

## LAS MIL Y UNA NOCHES DEL DERECHO CONCURSAL. UNOS OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DE CUENTO\*

Luis Fernando Castellanos Sánchez\*\*

*El derecho concursal se presenta como un complejo orgánico de normas de carácter sustancial y formal, cuyo propósito es regir aquellas situaciones en las que un deudor no cuenta con el patrimonio suficiente para atender las múltiples deudas asumidas frente a una pluralidad de acreedores. Sin embargo, dependiendo del modelo legislativo en cada país, el sistema concursal puede adoptar una determinada postura, en función a los intereses preferentemente tutelados. En consecuencia, cabría preguntarse: ¿es más conveniente un modelo concursal orientado a la reestructuración de las empresas en insolvencia, garantizando su supervivencia en el mercado; o resulta más beneficioso aquel modelo que incrementa la eficiencia en los procesos de liquidación?*

*En el presente artículo, el autor expone, con un estilo preclaro y sistemático, que el rol principal de todo sistema concursal es el de proteger el crédito. En tal sentido, la orientación adoptada por cada legislación no debe ser predeterminada por la norma, sino adoptada y ejecutada en el caso concreto y en concordancia con las particularidades presentadas.*

\* A mis padres, abuelos y hermana; porque la experiencia de vivir con ellos ha sido el más grande aliciente en cada etapa de mi vida. A ellos todo el crédito y agradecimiento.

\*\* Abogado. Magister en Derecho, Economía y Políticas Públicas por la Universidad Complutense de Madrid y el Instituto de Investigación Universitaria Ortega y Gasset. Consultor contratado en la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN.

“Solo en su isla, Robinson Crusoe no debe preocuparse de otras personas cuyas acciones puedan afectarle, como tampoco tienen que hacerlo los carniceros y los panaderos de Adam Smith, que viven en un mundo con tantos agentes económicos que sus acciones se anulan mutuamente. Sin embargo, cuando hay más de un agente, pero no tantos como para ignorar sin peligro alguno su influencia, el comportamiento estratégico plantea un problema aparentemente irresoluble: creo que cree que creo que cree..., y así sucesivamente”.

Sylvia Nasar<sup>1</sup>

## I. HABÍA UNA VEZ...

Cuenta Scheherezade<sup>2</sup> que existió hace muchos años atrás un comerciante que sufría usura por parte de un financista. Frente al no pago, el usurero sugirió que le entregara su hija. Una señorita alta, ojos celestes como el cielo, pelo rizado color azabache, con excelentes formas y un encanto natural capaz de hipnotizar a cualquier hombre. El financista; un hombre petiso, gordo, sin dientes y ciertamente con una educación muy incipiente. Surge entonces la idea del sorteo como solución benévola. Una bolsa de cuero que debería contener una piedra roja, la que significaba que la chica se desposaba con el usurero, y otra piedra negra la que le permitía al comerciante librarse de la deuda sin perder a su hija. Las piedras se levantarían del suelo y se depositarían directamente en la bolsa de cuero.

La cobardía del usurero hizo que, ante el descuido del comerciante, el primero colocara en la bolsa dos piedras rojas, lo cual logró advertirlo la damisela. El planteo entonces es: ¿puede la joven delatar lo sucedido? Creemos que no, el usurero probablemente se ofendería y su padre no podría pagar, por lo que sería ajusticiado. El problema técnicamente no tiene solución. Si vemos el dilema fríamente, tendríamos sólo dos alternativas: la primera solución estaría en que la joven se inmolará, la segunda estaría dada por permitir que el

usurero termine ajusticiando a su padre.

Este pequeño cuento nos brinda una lección que a simple vista podemos no verla. Sin embargo, que racionalmente un problema no tenga solución, no significa que sea imposible hallarle una salida integrando otros elementos al problema. Veamos: la bella joven advirtiendo el ardid del usurero podría cautivarlo, convencerlo que ella como principal interesada en el mismo debería ser quien saque de la bolsa la piedra que decida su suerte y arrebatarle el sorteo. Así, ella podría tomar el control. En el proceso, entre miradas sugestivas y sensuales, coqueteos propios de una damisela, podría decir: “¡Oh...! Se me ha caído torpemente la piedrita que saqué. Bueno, no importa, nos fijamos en cuál quedó en la bolsa. Si es la roja, es porque he sacado la negra.”

