ejecución del contrato se concreta en un incumplimiento de "C" que conlleva interponerle una demanda judicial por incumplimiento de contrato que irroga costos de abogados, diligencias y preocupaciones por más de US\$ 20,000; evidentemente, la decisión de "A" por contratar con "C" no fue la más eficiente y, como consecuencia de ello, se habría producido también en este caso una asignación subóptima de recursos.

En conclusión, tanto en el primer como en el segundo ejemplo la falta de información disponible a bajo costo y la dificultad que ello conlleva para la cuantificación del riesgo del incumplimiento e insolvencia, supone serias trabas para que se produzcan transacciones en términos eficientes que procuren una asignación racional de recursos.

En muy pocos casos se logrará una valoración exacta del riesgo de la "desventaja estratégica", en la mayoría de los casos éste probablemente sea sobrevalorado y, en otros, subvaluado, y tanto lo uno como lo otro tendrá como consecuencia una asignación ineficiente de recursos.

Tomando en cuenta que este tipo de operaciones que han adquirido especial relevancia en nuestros días, se producen en todos los lugares del país, todos los días y en todo momento, parece claro que de no existir una institución que garantice a quien cumple primero con su prestación contra el riesgo del incumplimiento e insolvencia de su contraparte, los intercambios que dejen de producirse o que, en todo caso, se produzcan en términos ineficientes, significarán serios costos sociales que, a nivel macroeconómico, sin duda, representan magnitudes preocupantes.

1.4 Papel de nuestro sistema de garantías reales

Es a través de las instituciones reales de garantía que nuestro ordenamiento jurídico procura establecer

las bases necesarias para reducir los costos de transacción inherentes a este tipo de operaciones y, con ello, permitir que los recursos fluyan sin distorsiones de ningún tipo hacia sus usos más valiosos.

Con la constitución e inscripción de una garantía hipotecaria aquella parte que cumplió primero con su prestación logra protegerse contra la "desventaja estratégica" que ello implica, porque ha individualizado una porción predeterminada del patrimonio de su contraparte y la ha afectado a su crédito. A partir de ello, obtiene la seguridad de que la eventualidad del incumplimiento o insolvencia de su contraparte no la perjudicará en gran medida, por cuanto de concretarse cualquiera de tales eventos, podrá sacar a remate la porción del patrimonio afecta a su crédito y hacerse cobro con el producto obtenido.

La garantía hipotecaria, por un lado, protege al acreedor contra el riesgo del incumplimiento, atendiendo a que de concretarse el mismo, el titular del crédito podrá hacerse cobro con el producto obtenido del remate, en un lugar preferente al de otros posibles acreedores.

Además, también lo protege contra la eventualidad de la insolvencia de su deudor, en la medida que al haberse afectado al crédito una porción predeterminada de su patrimonio, no interesa lo que pueda suceder con su patrimonio general. Es decir, el acreedor hipotecario ya no tendrá que preocuparse por la situación patrimonial de su deudor y la posibilidad de que devenga en insolvente, por cuanto su crédito se encuentra garantizado por una porción predeterminada que tiene por virtud substraerse a lo que pudiera sucederle al patrimonio general.

Las misma eficacia de una garantía real de hipoteca para proteger al acreedor contra la "desventaja estratégica", la encontramos en la garantía prendaria aplicable para el caso de los bienes muebles.

En consecuencia, las instituciones de garantías reales cumplen un papel fundamental en la contratación moderna, al reducir los costos de información (costos de transacción) propios de los contratos con prestaciones de ejecución diferida, teniendo en consideración que al momento de contratar, la parte que cumple primero con la prestación a su cargo ya no tendrá que incurrir en los costos propios de incorporar a su cálculo costo-beneficio el riesgo del incumplimiento de su contraparte, y que tampoco tendrá que incurrir en los costos propios de incorporar a su cálculo de utilidad el riesgo de que su contraparte devenga en insolvente. A quien cumple primero con su prestación le bastará con acudir a los

registros públicos y determinar qué bien del deudor inscrito (o inscribible) podría garantizar adecuadamente su acreencia o, en todo caso, con escoger algún bien mueble de su deudor que constituya una garantía suficiente y afectarlo con una garantía prendaria a su crédito.

1.4.1 Función estática y derecho preferencial

La protección que otorgan las garantías reales a aquella parte de la relación contractual que cumple primero con su prestación, viene dada por el derecho preferente para el cobro que otorgan en caso de incumplimiento.

Dicho derecho preferencial se constituye pues en un elemento fundamental de las garantías reales. Si dicha preferencia no es respetada, la utilidad de las garantías reales como mecanismo que permite que los intercambios se produzcan sin distorsiones, resulta siendo totalmente negada.

Ahora bien, para que este derecho preferencial sea respetado por todos debe ser también conocible por todos, en la medida que a nadie se le puede exigir el respeto de un derecho que no conoce o que, en todo caso, no estaba en la posibilidad de conocer. En tal sentido, nuestro legislador, al consagrar el sistema de garantías reales ha cuidado también en establecer los mecanismos de reconocibilidad necesarios para otorgarles una adecuada publicidad¹.

En el caso de la garantía real de hipoteca, el mecanismo de reconocibilidad consagrado es la inscripción registral, y en el caso de la prenda civil de bienes no registrables, la desposesión del deudor. A través de tales mecanismos se logra que el acreedor prendario o hipotecario publicite su derecho de preferencia frente a terceros, y de esa forma lo pueda oponer frente a todos ellos.

En otras palabras, la consagración de un signo de reconocibilidad garantiza al acreedor hipotecario o prendario un "*status*", según el cual su derecho preferente al cobro no podrá verse disminuido o perjudicado a menos que él llegara a prestar su consentimiento para ello. Se consagra pues una titularidad de oponibilidad absoluta sobre una porción predeterminada del patrimonio de su deudor.

Es justamente esta función estática de los derechos reales de garantía la que los convierte en una institución idónea para proteger a la parte que cumplió primero con su prestación contra la "desventaja

estratégica" inherente a este tipo de operaciones. Si el derecho preferencial para el cobro otorgado no fuera oponible a todos (si mi "*status*" no estuviera garantizado), entonces no protegería al acreedor contra el riesgo del eventual incumplimiento o el riesgo de la insolvencia de su contraparte, porque podría surgir un tercero que, alegando un mejor derecho opuesto o incompatible con el suyo, fuera finalmente preferido al momento del cobro.

1.4.2 Función dinámica

De igual forma, las instituciones de garantías reales cumplen una función dinámica, en tanto posibilitan que los intercambios de recursos se produzcan en términos eficientes y sin distorsiones de ningún tipo, toda vez que, como se ha explicado, logran reducir los costos de información en la medida que ya no será necesario incurrir en los costos propios de valorar económicamente el riesgo de la "desventaja estratégica".

En consecuencia, en las instituciones de garantías reales se combinan tanto la función estática como la dinámica, todo lo cual posibilita que los recursos escasos sean asignados a usos más valiosos a través de este tipo de operaciones de intercambio.

1.5 Los privilegios de créditos

En los puntos anteriores nos hemos referido a las preferencias que surgen en virtud de la constitución de un derecho real de garantía. Es preciso revisar ahora las preferencias surgidas a partir de la consagración legal de los privilegios de créditos.

Para que surja la preferencia que otorgan los privilegios de créditos basta con la consagración legal de los mismos, no siendo necesario el cumplimiento de ninguna formalidad para tal efecto. La característica de los privilegios de créditos antes mencionada se conoce en doctrina como carácter de "informalidad".

En el caso de las garantías reales la fuente de la preferencia es la voluntad de las partes y el derecho preferente surge a partir de la consagración del signo de reconocibilidad. En cambio, en el caso de los privilegios de créditos, la fuente última de la preferencia es la ley que consagra el privilegio, y el derecho preferente surge no a partir del nacimiento del crédito, ni a partir de la consagración de algún mecanismo de reconocibilidad (que, como se ha explicado no es necesaria), sino a partir de la entrada en vigencia de la norma que consagra el privilegio.

¹ Al respecto ver BULLARD, Alfredo. La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones. Págs. 255-258.

1.5.1 Alcances de la preferencia que otorgan

Los privilegios de créditos, al igual que las garantías reales, otorgan al acreedor en “desventaja estratégica” un derecho preferente para el cobro que los protege contra la eventualidad del incumplimiento.

Dentro de los privilegios de créditos puede además hacerse la distinción entre los alcances de la protección que otorgan los privilegios especiales y los alcances de la protección que otorgan los privilegios generales.

En virtud de los privilegios especiales, el acreedor privilegiado no sólo resulta protegido contra la eventualidad del incumplimiento, sino, además, contra la eventualidad de la insolvencia, en virtud de que por su carácter de especiales dichos privilegios gravan una porción predeterminada e individualizada del patrimonio del deudor que se substraer de lo que pudiera sucederle a su patrimonio general.

En cambio, los privilegios generales que gravan el patrimonio general del deudor, otorgan una protección contra el incumplimiento, pero que no se encuentra garantizada totalmente, por cuanto en la eventualidad de la insolvencia, puede que el acreedor finalmente resulte impago por extinción del patrimonio de su deudor, dependiendo del orden de preferencia que le corresponda al crédito privilegiado.

1.5.2 Escasez y oponibilidad de derechos

Para garantizar la seguridad jurídica y predictibilidad que exige el desenvolvimiento de las relaciones interindividuales, algunas relaciones jurídicas requieren únicamente de una publicidad al nivel normativo. Sin embargo, existen otras que requieren de un segundo nivel de publicidad en tanto tienen por finalidad garantizar la oponibilidad absoluta de un derecho que gira en torno a un recurso que ha sido considerado como escaso.

Dicho segundo nivel de publicidad consiste en hacer conocible el contenido de la relación jurídica en cuestión frente a todos los sujetos a quienes se pretende oponer el derecho en cuestión.

Cabe preguntarse entonces dentro de qué tipo de relaciones jurídicas se encuentran aquellas que surgen a partir de la consagración legal de los privilegios de créditos.

Cuando se consagra un privilegio (ya sea un privilegio general o especial) se otorga un derecho prefe-

rente que, para ser verdaderamente tal y constituirse en un mecanismo eficaz de protección contra la “desventaja estratégica” que tienen que afrontar quienes celebran contratos con prestaciones de ejecución diferida, debe ser oponible a otros derechos de preferencia que pudieran constituirse con posterioridad sobre el mismo patrimonio o bien.

La relación jurídica que se constituye en virtud de la consagración de un privilegio, es de aquellas que tiene de un lado de la relación jurídica al sujeto titular del crédito privilegiado y del derecho preferente al cobro y, del otro lado, a todos los demás individuos sujetos de derechos.

Es una relación jurídica que otorga derechos de preferencia sobre el patrimonio del deudor, el mismo que en tanto recurso finito afecta a los créditos que pudieran haberse garantizado, se constituye en un recurso escaso. El patrimonio del deudor resulta de trascendental importancia por su capacidad para garantizar y con ello viabilizar una serie de operaciones de intercambio con prestaciones de ejecución diferida, por lo que el sistema jurídico debe procurar establecer las bases para utilizar dicho recurso escaso de la forma más eficiente y racional posible.

Desde nuestro punto de vista la eficiencia en la utilización de dicho recurso deberá medirse en función de su utilidad para garantizar adecuadamente contra la “desventaja estratégica” el mayor número de operaciones de ejecución diferida que sea posible. Dicho en otras palabras, en su idoneidad para constituirse en una garantía capaz de reducir la mayor cantidad de costos de transacción posibles y, con ello, posibilitar en mayor medida la asignación de recursos a usos más valiosos.

De lo expuesto se desprende que las relaciones jurídicas que surgen con motivo de la consagración legal de privilegios, son del tipo de aquellas que requieren, en primer lugar, de una publicidad a nivel normativo y, en segundo lugar, de una publicidad del contenido de la relación jurídica, nivel este último que permitirá lograr la oponibilidad de derechos requerida para un uso eficiente y racional del patrimonio del deudor, que sea acorde con sus niveles de escasez.

1.5.3 Oponibilidad y signos de reconocibilidad

La oponibilidad de derechos solamente puede surgir a partir de la consagración de un mecanismo de reconocibilidad que otorgue una publicidad adecuada al nivel de oponibilidad que se pretende obtener. Es decir, el grado de oponibilidad del derecho en cuestión siempre deberá estar en relación

directamente proporcional al nivel de publicidad que brinda el mecanismo de reconocibilidad consagrado².

Así, si lo que se pretende es oponer un derecho de preferencia a todos los demás sujetos de derechos, deberá entonces consagrarse un mecanismo de reconocibilidad que sea capaz de otorgar una publicidad que haga que el contenido del derecho de preferencia otorgado sea susceptible de ser conocido por todos los sujetos de derechos ante quienes éste se pretende oponer.

Sin embargo, en el caso de los privilegios de créditos sucede exactamente lo contrario.

Tanto para el caso de los privilegios generales, como para el caso de los privilegios especiales, la preferencia que se consagra tiene publicidad solamente a nivel normativo, y no existen los mecanismos de reconocibilidad que permitan conocer el contenido del derecho que se otorga. Empero, a pesar de que únicamente se consagra una publicidad a nivel normativo que permite conocer el crédito protegido por el privilegio y el grado de la preferencia que se le otorga, se establece que la oponibilidad de la preferencia consagrada, que no es conocida ni conocible por los sujetos que son materia de la exclusión, será absoluta.

Con ello, la predictibilidad y seguridad jurídica requeridas terminan siendo totalmente desvirtuadas, con el consiguiente perjuicio que ello significa para la contratación y la asignación de recursos a usos más valiosos.

1.5.4 Privilegios de créditos vs. derechos reales de garantía

Lo mencionado en el punto anterior preocupa aún más cuando confrontamos nuestro sistema de derechos reales de garantía con nuestro sistema de privilegios.

Tanto los derechos reales de garantía como los privilegios de créditos tienen por virtud otorgar al titular del crédito protegido un derecho preferente para el cobro. En tal sentido, nuestro sistema de garantías reales y nuestro sistema de privilegios de créditos forman parte de un sistema general que podríamos convenir en llamar sistema general de preferencias.

Ahora bien, el adecuado funcionamiento de dicho sistema general de preferencias dependerá en gran

medida de que el sistema de garantías reales y el sistema de privilegios de créditos se logren acoplar armónicamente en lo que se refiere a la consagración legislativa, campo en el cual nuestros legisladores deberán procurar que haya una regulación clara, coherente y sistemática; y, por el otro, en lo que se refiere a los efectos de ambos institutos en su aplicación práctica.

En lo que se refiere a los problemas que en su aplicación conjunta presenta nuestro sistema de garantías reales y nuestro sistema de privilegios de créditos, a partir de algunas premisas generales que expondremos a continuación, nos proponemos obtener conclusiones importantes para los fines del presente artículo.

En nuestra legislación constitucional e infraconstitucional se han consagrado privilegios de créditos "sui generis" que ubican a los créditos de origen laboral que son objeto de su protección por encima incluso de los créditos que han sido protegidos a través de la consagración de un derecho real de garantía. Este tipo de privilegio se encuentra consagrado en nuestra legislación únicamente a favor de los créditos por remuneraciones y beneficios sociales y se conoce en la doctrina general como el "superprivilegio" del crédito laboral.

Utilicemos un ejemplo para graficar las serias distorsiones que en el intercambio de bienes ocasiona la consagración legal de privilegios de créditos que otorgan un derecho preferente para el cobro que los ubica por encima de las preferencias otorgadas por los derechos reales de garantía:

Ejemplo 1: El titular de la empresa "X" con la finalidad de llevar a cabo nuevas inversiones en bienes de capital que le permitan incrementar su capacidad productiva, solicita un préstamo a un conocido empresario "Y". "Y" conviene en otorgar el préstamo solicitado siempre y cuando el titular de la empresa "X" constituya a su favor una primera y preferencial hipoteca sobre el inmueble de propiedad de la empresa "X" donde ésta se encuentra ubicada.

Finalmente, la operación entre "X" e "Y" se concreta. Ello, en virtud de que, por un lado, "Y" al desembolsar el dinero a favor de "X" sin recibir nada a cambio, se ha sentido protegido contra la "desventaja estratégica" que ello significa, por cuanto se ha constituido una primera y preferencial hipoteca a su favor que lo protege contra la eventualidad del incumplimiento e insolvencia de su contraparte.

² Ibidem, pág. 323.

Es decir, gracias a la existencia de un sistema de garantías reales que protege a aquella parte de la operación que cumple primero con su prestación y que, por lo tanto, reduce los costos de transacción inherentes a este tipo de contratos (costos de información), el intercambio de recursos se produce sin distorsiones de ningún tipo y los recursos logran ser asignados eficientemente.

Por un lado, "X" al realizar su análisis costo beneficio ha determinado que los intereses que le tendrá que pagar a "Y" por el préstamo otorgado, son bastante menores que los intereses que le hubiera exigido cualquier institución financiera. Asimismo, de acuerdo a la información que le ha proporcionado su asesor financiero, la inversión realizada en bienes de capital para incrementar la capacidad productiva de la empresa, le redituará en un corto plazo utilidades muy importantes. En conclusión, la operación realizada le reportará a "X" importantes ganancias.

En lo que se refiere a "Y", luego de efectuar su análisis costo beneficio, por un lado, determina que los intereses que le pagará "X" por el préstamo otorgado son bastante mayores que los intereses que recibiría si tuviera su dinero depositado en algún Banco. Asimismo, considera que el riesgo de incumplimiento e insolvencia de su contraparte no lo tiene que incorporar como un costo adicional a su cálculo de utilidad, en virtud de que "X" ha constituido a su favor una primera y preferencial hipoteca que le otorga un derecho preferente para el cobro de oponibilidad absoluta que, por lo tanto, lo protege contra tales eventualidades. En tal sentido, con esta operación "Y", al igual que "X", también obtiene una ganancia importante.

En conclusión, si "X" e "Y" no se han equivocado en su análisis costo - beneficio, con esta operación de intercambio ambos resultan ganando, con lo cual, aparentemente, se habría producido un intercambio de recursos eficiente.

Sin embargo, durante la ejecución del contrato los hechos demostraron que el cálculo de utilidad efectuado no fue correcto:

Luego de transcurridos los seis primeros meses después de celebrado el contrato, durante los cuales "X" había cumplido puntualmente con amortizar mensualmente lo que correspondía al capital más los intereses pactados, se produce una disminución considerable en la venta de sus productos, con lo cual sus ingresos se ven seriamente reducidos.

Ello conlleva que durante los meses siguientes "X" se vea imposibilitado de continuar pagándole a

"Y" y a otros tantos acreedores más. Ante ello, "X" opta por solicitar su declaratoria de insolvencia a la Comisión de Salida del Mercado del INDECOPI, la misma que lo declara insolvente luego de verificar la reducción de su patrimonio en más de dos terceras partes. Posteriormente, en Junta de Acreedores se acuerda que "X" ingrese a un procedimiento de liquidación.

Luego de haber efectuado la graduación de los créditos correspondiente, en primer lugar son pagados los trabajadores de la empresa "X", a favor de los cuales existen fuertes deudas por beneficios sociales y créditos laborales impagos. El primer lugar de los trabajadores en el orden de pagos, como sabemos, les viene otorgado por el "superprivilegio" del crédito laboral consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política del Perú, así como en el artículo 24 de la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo 845.

Luego de terminar de pagar los créditos de los trabajadores, los activos de la empresa "X" se extinguen en su totalidad.

Con ello, el crédito de "Y" finalmente resulta siendo afectado por la insolvencia de su contraparte, a pesar de que "Y" había sido lo suficientemente diligente como para exigir la constitución e inscripción de una primera y preferencial hipoteca a su favor, la misma que como tal, se suponía le otorgaba un derecho preferente para el cobro de oponibilidad absoluta.

Dicho en otras palabras, el crédito de "Y" ha terminado siendo perjudicado por la concreción de un riesgo (el riesgo de la insolvencia de su contraparte) que "Y" jamás incorporó en su cálculo de utilidad, lo que significa que su análisis costo beneficio no fue adecuado.

En conclusión, luego de haberse concretado el riesgo de la insolvencia de "X", el intercambio de recursos que se produjo entre "X" e "Y" resultó ser un intercambio ineficiente. En este caso el privilegio consagrado a favor del crédito laboral restó total utilidad a la garantía real de hipoteca constituida a favor de "Y". Una preferencia a favor de los créditos laborales que si bien era conocida por "Y" o, en todo caso, se presumía conocida, por cuanto estaba consagrada a nivel de norma constitucional y otras normas de menor rango, no era ni podía ser conocida (a un costo razonable) en cuanto al monto de los créditos que protegía.

Se ha consagrado en consecuencia el absurdo de que una preferencia de contenido oculto frente a terce-

ros, termina siendo preferida y opuesta frente al titular de una preferencia que sí tenía un contenido conocido o conocible porque había sido debidamente publicitada a través de la inscripción registral. Así, según nuestro sistema general de preferencias, las preferencias de contenido oculto tienen oponibilidad absoluta, y las preferencias de contenido debidamente publicitado, en cambio, no la tienen.