La gran conclusión es que si dejamos que los problemas sin solución técnica los resuelvan sólo los técnicos, muy probablemente no tendremos solución. Las técnicas simplemente sirve para optimizar modelos, y los modelos como sabemos se componen de experiencias, realidades, creencias, conocimientos, y por qué no, de fábulas. Bien puede el usurario utilizar elegantes salidas a problemas que al parecer no las tienen por medio de su criterio.

Es así pues que el Derecho Concursal surge para afrontar una dificultad económica que al parecer no tiene una solución. Sin embargo, si optimizamos recursos puede que hallemos una alternativa que resulte beneficiosa para todos los involucrados en el proceso.

Dado que toda obligación genera un derecho de crédito que permite al acreedor exigir o reclamar un comportamiento de otra persona (dar, hacer o no hacer algo). Este derecho puede hacerse efectivo sobre el patrimonio del deudor. El problema radica cuando el patrimonio existente no se da abasto. Es ahí donde entra a tallar el Derecho Concursal.

1 Periodista y escritora, trabajó en The New York Times. Profesora de periodismo en la Universidad de Columbia. Con su biografía de John Forbes Nash titulada “A Beautiful Mind”, publicada en noviembre de 2001, obtuvo el premio de la Crítica y quedó finalista del Pulitzer en el rubro de biografías.

2 Scheherezade o Shahrazad es la narradora del libro de cuentos árabes “Las mil y una noches”. Cuenta la historia que el sultán Shahriar desposaba una virgen cada día, y luego mandaba a decapitar a la esposa del día anterior. Todo esto lo hacía en venganza, pues encontró a su primera esposa traicionándolo. Ya había mandado a matar a tres mil mujeres cuando conoció a Scheherezade. Pese a las protestas de su padre, Scheherezade pasó voluntariamente una noche con el rey. Una vez en las cámaras reales, Scheherezade le pidió al sultán el poder dar un último adiós a su amada hermana, Dunyazad. Al acceder a su pedido y encontrar a su hermana, como secretamente había planeado Scheherezade, le comenzó a narrar un cuento durante toda la noche. Mientras Scheherezade narraba, el rey permaneció despierto y también escuchó con asombro la primera historia y al final le pidió otra, pero Scheherezade le dijo que ya no había tiempo pues ya estaba amaneciendo, entonces él la perdonó, pues la historia por venir parecía mucho más emocionante. Y así el rey conservó a Scheherezade viva mientras que pedía con impaciencia el anticipo de cada nueva historia, hasta que, después de mil y una noches de diversas aventuras, y ya con tres hijos, no sólo el rey había sido entretenido sino también educado sabiamente en moralidad y amabilidad por Scheherezade, que entonces se convirtió en su reina.

Los procesos de salida del mercado de las empresas, su posible reestructuración y supervivencia han sido temas que siempre han demandado a los Estados mucho estudio, preocupación por su regulación y la lógica inquietud de considerarlo un pilar en cualquier economía de mercado.

Es verdad que la visión del problema de la insolvencia ha cambiado a lo largo de los años, ha sufrido diversas metamorfosis respecto a los fines, usos, medios y resultados en dicho proceso. Sin embargo, lo común a todos estos cambios ha sido identificar la insolvencia como un problema que si lo miramos desde una sola perspectiva puede que no tenga solución, por tanto, necesitamos incorporar herramientas diversas para tratar de resolver el problema de la manera más eficiente.

Por lo mismo, el presente trabajo tiene como objetivo analizar el problema del sentido u orientación que debe tener nuestro Derecho Concursal a fin de arribar a escenarios donde no se pierda o en caso de hacerlo, sea lo menos posible.