Si los privilegios de créditos, a pesar de su falta de publicidad, otorgan preferencias oponibles incluso por sobre las preferencias obtenidas a través de la constitución de derechos reales de garantía, para quienes constituyan derechos reales de garantía ya no habrá la seguridad de que su crédito se encuentra debidamente protegido contra el riesgo de incumplimiento e insolvencia de su contraparte. El que cumple primero ya no se encontrará debidamente protegido contra la "desventaja estratégica" inherente a este tipo de contratos y los costos de transacción propios de incorporar a su cálculo costo-beneficio el riesgo del incumplimiento e insolvencia (costos de obtener la información y otorgarle un valor cierto), resultarán demasiado elevados y harán sumamente costoso e incierto el intercambio.

En el ejemplo anterior, si bien "Y", por la presunción de conocimiento objetivo del ordenamiento legal, conocía de la existencia de la norma que consagraba el superprivilegio a favor del crédito laboral, al momento de efectuar su análisis costo-beneficio no incorporó en su cálculo el riesgo de que los créditos de los trabajadores fueran tales que llegaran a agotar totalmente el activo de su deudor en caso de insolvencia.

Bajo tales reglas, los intercambios que se produzcan serán en la mayoría de los casos intercambios en los cuales las partes se han visto obligadas a librar sus decisiones al azar, con lo cual muchas de las asignaciones de recursos finalmente se concretarán en términos ineficientes. Habrán otros intercambios que no se concretarán, lo que también en la mayoría de los casos puede significar una asignación ineficiente de recursos. En conclusión, la sociedad entera a nivel macroeconómico se verá seriamente perjudicada por este continuo y creciente desperdicio de recursos que se produce en un mundo en el cual tales recursos resultan ser cada vez más escasos.

Ejemplo 2: Utilizando los mismos protagonistas del ejemplo anterior, imaginemos que "Y" conoce que la garantía de hipoteca constituida e inscrita a su favor lo protege en alguna medida contra la eventualidad del incumplimiento de su contraparte pero, no totalmente, por cuanto sabe también que en

caso de insolvencia de su deudor se pagarán primero los créditos de los trabajadores.

Entonces "Y" tendrá que incorporar a su cálculo costo-beneficio el riesgo de que su contraparte devenga en insolvente y de que sus deudas laborales sean tales que no le permitan cumplir con sus demás acreedores.

Pero, ¿cómo determinar y valorar dicho riesgo? En primer lugar habría que evaluar la coyuntura económica general y, con base en ello, determinar las probabilidades de que una empresa del giro de la empresa "X" devenga en insolvente. Asimismo, habría que evaluar la empresa "X" en concreto, estudiando minuciosamente su situación financiera actual, así como sus proyectos a futuro.

Por otra parte, habría que conocer el número de trabajadores de la empresa "X" que se encontrarían protegidos por el "superprivilegio" del crédito laboral y, conjuntamente con lo anterior, determinar las deudas por beneficios sociales o créditos laborales que tiene la empresa con ellos.

Con toda esa información a su disposición, probablemente "Y" se encontraría en la posibilidad de evaluar en términos económicos el riesgo de que su contraparte devenga en insolvente y, con ello, en imposibilidad de satisfacer su crédito. Empero, como es obvio, obtener toda la información mencionada no sólo retrasará un buen tiempo la operación con los costos de oportunidad que ello significa, sino que además significará asumir otros costos adicionales.

Asimismo, una vez obtenida la información, no necesariamente habrá la certeza de que es totalmente cierta, por cuanto el empresario "X" puede muy bien haberse reservado algunos problemas de la empresa que no consideró conveniente divulgar. De igual forma, gran parte de la información obtenida estará sujeta a variaciones constantes, con lo cual, para una certeza plena, será necesario quizá una fiscalización permanente, en otras palabras, mayores costos todavía.

Por ejemplo, la coyuntura económica como sabemos está sujeta a variaciones constantes; de otro lado, obsérvese que el número de trabajadores de la empresa es otra variable que suele modificarse, ya sea por el despido de algunos o por la contratación de otros nuevos; asimismo, el cálculo generalmente se verá distorsionado por sus obvias limitaciones para incorporar dentro del número de trabajadores considerados, al universo de trabajadores que no aparece en planillas, práctica que como sabemos es muy común en nuestro país.

Incluso una vez obtenida toda la información necesaria, una tarea también bastante difícil será evaluar con certeza a partir de ella el riesgo de celebrar el contrato.

En conclusión para "Y", que conoce muy bien nuestra normativa sobre privilegios y preferencias y, por lo tanto, los riesgos de contratar en el Perú, resultará sumamente costoso otorgarle el préstamo a "X"; y dados los altos costos de obtener la información que necesita, y la falta de certeza que implicaría el no obtenerla, "Y" finalmente se decide por no contratar con "X".

Con ello, se habría producido una asignación subóptima de recursos ya que, como sabemos, de concretarse dicha operación tanto "X" como "Y" habrían obtenido ganancias que redundarían en una mejora social.

En consecuencia, tanto en el primer como en el segundo ejemplo los privilegios de créditos imponen serias trabas a la asignación eficiente de recursos. Obsérvese entonces que la consagración del "superprivilegio" del crédito laboral perjudica seriamente el funcionamiento y la utilidad de nuestro sistema de garantías reales y, con ello, a la larga ocasiona un serio desperdicio de recursos.

Ante la constatación de este grave problema, no nos queda claro a estas alturas cuál es el papel que en el contexto del mundo moderno le corresponde al "superprivilegio" del crédito laboral. Con la finalidad de dilucidar lo anterior, a continuación haremos un ejercicio teórico imaginando qué sucedería si es que dicho privilegio no hubiera sido recogido por nuestro ordenamiento.

1.5.5 Un mundo sin privilegios

Ubiquémonos en un mundo en el cual nuestro sistema general de preferencias estuviera constituido solamente por las preferencias que otorgan los derechos reales de garantía, y donde las preferencias surgidas a partir de la consagración legal de privilegios no tienen cabida.

En primer lugar, en lo que se refiere al tráfico de bienes, sin duda, se experimentaría un cambio sustancial. Los agentes económicos al momento de contratar tendrían la seguridad plena de que la constitución de un derecho real de garantía a favor de su crédito los protege totalmente contra la eventualidad del incumplimiento e insolvencia de su contraparte.

Su derecho preferente para el cobro, a partir de la consagración del signo de reconocibilidad (regis-

tro o desposesión), obtendría la publicidad necesaria para hacerlo oponible frente a todos los demás sujetos de derechos. Con ello, el titular del derecho tendría un "status" debidamente garantizado que lo protegería adecuadamente contra la "desventaja estratégica" inherente a los contratos con prestaciones de ejecución diferida.

Su derecho solamente podría verse perjudicado por un derecho constituido sobre el mismo bien, publicitado con anterioridad al suyo. Así por ejemplo, la garantía de hipoteca sobre un inmueble inscrita, solamente podría verse perjudicada por una hipoteca constituida sobre el mismo inmueble que hubiere sido registrada con anterioridad.

Sin embargo, debe notarse que en este caso el agente que se ve perjudicado por la hipoteca inscrita en fecha anterior tenía conocimiento no sólo de las implicancias de dicha relación jurídica de hipoteca (conocimiento del marco normativo), sino que además tenía pleno conocimiento del contenido de dicha relación. La publicidad que otorga el registro le permitió conocer a bajo costo hasta por qué monto ya se encontraba gravado dicho inmueble y, por lo tanto, estaba en la posibilidad de determinar si de acuerdo al valor de mercado del inmueble, éste todavía era idóneo para garantizar un monto como el de su crédito.

Por otro lado, la posibilidad (siempre presente) de que el conocimiento objetivo del marco normativo no coincida con el conocimiento subjetivo, no afectará el intercambio de recursos, por cuanto el mecanismo de reconocibilidad consagrado permitirá siempre a los agentes económicos conocer a bajo costo los derechos de preferencia que les son oponibles y los que no lo son, con lo cual sus decisiones no podrán verse distorsionadas.

En consecuencia, con un sistema de garantías reales como el mencionado, en el cual las preferencias que se constituyen son conocibles en cuanto a su contenido y a bajo costo, los agentes económicos cuentan con la información suficiente para no cometer errores en su cálculo costo - beneficio y, dado los presupuestos de racionalidad e interés en maximizar beneficios, contratar en términos eficientes.

Sin las distorsiones ocasionadas por el "superprivilegio" del crédito laboral el sistema de garantías reales se constituye en un mecanismo idóneo para reducir costos de transacción y, de esa forma, poner a disposición de los individuos la información necesaria que les permita tomar decisiones racionales que conlleven una asignación eficiente de recursos. En conclusión, en un mundo sin privilegios de

créditos no habría un desperdicio de recursos, en cambio, en un mundo con privilegios sí.

Hasta aquí, la opción entre un mundo sin privilegios o un mundo con privilegios parece obvia. La opción más razonable y acorde dentro de un mundo donde los recursos son cada vez más escasos y donde, por ello, se debe procurar por una asignación eficiente de recursos, es un mundo sin privilegios.

Empero, para ser más justos, antes de emitir una opinión final recordemos brevemente algunos de los fundamentos esgrimidos por la doctrina tradicional para sustentar la consagración de privilegios, con la finalidad de analizar su solidez a partir de la argumentación desarrollada.

1.6 Solidez de la argumentación tradicional

El fundamento principal para consagrar un superprivilegio a favor de los créditos por remuneraciones y beneficios sociales, es el carácter alimentario que les es inherente. Se sostiene que tal carácter, unido al hecho de que generalmente constituyen la única fuente de ingreso para el trabajador y su familia, son elementos suficientes como para que el legislador les otorgue un trato diferenciado con respecto a los créditos de otra naturaleza.

En nuestra opinión, éstos argumentos son válidos y deben, por lo tanto, llevarnos a otorgar un tratamiento especial a los créditos laborales. Empero, tal trato especial no puede bajo ningún concepto implicar otorgar un privilegio para el crédito laboral que ocasione en el intercambio de recursos las serias distorsiones que hemos explicado.

Debemos procurar encontrar una solución que, por un lado, no descuide ni deje desprotegidos los intereses de los trabajadores, pero que, a su vez, tampoco deje de tomar en cuenta las consecuencias económicas y sociales de la aplicación de la institución por la que finalmente se opte.

Bajo nuestro punto de vista, el costo social de tener consagrado un superprivilegio como el que conocemos, es demasiado elevado en comparación con el beneficio que el mismo reporta para quienes resultan por ellos protegidos (trabajadores). En consecuencia, debemos procurar encontrar un mecanismo de protección de tales intereses que no resulte tan costoso.

Debe tenerse presente que cuando gracias al "superprivilegio" del crédito laboral se logra proteger a un número determinado de trabajadores frente a la liquidación o quiebra de una empresa, del

otro lado, justamente por la consagración de dicho "superprivilegio" oculto, se han perjudicado un número no determinado de operaciones de intercambio que se concretaron en términos ineficientes, y otro, también indeterminado y quizás indeterminable de operaciones que no se llegaron a concretar, lo que también resultó ser ineficiente.

A pesar de que no manejemos cifras exactas que nos permitan, por un lado, evaluar con certeza el beneficio que significa el proteger a los trabajadores y, por el otro, valuar el costo de que se hayan producido o no una serie de operaciones de intercambio en términos ineficientes, consideramos que los beneficios que en términos sociales puede significar la consagración del "superprivilegio" del crédito laboral, son bastante menores que los costos que ocasiona.

Debe tenerse presente que desproteger el crédito privado (que es lo que sucede con la consagración del "superprivilegio" mencionado) tiene graves repercusiones a nivel macroeconómico, que no sólo las padecen los sujetos privados perjudicados directamente, sino que finalmente redundan en un perjuicio para los mismos sujetos protegidos por tal privilegio.

Ello sucede por ejemplo, cuando el empresario "X" de nuestros ejemplos anteriores no logra obtener el préstamo que necesitaba para invertir dinero en bienes de capital y con ello incrementar su capacidad productiva. Como es evidente, si se lograba incrementar la capacidad productiva, la demanda por puestos de trabajo de dicha empresa se iba a ver incrementada también, lo que se constituía entonces en un beneficio para la clase trabajadora. En cambio, al no haberse podido concretar el otorgamiento del crédito, no será posible incrementar la capacidad productiva y, en consecuencia, tampoco se incrementará la demanda por puestos de trabajo.

Asimismo, el incrementar la capacidad productiva, de una u otra forma iba a redundar en mayores utilidades para el empresario, lo que sin duda se iba a reflejar en una mayor capacidad de pago de sus créditos pendientes (tanto con sus trabajadores, como con otros acreedores), lo que hubiera evitado la liquidación que finalmente se produjo. En otras palabras, los trabajadores no sólo hubieran visto cancelados sus créditos, sino que además hubieran continuado contando con un puesto de trabajo. Por otro lado, el Fisco no sólo habría logrado cobrar sus créditos, sino que además habría podido seguir contando con una empresa en el mercado que tributara y con ello continuara contribuyendo a incrementar los fondos fiscales.

Obsérvese entonces que los privilegios de créditos no sólo perjudican el crédito privado directamente, sino que a la larga significan un perjuicio también para los propios sujetos que se pretende tutelar. Ello, nos lleva a reafirmarnos, ahora con mayor convicción, en nuestra conclusión anterior de que los beneficios propios de la consagración de privilegios (si es que existen) son bastante menores que los costos sociales que se ocasionan con su consagración.

2. LIQUIDACION DE EMPRESAS Y PRIVILEGIOS

2.1 La liquidación entendida como un momento de intercambio

Hasta esta parte del presente artículo hemos analizado las serias distorsiones que ocasionan los privilegios de créditos en el intercambio de recursos que se produce a través de operaciones de intercambio interindividuales. Sin embargo, existen otras formas de intercambiar recursos en las cuales, como veremos, los privilegios de créditos también juegan un papel importante. Tal es el caso de las liquidaciones de empresas.

Cuando el patrimonio de una empresa se liquida se produce una reasignación de recursos por la cual los recursos que antes venían siendo utilizados en su funcionamiento son reasignados a nuevas actividades. Así, los empresarios que antes invertían dinero y esfuerzos en una determinada actividad, una vez producida la liquidación, buscarán invertir sus recursos en un nuevo negocio. Por otro lado, los trabajadores que antes prestaban sus servicios invirtiendo tiempo y energías, una vez concluida la liquidación, necesariamente tendrán que buscar una nueva actividad.

Asimismo, los recursos disponibles de la empresa al momento de la liquidación se utilizarán para pagar sus deudas hasta donde sea posible, produciéndose un intercambio que pretende de alguna manera “resarcir” a los acreedores que resultaron perjudicados con la quiebra.

La liquidación del patrimonio de una empresa debe entonces ser entendida como un verdadero momento de intercambio, para el cual los legisladores deben procurar establecer las bases necesarias que garanticen que dicha reasignación se produzca en los términos más eficientes posibles para la sociedad.

2.2 Papel tradicional de los privilegios de créditos

Ahora bien, ¿qué papel se supone les corresponde a los privilegios de créditos frente al problema de la liquidación del patrimonio de una empresa?

Tradicionalmente se entendía que cuando una empresa entraba en un proceso de crisis al final del cual devenía en insolvente, lo más eficiente era liquidar sus bienes lo antes que fuera posible a fin de, por lo menos, lograr satisfacer los créditos de aquellos acreedores que se encontrasen ubicados en los primeros lugares de la prelación.

Las relaciones económicas se daban principalmente entre comerciantes individuales y algún o algunos acreedores. Entonces, puesto un único acreedor frente a su deudor, era evidente que la solución por la que optara el acreedor, dejando que continúe el negocio o liquidándolo para hacerse cobro, iba a ser siempre la más eficiente en términos sociales por cuanto el único interés en juego era el suyo, y nadie mejor que él mismo (dado el presupuesto de racionalidad y maximización de beneficios) para definir lo más aconsejable a sus intereses.

Los intereses que se veían afectados por la liquidación eran los de unos cuantos acreedores y, por ello es que la legislación debía encaminarse a procurar otorgarles una adecuada protección.

Dentro de este esquema, los privilegios de créditos se constituían entonces en un mecanismo necesario, por el cual se ubicaba en los primeros lugares de la prelación a aquellos créditos que representaban intereses que merecían una tutela especial, como por ejemplo, los créditos laborales y los créditos fiscales. De esa forma, se lograba que los créditos que se entendían como más importantes no resultarían desprotegidos frente a la crisis de una empresa, perjudicándose tan sólo aquellos créditos de menor importancia.

La institución de la quiebra trabajando en forma conjunta con la institución de los privilegios de créditos, eran los mecanismos que permitirían que la reasignación de los recursos se produjera de la forma más eficiente posible.

Hoy en día la visión respecto del problema de la quiebra es totalmente distinta.

En primer lugar, asistimos a un contexto dentro del cual la tendencia es la concentración de grandes grupos empresariales a través de fusiones de grandes empresas, consorcios, asociaciones en participación, “*joint ventures*”, todo ello con la finalidad de reducir costos operacionales e incrementar, con ello, competitividad y márgenes de utilidad. Grandes empresas que buscan cada vez con más éxito internacionalizar sus mercados, importando algunos insumos cuando ello es conveniente, y exportando sus productos o servicios.

Los intereses envueltos en el problema de la quiebra han dejado de ser únicamente los intereses de unos cuantos acreedores. Ahora se ha entendido que cuando una empresa se liquida o quiebra, dependiendo de las magnitudes de ésta, pueden verse perjudicados seriamente también los intereses de sus proveedores, que dejarían de contar con un cliente importante; del Estado que perdería una empresa que siga tributando y contribuyendo al incremento de los fondos fiscales; de los trabajadores que no sólo se verían perjudicados en tanto acreedores, sino principalmente en tanto empleados que dejarían de contar con la fuente de su sustento personal y familiar; de los consumidores, que verían disminuidas sus alternativas para elegir entre los servicios y productos que les ofrece el mercado; y de la sociedad en general, etc.

Frente a este nuevo contexto, se ha comprendido que la alternativa de la quiebra significa en realidad perjudicar todos los intereses mencionados en el párrafo anterior, lo que constituye un costo social demasiado elevado. En tal sentido, hoy en día la quiebra ha pasado a convertirse en la última alternativa, a la que se recurre únicamente cuando ya no hay otra salida que resulte más eficiente en términos económicos.

Cabe entonces preguntarse cuál es el papel que dentro de este nuevo contexto les corresponde a los privilegios de créditos.

2.3 Papel de los privilegios de créditos en el contexto actual

2.3.1 Reducción de costos de transacción

Los intereses implicados en la liquidación de una empresa son de la más diversa índole, y los particulares individualmente considerados, en su carrera por maximizar beneficios no son capaces de percibirlos todos para, a partir de ello, realizar un análisis costo - beneficio adecuado que les permita tomar la decisión más eficiente en términos sociales. Si ante la crisis empresarial el Estado dejara que la decisión final respecto de si se liquida o no a la empresa insolvente, se diera como consecuencia de la sumatoria de las decisiones de cada individuo particular perjudicado con tal situación, definitivamente, en virtud de que cada individuo solamente vería por sus propios intereses dejando de lado otros, se arribaría a una solución final ineficiente.

Esto sucedería, por ejemplo, si es que los perjudicados por la liquidación de la empresa iniciaran cada uno independientemente un proceso judicial de ejecución del patrimonio de su deudor. Así las

cosas, por un lado, los costos de ejecución serían sumamente altos, en tanto la sumatoria del costo de cada proceso individual, definitivamente resultaría mayor que los costos de un único proceso colectivo que prorrateara sus gastos entre todos. Asimismo, estos costos excesivos irían directamente en perjuicio de los propios acreedores por cuanto serían costos que tendrían que ser asumidos por la masa concursal, perjudicándose de esa manera la posibilidad de cobro de sus créditos.

De otro lado, si todos los acreedores se lanzan a la carrera de ejecutar el patrimonio de su deudor, terminarían cobrando primero aquellos que logran terminar su procedimiento de ejecución con anterioridad. Entonces, resultaría sumamente difícil respetar el orden de prelación que la legislación hubiera establecido.

Por otro lado, los costos de transacción propios de que cada individuo particular obtenga la información necesaria para tomar una decisión eficiente respecto del destino de la empresa serían demasiado elevados. Tendrían, por ejemplo, que conocer y reunir a todos los otros acreedores de la empresa, para conjuntamente con ellos determinar si dados los activos existentes y los altos costos del proceso de liquidación, conviene o no liquidar, tomando en cuenta que probablemente ello implicaría agotar los pocos recursos de la empresa. En otras palabras, los costos de determinar quiénes son las partes implicadas y luego reunir las a negociar resultan demasiado elevados.

Asimismo, los costos de determinar si la empresa tendría posibilidades de recuperación con una inversión de dinero "fresco" serían bastante altos si es que los tuviera que asumir individualmente cada uno de los individuos interesados.