Vemos que no es un problema que sólo atañe a los empresarios. Cuando una empresa o un conjunto empresarial se ven obligados a salir del mercado por una crisis patrimonial, ello afecta directamente a los consumidores. Éstos verán reducidas sus opciones de adquisición o contratación de servicios con las que anteriormente contaban. Las quiebras en cadena pueden tener como consecuencia, la aparición de mercados monopólicos donde podrían generarse escenarios en los que agentes económicos tiendan a abusar de su posición de dominio.

En las empresas se conjugan intereses que exceden los meramente privados de los acreedores. En ocasiones también se ve comprometido el interés público, pues las empresas son muchas veces productoras de insumos o prestadoras de servicios esenciales para la vida comunitaria. Tenemos desde empresas productoras de alimentos, prestadoras de servicios de transportes, encargadas de vestimentas, productos químicos, combustibles, entre otras.

También en oportunidades las empresas se convierten en el verdadero motor de la actividad de cierta comunidad; alrededor de una empresa de cierta envergadura se puede asistir al nacimiento de comunidades de importancia que dependen exclusivamente de la subsistencia de la actividad empresarial, tal es el caso de las ciudades de Cerro de Pasco y Cajamarca donde Volcán S.A. y Yanacocha, respectivamente, son los principales motores económicos de las ciudades antes mencionadas, verdaderos dinamizadores del mercado local. Es claro que una crisis financiera de cualquiera de estas empresas repercutiría directamente en la población.

## II. ALÍ BABÁ Y LOS CUARENTA "ACREEDORES". EL DERECHO CONCURSAL COMO INSTRUMENTO PARA EL PAGO

Cuando hacemos referencia al Derecho Concursal siempre se nos viene a la mente un patrimonio limitado con un sinnúmero de acreedores dispuestos a todo para recuperar sus créditos. Con el pasar de los años, el concepto ha ido evolucionando hasta convertirse en la compleja herramienta que conocemos en la actualidad.

Podemos señalar que el origen del Derecho Concursal lo encontramos dentro del Derecho Comercial o Mercantil. Sin embargo, en la actualidad, la legislación concursal ha dejado de ser una norma secundaria, muy por el contrario, se está constituyendo en una rama independiente, que si bien puede comprender instituciones de otras ramas jurídicas, posee una personalidad propia<sup>3</sup>.

Se dice que el Derecho Concursal se ocupa de las quiebras. En ese sentido podríamos entender que una norma concursal atiende a las situaciones en las que el patrimonio del deudor no puede satisfacer las deudas que pesan sobre él. Vendría a ser un estado de desequilibrio entre los valores realizables y los créditos por pagar<sup>4</sup>.

Sin embargo, considerar al Derecho Concursal únicamente como un tema de crisis financiera<sup>5</sup> no

3 PUELMA ACCORSI, Álvaro. "Curso de Derecho de Quiebras". Capítulo 1. Cuarta Edición Actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Año: 2001.  
4 GARRIGUES, Joaquín. Capítulo XLI – Derecho de las Quiebras y de las Suspensiones de Pago. En: "Curso de Derecho Mercantil". Séptima Edición. Tomo V. Bogotá: Temis. 1987.  
5 En la doctrina se remarca la diferencia entre crisis financiera y crisis económica. Se dice que sólo existe la primera si una empresa tiene acreedores. Por tanto, si los acreedores desaparecieran, el problema se solucionaría y la empresa prosperaría. Mientras tanto, una crisis económica es aquella donde los bienes no generan suficientes ingresos en relación a los costos de operación de la empresa. En consecuencia, solucionar el problema con los acreedores no cambiaría el problema fundamental que afronta dicha empresa. Como vemos son conceptos distintos, pero en la práctica las empresas que afrontan una crisis financiera es porque están en una crisis económica. A efectos del presente artículo, utilizaremos indistintamente los términos antes señalados por no considerar pertinente abordar esta discusión en el presente artículo. Para mayor información al respecto se puede consultar: BAIRD, Douglas G. "Bankruptcy's Uncontested Axioms". En: Yale Law Journal 108. 1998. pp. 573-599.

es abarcar el problema en su totalidad, muy por el contrario, es ver sólo una cara de la moneda. Esto sería como considerar a los bomberos como una institución que se encarga únicamente de manejar métodos y acciones para apagar incendios lejos de, también, trabajar en su prevención.