Por otra parte, a pesar de que contaran con toda la información necesaria que les permitiera conocer todos los intereses en juego, los costos totales del proceso de liquidación con sus probables beneficios, y las posibilidades reales de una recuperación, solamente incorporarían en su decisión final aquellos elementos que les atañen directamente, por cuanto de acuerdo al presupuesto individualista, el único interés que tienen es maximizar sus propios beneficios, no importando las consecuencias que ello pudiera tener para los demás. Con ello, la decisión final no siempre sería la más óptima.

Ante la constatación de tales costos de transacción, El Estado debe procurar establecer las bases necesarias para corregir las distorsiones que ellos ocasionan en la asignación de recursos, con el objeto de

que la solución final ante la crisis empresarial sea siempre la más eficiente.

Así, están orientados a la reducción de tales costos los procedimientos colectivos de liquidación que al reunir todos los procedimientos contra el mismo deudor en uno solo, evitan los mayores costos que significa el que los individuos entablen procedimientos individuales independientes. Asimismo, el tener todas las pretensiones reunidas en un único procedimiento aporta mayor celeridad al trámite y evita resoluciones finales contradictorias, lo que constituye también una importante reducción de costos.

Por otro lado, nuestra legislación vigente en materia concursal prevé mecanismos que contribuyen a una reducción significativa de los costos asociados con reunir a los acreedores perjudicados con la crisis de la empresa. Así, en la Ley de Reestructuración Patrimonial se establece que en primer lugar deberá presentarse una solicitud de declaratoria de insolvencia ante la Comisión de Salida del Mercado del INDECOPI, y que una vez declarada la insolvencia, por periódico se convocará una Junta de Acreedores en la cual se decidirá el destino de la empresa. Este procedimiento, está encaminado precisamente a reducir los costos propios de identificar y reunir a negociar a las partes involucradas en la crisis de una empresa, quienes, sin duda, serán los más indicados para decidir su destino.

Por otro lado, nuestra nueva legislación en materia concursal prevé dos alternativas para que los acreedores decidan sobre el destino de la empresa: la reestructuración patrimonial, o la liquidación. Ello, también contribuye a reducir los costos propios de la negociación, en la medida que solamente se deberá discutir en torno a estas dos opciones.

En conclusión, todos los mecanismos mencionados se encuentran encaminados a reducir los costos de transacción que rodean el intercambio de recursos que se produce cuando una empresa entra en crisis, a tal punto que se posibilite, primero, identificar y reunir a los acreedores y, luego, una vez reunidos, que éstos puedan tomar una decisión eficiente respecto del destino de la empresa, ya sea ésta la reestructuración o la liquidación.

Sin embargo, debe tenerse en consideración además que toda crisis empresarial implica en sí misma un daño, que como tal puede ser prevenido o en todo

caso distribuido de la mejor forma posible. Así el Derecho, además de establecer las bases necesarias para reducir los costos de transacción implícitos en una crisis empresarial, debe procurar legislar de tal forma que el daño ocasionado por tal crisis pueda ser prevenido y que, de no ser ello posible, una vez concretado éste, pueda ser diluido de la mejor forma posible.

2.3.2 ¿Función preventiva de daños o función de reducción de costos?

La crisis de una empresa puede ser entendida como todo un proceso durante el cual se ocasionan una serie de costos para las partes implicadas. El daño propio de una crisis no se produce recién una vez que se inicia el procedimiento de declaratoria de insolvencia, sino que éste es un daño de concreción continua que empieza cuando la empresa comienza a incumplir el pago de sus deudas y que adquiere su máxima manifestación al momento de la quiebra, si ésta llega.

En tal sentido, para que la asignación de recursos se produzca de la forma más eficiente posible, no basta con que se reduzcan los costos de transacción que rodean la decisión final respecto del destino de la empresa a que hemos hecho referencia en el punto anterior, sino que, además, deben establecerse las bases necesarias que posibiliten -si es posible y si los costos de hacerlo lo justifican- que los procesos de crisis sean desincentivados y prevenidos o que, en todo caso, sus costos sean distribuidos de la mejor forma.

El sistema de responsabilidad civil extracontractual aparece como necesario en aquellos casos en los cuales los altos costos de transacción impiden que las partes involucradas en el intercambio logren asignar los recursos de la forma más eficiente.

La crisis de una empresa constituye un daño para el titular de la misma, sus acreedores, y para la sociedad en general. Ahora bien, por la diversidad de partes e intereses implicados y, sobre todo, por la dificultad de valuar el costo del daño que podría producirse, resulta sumamente difícil, por no decir imposible, que tales individuos a través de un acuerdo interpartes lleguen a una solución que permita una asignación de recursos eficiente³.

Así por ejemplo, resulta impensable que el empresario "X" de nuestros ejemplos anteriores, al mo-

³ Estamos ante un caso en el cual los elevados costos de transacción hacen imposible que el intercambio eficiente se produzca a partir de un acuerdo interpartes.

mento de constituir su empresa efectúe un análisis costo - beneficio que incluya entre sus cálculos los costos que devenir en insolvente podría significar para el Estado, para sus trabajadores y para la sociedad en general. Evidentemente, su análisis se limitará exclusivamente a determinar aquellos costos que le atañen directamente.

En tal virtud, el empresario "X" al decidir si constituye o no su empresa no toma en cuenta como costo privado el costo social que podría irrogar el desempeño de su actividad. Con ello, si una vez en funcionamiento su empresa deviene en crisis, el costo que ello signifique será un costo que "X" no asumirá y que no podrá tampoco ser asignado de la forma más eficiente por las mismas partes implicadas, por cuanto los elevados costos de transacción no lo permiten.

Imaginemos que la empresa "X" una vez en funcionamiento reporta beneficios anuales de 100 para la sociedad, con lo cual al final de su segundo año habría significado en total 200 de beneficios. Sin embargo, empezado el tercer año la empresa ingresa en un proceso de crisis que significa pérdidas para sus acreedores que ven un retraso en el pago de sus créditos; además, una serie de trabajadores son despedidos; y, por otro lado, los productos que ofrece experimentan una baja en la calidad, con lo cual los propios consumidores sufren los perjuicios de la crisis. Lo anterior supone un total de pérdidas para la sociedad igual a 250.

En tal sentido, haciendo la evaluación final de los tres años de funcionamiento de la empresa "X", se habrían producido, por un lado, 200 de beneficios y, por el otro, 250 de costos, lo que significa un saldo negativo de 50. Ante tales cifras, lo más conveniente en términos sociales de eficiencia sería o que la empresa "X" ingrese a un proceso que le permita renegociar sus deudas, gestionar nuevos préstamos y, a partir de ello, lograr superar la crisis; o que deje de funcionar, liquidando su patrimonio a fin de pagar sus deudas hasta donde sea posible.

La decisión final por la renegociación de sus deudas (reestructuración patrimonial) o por la liquidación de su patrimonio, será una decisión eficiente siempre y cuando los costos de transacción a que nos hemos referido en el punto anterior hayan sido reducidos a tal punto que no puedan distorsionar la asignación de recursos por la que finalmente se opte.

Obsérvese que no se trata de salvar a la empresa a través de la renegociación de sus deudas a como de lugar. El reflotamiento de la empresa no es una solución eficiente en sí misma. La solución eficiente

puede ser tanto el reflotamiento como la liquidación, lo que verdaderamente interesa es que para cada caso concreto se opte por lo más eficiente y, para ello, es fundamental que los costos de transacción no distorsionen la decisión final.

Para efectos de nuestro ejemplo, imaginemos que los acreedores optan por la liquidación de la empresa, concretándose entonces el daño propio de toda crisis empresarial.

Ante la constatación de tales daños, y dado que los altos costos de transacción imposibilitan que sean las propias partes implicadas las que a través del ejercicio de su autonomía privada decidan de la forma más eficiente quién debe asumirlos, cabe preguntarse si lo más eficiente es que continúen siendo asumidos directamente por los propios perjudicados directos de nuestro ejemplo anterior, es decir, acreedores, trabajadores, y consumidores, o si, por el contrario, es necesario que para una asignación más eficiente de recursos, el costo propio de la crisis empresarial sea trasladado a otra de las partes implicadas, ya sea por que se encuentra en mejores condiciones para prevenir la magnitud y frecuencia del daño o en mejores condiciones para distribuirlo.

Cuando, como en el caso que nos convoca, los costos de transacción imposibilitan el intercambio más eficiente de recursos a través del acuerdo de voluntades, es el sistema de responsabilidad civil extracontractual el llamado a asignar los recursos en lugar de los particulares simulando la decisión de mercado.

El sistema de responsabilidad extracontractual cumple hasta tres funciones de suma importancia en la asignación de recursos. En primer lugar, una función preventiva de daños (reducción de costos primarios), asignando el costo de éstos a la parte que está en mejores condiciones de prevenirlos, con lo cual se logra desincentivar conductas dañosas. Luego, y en caso de fracasar los intentos de prevención o resultar, en todo caso, demasiado costosos, el sistema de responsabilidad civil extracontractual cumple una función de reducción de los costos propios del daño producido (reducción de costos secundarios), procurando asignarlos a la parte que está en mejores condiciones de soportarlos o de distribuirlos a tal punto que éstos devengan en prácticamente imperceptibles. Finalmente, y en forma conjunta con cualquiera de las dos funciones anteriores, cumple además una función de reducción de costos administrativos (reducción de costos terciarios), procurando que los costos de funcionamiento del sistema de responsabilidad civil no re-

sulten demasiado elevados en comparación con los beneficios que finalmente reportará⁴.

Cabe entonces preguntarse cuál debe ser la combinación adecuada de las tres funciones de sistema de responsabilidad civil para el caso concreto de las crisis empresariales. ¿Debe priorizarse la función preventiva o deben concentrarse esfuerzos en la función de reducción de costos?

2.3.2.1 Función preventiva

Evaluemos las implicancias de priorizar la función preventiva. En tal caso, el sistema de responsabilidad civil extracontractual, con el objetivo de desincentivar conductas dañosas, asignaría el costo del daño a la parte que está en mejores condiciones de evitarlo.

En el caso de crisis de empresas, el titular de la empresa es sin duda quien está en mejores condiciones de prevenir la crisis, con lo cual parecería ser el más indicado para asumir el costo del daño. Sin embargo, debe tomarse en consideración que asignar totalmente el costo del daño al empresario, puede constituir un costo muy alto, que no sólo lleve a desincentivar las crisis empresariales, sino que pueda incluso terminar por desincentivar la actividad empresarial misma, con los serios perjuicios que ello significaría para el desarrollo económico⁵.

En otras palabras, asignarle al empresario toda la carga de la crisis empresarial obligándolo, por ejemplo, a financiar un seguro contra la insolvencia que pague a todos sus acreedores en tales casos, puede constituirse en un costo demasiado alto en comparación con el beneficio que a cambio de él se obtendría. Como beneficio se obtendría disminuir las crisis empresariales, pero el costo sería probablemente desincentivar la misma actividad empresarial, lo cual en sí mismo sería una crisis social aún mayor que la que se pretendía combatir.

En conclusión, debe procurarse asignarle a los empresarios un costo que no sea tan alto que termine por desincentivar, además de las crisis empresariales, la misma actividad empresarial.

Empero, debe tenerse presente que cualquier costo que sea asignado a los empresarios, podrá ser finalmente trasladado por éstos a otros agentes económicos, ya sean trabajadores o consumidores, por ejemplo, no lográndose concretar entonces la función preventiva de daños⁶.

Además, cabría preguntarse si es en realidad necesario establecer incentivos para que las crisis empresariales no se produzcan ¿Es acaso que cuando alguien constituye una empresa necesita además del innato interés en maximizar beneficios un incentivo adicional? En nuestra opinión, por la naturaleza propia de los agentes económicos, por el presupuesto de racionalidad e interés en maximizar beneficios, resulta innecesario que el Derecho procure establecer incentivos encaminados a desincentivar conductas que pudieran ocasionar crisis empresariales. Ello, como se ha explicado, en realidad constituiría imponer costos adicionales a la actividad empresarial que significarían desincentivarla y, con ello, perjudicar el desarrollo económico en general.

En tal virtud, consideramos que para el caso concreto del problema de las crisis empresariales resulta complicado (por la posibilidad que tienen los empresarios de trasladar costos a otros agentes), innecesario y hasta perjudicial, un sistema de responsabilidad civil extracontractual preventivo de daños. En nuestra opinión, se deben centrar esfuerzos en la función de reducción de los llamados costos secundarios.

2.3.2.2 Función de compensación de daños

Al respecto, no cabe duda que el empresario "X" de nuestros ejemplos anteriores es quien se encuentra en mejores condiciones para distribuir el costo de la crisis empresarial, por cuanto los costos que a él se atribuyan serán costos que finalmente se trasladarán a los consumidores a través de precios. En otras palabras, en virtud de la relación de mercado existente entre empresarios y consumidores, tales costos serían finalmente distribuidos entre todos los consumidores y con ello se verían diluidos a tal punto que serían prácticamente imperceptibles.

⁴ Ver CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents. A Legal and Economics Analysis*. New Haven and London, Yale University Press. Capítulos 3,4, 5 y 6.

⁵ "Se trata, en suma, de asegurar que el uso eficiente de los recursos no se vea afectado ni por un excesivo nivel de disuasión ni por una presión desorbitante de los costos que generan las actividades dañosas en general". TORRES LOPEZ, Juan; Pág. 61.

⁶ En virtud de que entre empresarios, trabajadores y consumidores hay una relación contractual o de mercado, los primeros siempre se encontrarán en la posibilidad de trasladar sus costos a los segundos. En cambio, tal traslado no sería posible entre partes totalmente extrañas. Ver POLINSKY, Michell; págs. 123-131.

Un mecanismo para atribuir los costos propios de la crisis empresarial a los empresarios con la finalidad de distribuirlos hasta hacerlos imperceptibles, sería la creación del seguro contra la insolvencia de las empresas que estuviera financiado con aportes de los empresarios, y cuya finalidad sería satisfacer exclusivamente los créditos de origen laboral hasta por un monto limitado.

Atribuir el costo del financiamiento de dicho seguro a los empresarios no significaría asignarles un costo susceptible de desincentivar la actividad empresarial, por cuanto, en primer término, el Fondo se encontraría obligado a pagar únicamente una porción limitada de aquellos créditos laborales que resultaran impagos y, asimismo, en virtud de que el costo del financiamiento no sería asumido directamente por los empresarios, sino por todos los consumidores a través del traslado a precios que se produciría.

Esta es la llamada teoría de la distribución social del costo, que pretende minimizar el costo del daño distribuyéndolo entre un universo mayor de individuos⁷.

Con la entrada en funcionamiento de esta alternativa, teóricamente los precios de los productos o servicios ofrecidos en el mercado se constituyen en precios reales que incorporan como costo de producción el riesgo de la insolvencia; en otras palabras, se logra que el costo privado efectivamente coincida con el costo social de la actividad, con lo cual se consigue que la oferta y demanda de tales bienes y servicios se adecue a los verdaderos niveles de escasez⁸.

Al respecto, podrá cuestionarse que al ser un costo que se traslada finalmente a precios ésto podría significar un perjuicio directo para el empresario, por cuanto si sus precios suben la demanda de sus productos o servicios se verá necesariamente reducida. Si bien el efecto anterior se producirá, debe tenerse en consideración que es eficiente que así suceda, por cuanto el precio de los productos y servicios ofrecidos finalmente reflejará el verdadero costo social de su producción.

Podría cuestionarse además que el traslado de los costos de financiamiento del seguro no sería en realidad a los precios sino a salarios, en los cuales operaría una reducción proporcional. En nuestra opinión, si bien es cierto que se producirá una consecuencia de esta naturaleza, deben evaluarse con detenimiento también los beneficios que el Fondo reportaría para los trabajadores que ya no se verían perjudicados en gran medida por una mala gestión empresarial.

Por otro lado, debe considerarse que el centrar esfuerzos en la reducción de costos secundarios tendría también un efecto en cuanto a los costos primarios. Obsérvese que los empresarios encuentran hasta tres posibilidades para trasladar los costos de financiamiento del seguro:

- Una, sería reducir costos de producción disminuyendo los salarios de sus trabajadores, alternativa que en nuestra opinión va a ser adoptada en un inicio, pero que en un largo plazo, cuando el cambio de mentalidad de nuestros empresarios sea mayoritario, probablemente disminuya por sus efectos en cuanto a los niveles de productividad.
- La segunda posibilidad sería trasladar los costos de financiamiento a precios, con lo cual en un principio se producirían efectos negativos en cuanto a los niveles de demanda.
- Una tercera posibilidad sería que se trasladen los costos de financiamiento del seguro a una reducción de los costos de producción pero sin perjudicar los salarios.

En cuanto a la tercera posibilidad, debe notarse que los costos de financiamiento del seguro (que no serían trasladados a salarios), se constituirían en un incentivo para que el empresario concentre esfuerzos en encontrar la forma de reducir costos de producción y con ello incrementar niveles de productividad.

Respecto de la segunda posibilidad, debe tenerse presente que el incremento de precios se producirá

⁷ Ver De TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen IV, Tomo I, págs. 52-51.

⁸ Sobre el particular, POLINSKY, pág. 104, ha señalado que: "...en general, si se asigna a un artículo un precio superior a su coste de producción, ciertos individuos que valoren el artículo en más que su coste no lo comprarán, lo que es una solución ineficiente; y si se asigna a un artículo un precio inferior a su coste de producción, ciertos individuos que lo valoran en una cantidad inferior a su coste, lo comprarán, lo cual también es a su vez una solución ineficiente. Sólo si el precio del artículo es igual a su coste de producción lo comprarán los que lo valoran más que su coste y no lo comprarán los que lo valoren menos. Esto es necesario para lograr un resultado eficiente".

en una relación directamente proporcional al costo del financiamiento del seguro que cada empresario en particular deba afrontar. Así, la prima de seguro que deberá pagar un empresario que tiene una empresa de trayectoria exitosa, que además paga sus deudas puntualmente y que tiene un número reducido de trabajadores, será, como es evidente, bastante menor que la prima de seguro que tendría que pagar un empresario que suele pagar tardíamente sus deudas, que ha sido en varias oportunidades acotado por el Fisco, que tiene un gran número de trabajadores, muchos de los cuales perciben importantes salarios y que, además, no ha tenido jamás grandes márgenes de utilidad.

En tal sentido, dado que el primer empresario pagará una prima menor que el segundo, el incremento que se produzca en sus precios tendrá que ser también menor. Con lo cual, asumiendo que nos encontramos ante empresas que compiten por un mercado similar, la primera empresa será más competitiva que la segunda.

Lo anterior, como es evidente, se constituye en un incentivo para que las empresas se cuiden de tener un historial que les permita calificar como empresas de un riesgo de insolvencia reducido y, por lo tanto, obligadas a pagar una prima también reducida.

En consecuencia, tanto la segunda como la tercera posibilidad de traslado del costo de financiamiento del seguro (que son las que podrían predominar en un largo plazo), constituyen en realidad incentivos que teóricamente podrían contribuir a la larga a una mejora de los niveles de productividad de las empresas y, en consecuencia, a una reducción de los costos primarios.

Finalmente, en lo que se refiere a los costos administrativos de financiamiento del sistema (costos terciarios), somos de la opinión que éstos no serían muy significativos por cuanto su costo, en primer término, sería prorrateado entre todos los empresarios aportantes al seguro y, luego, sería trasladado a precios o a una reducción de los costos de producción conforme a lo desarrollado líneas arriba.

2.3.3 Desventajas de la creación de un Fondo de Garantía Salarial

Sin embargo, la propuesta de un seguro contra la insolvencia de las empresas, propugnada por el Convenio N° 176 y la Recomendación N° 180 de la O.I.T. bajo la denominación de Fondo de Garantía Salarial, adolece desde nuestro punto de vista de serias desventajas que merecen ser tomadas en cuenta.

La entrada en funcionamiento de un Fondo de Garantía Salarial con las características de un seguro de contratación obligatoria, en el cual las condiciones del contrato y el monto mínimo de cobertura serían determinados a nivel estatal, constituye en nuestra opinión una intervención en la actividad económica que tendría como consecuencia directa afectar artificialmente los niveles de precios.

En la medida que, como se ha explicado anteriormente, determinar el riesgo de insolvencia de cada empresa y valorarlo en términos económicos resulta ser una tarea sumamente complicada, parece evidente que el Estado en su determinación de la cobertura no va a entrar al detalle de analizar el caso concreto de cada empresa (por los costos prohibitivos que ello implicaría), sino que establecería niveles mínimos de cobertura aplicables a un universo amplio de empresas.

Lo anterior, supondría que el mínimo de cobertura establecido, sería en la generalidad de casos bastante inexacto en tanto no reflejaría -cual es el objetivo- el verdadero riesgo de insolvencia de cada empresa. En tal virtud, las empresas se verían obligadas a asumir los costos de contratación de seguros que no resultan adecuados a su verdadero riesgo de insolvencia, con lo cual los precios de los productos y servicios que ofrezcan en el mercado serían mayores a los costos sociales de su producción.

En razón de lo expuesto, la creación de un Fondo de Garantía Salarial supondría, por un lado, imponer costos a la actividad empresarial que dificultarían el acceso de nuevas empresas al mercado, con lo cual se fomentarían artificialmente prácticas monopólicas u oligopólicas.