Asimismo, en la doctrina se dice que orientar el Derecho Concursal sólo hacia la sanción del quebrado es incurrir en un error. Actualmente se evalúa la naturaleza jurídica del proceso conjuntamente con las implicancias sociales, políticas y sobre todo económicas que pudiera tener. Es decir, en las tasas de interés, la regulación del crédito, el aparato impositivo fiscal, las cargas sociales, etcétera<sup>6</sup>.

El procedimiento concursal juega un rol sui generis pues intenta regular los conflictos inherentes que aparecen cuando existen varios grupos de personas con diferentes pretensiones que intentan satisfacer sus propias acreencias contra los activos de un mismo deudor y su flujo de ingresos, sin importarles la situación de los otros.

La justificación que encontramos en la necesidad de un proceso concursal se encuentra, entre otras razones, en la de proveer de incentivos a los acreedores para que cada uno de ellos, individualmente, así como a nivel colectivo, encuentre como mejor respuesta a la situación, ya sea esperar o cobrar inmediatamente, dependiendo de las realidades empíricas subyacentes y los intereses de los demandantes como grupo. Es así que el objetivo de la norma debe apuntar a maximizar el bienestar del grupo. Sin embargo, el dilema que siempre va a estar presente, es que la ley no va a poder garantizar que los intereses de todos los acreedores estén alineados con los de todo el grupo<sup>7</sup>. Igualmente, al resultar los procedimientos concursales un componente central de cualquier teoría general sobre la estructura de capitales de las entidades empresariales, es preciso darles un tratamiento especial.

Por tanto, el Derecho Concursal debe configurarse como una amalgama de normas referentes al derecho procesal, al derecho civil, comercial, administrativo y penal; normas ya de derecho públi-

co sustancial y sobre todo formal; así como de derecho privado, cuya conexión no llega a constituir, según algunos, una rama jurídica, orgánicamente autónoma<sup>8</sup>.

“El concurso es un complejo orgánico de normas de carácter formal, substancial y de los actos pre-valectes procesales que tiene por finalidad la liquidación del patrimonio del comerciante insolvente y la repartición proporcional de lo recaudado entre todos sus acreedores, organizados únicamente, salvo aquellos unidos de causa legítima de preferencia”<sup>9</sup>.

En conclusión, podemos llegar a tener muchas definiciones de lo que se entendería por Derecho Concursal, sin embargo, dependiendo de la orientación de la legislación encontraremos conceptos orientados a preservar con vida a la empresa, mientras que en otros escenarios tomaremos conocimiento de conceptos que encausan a las empresas a liquidaciones y posteriores desapariciones. Sin embargo, independientemente de la norma concursal que se aplique o su orientación, cuando hablamos de Derecho Concursal siempre hay una crisis económica de por medio donde existe un deudor y dos o más acreedores a los que no se les ha cumplido con el pago de sus créditos.

### III. PARA VIAJAR NO SE NECESITAN DE “ALFOMBRAS MÁGICAS”; BASTA UNA BUENA BRÚJULA. DEFINIENDO EL OBJETIVO DEL DERECHO CONCURSAL

Cuando Simbad el Marino se embarcó en cada uno de sus siete travesías, no tuvo nunca un rumbo fijo, más sí un objetivo definido: buscar fortuna. Para esto no necesitó de alfombras mágicas ni genios que le concedieran deseos. Lo único que llevaba consigo eran sus ganas y su coraje orientados a un solo objetivo.

En más de una ocasión tuvo que sortear increíbles peligros; desde mitológicas batallas contra gigantes peces hasta el más audaz escape de antropófagos. Sin embargo, al final, siempre resultaba victorioso y satisfecho con los tesoros encontrados.

6 FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. “Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial”. Revista de Derecho 47. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993. pp. 165-166.

7 JACKSON H. Thomas y SCOTT Robert E. “On the Nature of Bankruptcy: An essay on bankruptcy sharing and the creditors’ bargain”. En: Corporate Bankruptcy Economic and Legal Perspectives. New York: Cambridge University Press. 1996. BHANDARI, Jadgeep y WEISS edition. Esta versión es un capítulo editado del paper que se publicó originalmente en Virginia Law Review 75. 1989. pp. 155-204.