Asimismo, al trasladarse el costo de la prima a precios y tener como consecuencia de ello precios mayores a los costos de producción, se producirían asignaciones ineficientes de recursos, por cuanto dejarían de adquirir los productos y servicios ofrecidos quienes los valoran más que su verdadero costo de producción.

En tal virtud, consideramos que la propuesta de un Fondo de Garantía Salarial, si bien resulta novedosa y atractiva a primera vista, debe ser evaluada con detenimiento, por cuanto, como se ha pretendido explicar, su entrada en funcionamiento también importaría elevados costos sociales.

2.3.4 Distorsiones que introducen los privilegios de créditos

En el contexto actual, el derecho de quiebras encaminado a liquidar el patrimonio de la empresa

insolvente y pagar a los acreedores, ha sido reemplazado por el llamado Derecho de las empresas en crisis o Derecho de las empresas en dificultades, el mismo que tiene por principios fundamentales, buscar prevenir la crisis de las empresas y, luego, una vez configurada ésta, procurar el reflotamiento de la empresa antes que su quiebra, siempre y cuando ello sea lo más eficiente.

Se ha entendido que los intereses en juego cuando una empresa entra en crisis van mucho más allá que los intereses de los acreedores y, por ello, son merecedores de una tutela especial. El mecanismo tradicional de liquidación del patrimonio del deudor para afrontar el pago de las deudas ya no es viable en el contexto actual por los serios costos sociales que suele implicar. En la generalidad de los casos resultará más beneficioso mantener la empresa en funcionamiento y procurar salvarla, antes que liquidarla y pagar sus deudas, ya que si la empresa se recupera, todos los intereses que conjuntamente con ella habían entrado en crisis también se recuperarán: los acreedores ven satisfechos sus créditos, los trabajadores además de cobrar sus créditos, mantienen su empleo y, con ello, la fuente de sus ingresos, el Estado continúa contando con una empresa que tributa, los consumidores mantienen una alternativa de elección en el mercado, etc.

Cabe entonces preguntarse, si es que los privilegios de créditos son desde la perspectiva del nuevo derecho de las empresas en crisis, una institución acorde con lo tiempos modernos y con el nuevo derecho de las empresas en crisis.

2.3.4.1 ¿Quién debe asumir el riesgo de la gestión empresarial?

En nuestro medio no se ha regulado el funcionamiento de un seguro contra la insolvencia de las empresas, siendo la institución del superprivilegio del crédito laboral el único mecanismo previsto para proteger a los acreedores laborales del deudor insolvente.

¿Cumple el "superprivilegio" del crédito laboral algún papel o tiene alguna consecuencia en la distribución del riesgo de la insolvencia empresarial?

Cuando una empresa es liquidada, lo más probable es que solamente sean pagados aquellos acreedores que se encuentren ubicados en los primeros lugares de la prelación, es decir, los acreedores laborales y los acreedores cuyos créditos se encuentren garan-

tizados con derechos reales. Así, los que terminan perdiendo con la liquidación y, por lo tanto, asumiendo los costos de la insolvencia, serán aquellos que por la insuficiencia de los activos no alcancen a ver satisfechas sus acreencias. La institución del "superprivilegio" del crédito laboral tiene entonces efectos directos en cuanto a la distribución del riesgo de la insolvencia empresarial, atribuyendo el costo a los acreedores que se encuentren ubicados en los últimos lugares del orden prelatorio establecido.

2.3.4.2 ¿Es ésta una distribución de riesgos eficiente?

Como se recordará, para reducir costos existen hasta dos mecanismos conocidos. Uno consiste en atribuir los costos a aquella parte de la relación que se encuentra en mejores condiciones de soportarlo, es la llamada "teoría del bolsillo profundo", y otra en asignar los costos a aquella parte que se encuentra ubicada en una posición tal que le permita distribuirlos entre un número indeterminado de sujetos, llamada teoría de la distribución social de costos⁹.

Tal como están las cosas en nuestra legislación en materia del Derecho de las empresas en crisis, el daño propio de las quiebras empresariales no se traslada, sino que es un daño y un costo que la propia víctima (el acreedor impago) debe asumir.

Ahora bien, ¿es acaso que los acreedores comunes (que son quienes la mayor parte de las veces asumen el costo de la quiebra) se encuentran en mejores condiciones de soportar tales costos que el propio empresario o que, dada su posición, son quienes se encuentran en la mejor posición para distribuir y con ello diluir el costo de la crisis empresarial?

Parece evidente que no es ni lo uno ni lo otro. Bajo ningún punto de vista podría sostenerse que los acreedores ubicados en los últimos lugares de la prelación son quienes se encuentran en mejores condiciones para prevenir la crisis empresarial, o en mejores condiciones para redistribuir el costo de la liquidación de la empresa. Para nosotros es incuestionable que el empresario es quien se encuentra en la mejor situación para asumir el costo de la gestión empresarial distribuyéndolo entre un número indeterminado de personas.

Procuremos entonces encontrar algún sentido a la atribución de riesgos establecida por nuestro legislador.

⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit., Loc. Cit.

Quizá la lógica haya sido mantener el daño en la víctima (acreedores impagos) porque se consideró que los costos administrativos del traslado del mismo a los empresarios no justificaban el beneficio que por el mismo se podría obtener. En ese sentido, se entendió que lo más eficiente era mantener el daño en los acreedores y de entre todos ellos, en aquellos que estuvieran en las mejores condiciones para distribuirlo.

Así, dentro de los acreedores de una empresa insolvente se entendió que en la generalidad de los casos son los trabajadores quienes se encuentran en la posición más desventajosa para distribuir el riesgo de la insolvencia, motivo por el cual se decidió consagrar a su favor el "superprivilegio" del crédito laboral y, con ello, atribuir el costo de la liquidación a quienes se encuentran en un rango de menor preferencia.

En realidad no creemos que nuestros legisladores hayan evaluado al momento de establecer la preferencia que le correspondía a los créditos de origen laboral, cuál era la mejor forma de distribuir los costos propios de la liquidación. Si finalmente se mantuvieron los privilegios de créditos como único mecanismo de protección de los créditos laborales, fue porque el peso de la tradición jurídica así lo imponía.

Empero, es innegable que la institución del "superprivilegio" del crédito laboral tiene consecuencias distributivas.

Asignar los costos de la crisis empresarial a quienes se encuentran ubicados en los últimos lugares de la prelación no cumple ni una función preventiva de la crisis, ni tampoco una función de reducción de costos. Nuestra legislación, en consecuencia, atribuye los costos de la insolvencia a quienes no se encuentran en posibilidades de evitar el daño ni tampoco de redistribuirlo a los niveles que sí podrían hacerlo los empresarios.

Por otro lado, no creemos que los costos administrativos de trasladar el costo del daño a los empresarios (costos de funcionamiento de un seguro contra la insolvencia) justifiquen el que se mantenga el daño en la víctima (los acreedores perjudicados con el no pago de sus créditos), en virtud de que éstos son costos que finalmente serían también trasladados a un número indeterminado de sujetos consumidores y, por lo tanto, se convertirían en imperceptibles. Además, los beneficios, sobre todo de reducción de costos secundarios, serían muy importantes y, en nuestra opinión, por lo menos a nivel teórico, justificarían plenamente asumir el costo del traslado.

En conclusión, nuestro legislador no ha establecido un mecanismo que sea capaz de atribuir los costos propios de toda crisis empresarial de la forma más eficiente posible, con lo cual estos costos seguirán ocasionando externalidades que no son asignadas por las partes implicadas de forma eficiente ya que los elevados costos de transacción no lo permiten.

Así las cosas, no logramos comprender cuál es el papel que le corresponde al "superprivilegio" del crédito laboral dentro del contexto económico actual, en tanto no se constituye una institución que contribuya a asignar de manera eficiente los costos propios de toda crisis cuando se concreta la liquidación, sino que contrariamente a lo anterior, atribuyen los costos de la crisis a quienes no se encuentran ni en la posibilidad de prevenir que se produzcan tales daños, ni tampoco en la posibilidad de distribuirlos de la mejor manera.

3. POSICION PERSONAL

El enfoque económico utilizado a lo largo del presente artículo para el estudio del "superprivilegio" del crédito laboral ha procurado demostrar que dicha institución, tal como ha sido recogida por nuestro legislador, no tiene cabida dentro de nuestro contexto económico y jurídico, por cuanto, como se ha explicado a través de algunos ejemplos, introduce serias distorsiones tanto en lo que se refiere a las asignaciones de recursos que se producen a través de intercambios interindividuales, como en las asignaciones que operan a partir de crisis empresariales.

En lo que respecta a los intercambios de recursos a nivel interindividual, el "superprivilegio" del crédito laboral consagrado por el legislador peruano otorga una preferencia a favor de los créditos por remuneraciones y beneficios sociales que los ubica por encima de los créditos garantizados con derechos reales. Con ello, se ha consagrado el absurdo de otorgar preferencia para el cobro a un derecho que no ha sido publicitado en cuanto a su contenido, por sobre un derecho que sí ha sido debidamente publicitado y que por ende debería ser preferido. En otras palabras, se ha consagrado oponibilidad absoluta a favor de un derecho que no es conocible (por lo menos a bajo costo) por aquellos sujetos a quienes se pretende oponer. Algo similar a lo que sucedería si pretendiéramos aplicar una norma que aún no ha sido publicada.

En consecuencia, nuestro sistema de garantías reales y nuestro sistema de privilegios de créditos -que forman parte de un sistema mayor que hemos con-

venido en llamar sistema general de preferencias no logran funcionar en un acoplamiento armónico que permita una coordinación adecuada entre los efectos del sistema de garantías reales y los efectos del sistema de privilegios de créditos, de tal forma que al haberse consagrado un "superprivilegio" de primer rango a favor de los créditos por remuneraciones y beneficios sociales, se ha restado toda utilidad al sistema de garantías reales.

En lo que respecta a las operaciones de intercambio que se producen a nivel de crisis empresariales, el "superprivilegio" del crédito laboral también tiene importantes efectos en la eficiencia de la asignación de recursos que finalmente se produzca.

En nuestra opinión, el "superprivilegio" del crédito laboral tiene consecuencias en lo que se refiere a la distribución del riesgo de la insolvencia empresarial, el mismo que atribuye a los acreedores que, de acuerdo a la prelación de créditos establecida por el artículo 24 de la Ley de Reestructuración Patrimonial resulten ubicados en los últimos lugares. Desde nuestro punto de vista, la distribución de riesgos establecida no cumple ni una función preventiva de daños ni tampoco una función de compensación de las víctimas del daño, hecho que finalmente deviene en asignaciones ineficientes de recursos por cuanto los precios de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado no incorporan su verdadero costo social de producción. De esa forma, los precios de los productos y servicios ofrecidos, al ser menores que los costos de producción, ocasionan que compren tales bienes quienes están dispuestos a pagar un precio menor al costo de producción, generándose en consecuencia un sobreconsumo; en otros términos, asignaciones ineficientes de recursos.

En conclusión, el "superprivilegio" del crédito laboral, además de los problemas de desperdicio de recursos que genera a nivel de intercambios interindividuales, ocasiona distorsiones también en los intercambios de recursos que operan a través de las crisis empresariales.

Ante la constatación de los costos que implica la consagración del "superprivilegio" del crédito laboral, la Institución del Fondo de Garantía Salarial aparece a primera vista como una alternativa atractiva para proteger los créditos laborales sin tener que asumir costos tan elevados. La entrada en funcionamiento de un Fondo de Garantía de este tipo podría ser una respuesta al problema de la crisis empresarial que permitiría proteger los créditos de los trabajadores a pesar de ubicarlos en el orden de preferencias por debajo de los créditos garantizados con derechos reales de garantía.

Los beneficios de esta opción serían que los intercambios de recursos a nivel interindividual se producirían sin distorsiones de ningún tipo, por cuanto el sistema de garantías reales efectivamente cumpliría su papel de reducción de costos de transacción. Asimismo, en cuanto a los intercambios de recursos que se producen a nivel de crisis empresariales, en lo que respecta a la distribución del riesgo de la insolvencia empresarial, en la medida que el Fondo de Garantía Salarial sería financiado con aportes de los empleadores que finalmente trasladarían el costo de la prima fundamentalmente a precios, se lograría que el costo de la crisis empresarial sea distribuido entre un universo muy amplio de personas (léase, consumidores). Asimismo, los precios de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado, en la medida que incorporarían el costo de la prima, efectivamente reflejarían el verdadero costo social de producción. Con ello, comprarían tales bienes y servicios únicamente quienes los valoren más que su costo de producción, produciéndose entonces asignaciones de recursos eficientes.

Sin embargo, a pesar de las bondades teóricas del Fondo de Garantía Salarial, no lo proponemos como una alternativa para el tratamiento de los créditos laborales frente a la crisis empresarial, en virtud de los altos sobrecostos laborales que en la actualidad ya afrontan nuestros empresarios. Imponer a los empresarios la obligación de contratar un seguro obligatorio que garantice hasta por un monto limitado los créditos laborales impagos, encarecería aún más la actividad empresarial.

Obsérvese que la cobertura mínima del seguro sería determinada a nivel estatal. En otras palabras, el Estado sería el encargado de determinar el riesgo de insolvencia de cada empresa, dato que como ya se ha referido suele resultar sumamente complicado y costoso de calcular. Como es evidente, el Estado no podría determinar el riesgo de insolvencia para cada caso concreto, sino que establecería niveles de cobertura mínima obligatoria de aplicación general, con lo cual el riesgo de inexactitud mencionado se incrementa.

Lo anterior, significaría obligar a las empresas a asumir los costos de contratar seguros que no resultan adecuados, con lo cual, tomando en cuenta los elevados costos que ya soportan los empresarios, se establecerían barreras que limitarían o impedirían el acceso de más empresas al mercado, fomentándose en consecuencia la formación de monopolios u oligopolios. Asimismo, el seguro obligatorio tendría consecuencias artificiales en cuanto a los niveles de precios, los mismos que se verían incrementados tanto por el traslado de la prima a los consumidores,

como por la limitación de la competencia a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior.

Tanto el mantener el "superprivilegio" del crédito laboral que actualmente recoge nuestra legislación, como la entrada en funcionamiento de un Fondo de Garantía Salarial, son alternativas de solución al problema del tratamiento de los créditos laborales frente a la crisis empresarial que importan elevados costos sociales. El punto es definir que alternativa "cuesta" menos.

Teniendo en consideración que los fondos de la Compensación por Tiempo de Servicios regulados por el Decreto Legislativo 650 protegen en alguna medida los créditos laborales que pudieran adeudarse, consideramos que una primera acción saludable respecto del "superprivilegio" laboral sería redefinir su extensión, limitándolo a la porción estrictamente alimentaria y al universo de personas que efectivamente respondan al supuesto de trabajadores que no influyen en las decisiones empresariales. Con una reformulación de la institución como la propuesta, se lograrían reducir en gran medida las distorsiones que el "superprivilegio" del crédito laboral introduce actualmente. Empero, continuarían vigentes los costos de otorgarle el primer rango a créditos de contenido no conocible por sobre créditos garantizados con derechos reales.

En tal virtud, nos encontramos frente a la disyuntiva de mantener un "superprivilegio" laboral de primer rango limitado en cuanto a su extensión, o eliminar el "superprivilegio" de primer rango, ubicando a los créditos laborales en el segundo orden de preferencias por debajo de los créditos garantizados con derechos reales de garantía, que se ubicarían en el primer lugar.

De acuerdo a las premisas desarrolladas, al Derecho en el contexto actual le corresponde establecer las bases necesarias para que los intercambios de recursos se produzcan siempre en términos eficientes. Si el Derecho no cumple ese papel, la consecuencia será un desperdicio de recursos, lo que no resulta adecuado en un mundo donde los recursos son cada vez más escasos. En tal sentido, habiendo observado el serio desperdicio de recursos (elevados costos sociales) que implica consagrar un "superprivilegio" de primer rango que inutiliza nuestro sistema de garantías reales, y los costos que además impediría implementar el Fondo de Garantía Salarial en su lugar, deberíamos preguntarnos qué tan elevados

serían los costos de eliminar tal "superprivilegio" de primer rango a favor de los trabajadores, ubicando en el primer rango de las preferencias a los créditos garantizados con derechos reales.

Obsérvese que eliminar el "superprivilegio", ubicando en el primer lugar de la prelación a los créditos garantizados con derechos reales y en el segundo a los créditos de origen laboral, tendría el claro beneficio de permitir que nuestro sistema de garantías reales cumpla el papel de reducción de costos de transacción a que está llamado, y que, por lo tanto, se constituya en una institución idónea que contribuya a que las asignaciones de recursos entre particulares a través de contratos con prestaciones de ejecución diferida se produzcan en términos eficientes.

El costo evidente de esta alternativa sería que los trabajadores se verían expuestos en mayor medida a la posibilidad de ver impagos sus créditos ante la eventualidad de una crisis económica de su empleador. En otras palabras, el costo de la crisis continuaría siendo asumido por los acreedores que luego de la liquidación resultarían impagos, sólo que este universo de acreedores ahora incorporaría en mayor medida a la clase trabajadora.

Lo anterior significa que con la alternativa de eliminar el "superprivilegio" del crédito laboral, si bien se mantiene el problema de una distribución inadecuada del riesgo de la gestión empresarial, el mismo que continuaría siendo asumido por los acreedores que resulten impagos y que, por lo tanto, no cumpliría una función de reducción del número y gravedad de los daños, ni una función de reducción de costos¹⁰, por el otro lado, se obtiene un importante beneficio, en la medida que se le otorga a nuestro sistema de garantías reales la viabilidad requerida. Es en ese sentido que esta alternativa, a pesar de los costos que significa para la clase trabajadora, es una alternativa menos costosa en términos sociales que la alternativa de mantener el superprivilegio, o la alternativa de implementar el Fondo de Garantía Salarial.

En cuanto al problema de desprotección los créditos de origen laboral que significaría eliminar el "superprivilegio", debe considerarse que el sistema de depósitos semestrales con efecto cancelatorio implementado por el Decreto Legislativo 650 tiene la virtud de proteger en alguna medida los créditos laborales que podrían verse impagos ante la even-

¹⁰ Es decir, los precios de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado continuarían siendo menores que sus verdaderos costos de producción, con la ineficiencia en la asignación de recursos que ello implica.

tualidad de la crisis empresarial. Somos conscientes que este sistema no elimina totalmente el problema por cuanto, por un lado, es práctica común en nuestro medio que un elevado número de trabajadores sea contratados fuera de planillas y, por lo tanto, no tengan acceso a este beneficio y, además, porque muchos empleadores, a pesar de que sus trabajadores tengan derecho a este beneficio, no cumplen con depositarlo puntualmente, y llegan al punto de adeudarles fuertes sumas por este concepto. Sin embargo, no podrá negarse que estos depósitos protegen en alguna medida a la clase trabajadora frente a la eventualidad de la insolvencia empresarial.

Asimismo, no parece osado pensar que, en la eventualidad de que se eliminara el "superprivilegio", los trabajadores a través de sus Sindicatos, procurarían incorporar en los Convenios Colectivos que negocian con la empresa cláusulas por las cuales el empleador garantice a su satisfacción los créditos laborales ante la eventualidad de la crisis.

En razón de lo expuesto, somos de la opinión que el "superprivilegio" del crédito laboral debe ser eliminado, ubicando a los créditos con derechos reales de garantía en el primer lugar de las preferencias, y a los créditos de origen laboral en el segundo. Somos plenamente conscientes de los perjuicios que esta medida va a implicar para la clase trabajadora, y debemos admitir que nos sentiríamos más tranquilos si es que hubiéramos encontrado una alternativa que, además de proteger las asignaciones de recursos en términos eficientes, permitiera proteger a la clase trabajadora. Sin embargo, para efectos de nues-

tra propuesta, hemos procurado tener en consideración no solamente los costos que una u otra medida implique para la clase trabajadora, sino los costos totales de cada medida en términos sociales, y el resultado de dicho análisis nos ha llevado a concluir que eliminar el "superprivilegio" a favor de los créditos de origen laboral, si bien importa elevados costos (sobre todo para la clase trabajadora), en términos sociales generales es la alternativa de menor costo.

Desde nuestro punto de vista, la consagración de preferencias ocultas como las que otorgan los privilegios de créditos no constituyen un problema en sí mismas. Todo lo contrario, consideramos que los privilegios de créditos son una institución de suma utilidad que permite otorgar protección a ciertos créditos que, por su naturaleza, la sociedad considere como merecedores de tutela especial. Sin embargo, para que nuestro sistema general de preferencias funcione armónicamente y los intercambios de recursos nos aproximen cada vez más al Óptimo de Pareto, bajo ninguna circunstancia deberá consagrarse una prelación que ubique créditos privilegiados (con preferencias ocultas) por sobre créditos garantizados con derechos debidamente publicitados, ya que se estaría negando con una mano lo que se afirma con la otra.

En nuestra opinión, el primer lugar de las preferencias siempre debe estar reservado para los créditos garantizados con derechos debidamente publicitados y, luego, se deberán ubicar los demás créditos de acuerdo a los privilegios que hubieran sido consagrados.