8 BONFANTI, Mario Alberto y José Alberto GARRONE. Capítulo II - Derecho Concursal - Teoría General. En: “Concurso y Quiebra”. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1983.

9 DE SEMO, Giorgio. “Diritto fallimentare”. Quinta Edición. Cedam. Padova. 1967. p. 31.

Esto no es casualidad, desde el inicio de sus travesías, Simbad tenía claro que su objetivo era buscar fortuna. En el camino podría haber cambio de planes, desvió en las rutas marinas, problemas inesperados, etcétera. Sin embargo, nunca se variaba el objetivo.

Al igual que en los viajes de Simbad el Marino, el Derecho Concursal ha cursado innumerables travesías, ha sufrido modificaciones jurídicas, se ha desjudicializado el procedimiento en algunas legislaciones, las instituciones han variado, los contextos políticos económicos ya no son los mismos que los de antaño, etcétera. No obstante, mientras se defina un objetivo claro y transparente, estamos seguros que conseguiremos una norma que facilite el acceso al crédito, mejore el sistema crediticio y sobre todo, lance señales al mercado precisas y predecibles.

Lo relevante no es cuánto camino hay que recorrer para obtener un resultado eficiente, mucho menos las herramientas que se usen, lo que debe estar definido correctamente a fin de orientar todos los esfuerzos a conseguirlo, es el objetivo, la razón de ser. Es en este sentido que analizamos en el presente trabajo cómo el objetivo del Derecho Concursal ha podido ir evolucionando, pero en la medida que se ha ido consolidando se han obtenido mejores resultados.

Como vemos a continuación, no sólo el objetivo al que debe apuntar un sistema concursal ha variado de acuerdo a los países en los que se aplica. Éste también ha cambiado de acuerdo a la época en la que se comienza a regular esta institución con más fuerza.

No sería relevante realizar una completa evolución histórica del Derecho Concursal como institución, sin embargo, consideramos pertinente mencionar que actualmente se puede afirmar categóricamente que el Derecho Concursal ha dejado de interesarse únicamente en el deudor, ahora también existe una preocupación por los acreedores<sup>10</sup>.

Se han hecho esfuerzos por definirlo y enrumbarlo. Por ejemplo, Gerardo Santini clasificó al Derecho Concursal en: (1) aquel sistema jurídico, anterior a la Primera Guerra Mundial, en el que el objetivo principal era la ejecución del patrimonio del deudor para poder pagar las acreencias existentes. (2) Un interés por la continuación de la actividad empresarial y sólo la liquidación de una parte de la empresa si es necesario<sup>11</sup>.

Sin embargo, con el pasar de los años surgieron nuevas corrientes ideológicas. Es así que se estableció que la idea tampoco es salvar a ultranza a todas las empresas. Lo que se debe buscar es salvar lo salvable, curar lo curable y liquidar a la empresa cuando esta vale más liquidada que en funcionamiento. Si somos obstinados y tratamos de mantener una producción con cargo a altos costes, tratamos de conservar los puestos de trabajo aún cuando estos ya no puedan producir o rendir lo de antes, si nos enfocamos en reflotar a una empresa cueste lo que cueste, lo que al final del día obtendremos serán más pérdidas que ganancias, mayores costes para la colectividad que beneficios<sup>12</sup>.

Asimismo, se señala que el objetivo principal del Derecho Concursal además de proteger el crédito es el de maximizar el valor del patrimonio productivo sujeto a concurso. Para esto, no podemos tener un Estado sobreprotector del deudor ni mucho menos intervencionista. La "concuralidad" no resuelve la inequidad del reparto, ni lo pretende. "La concuralidad es defendible sólo en la medida en que se conserva o aumenta el valor del activo disponible para la satisfacción de créditos. En otros términos, no está para hacer justicia distributiva sino para evitar el desvalor del patrimonio del deudor (o la garantía de los acreedores), que acarrea la competición para hacerse individualmente con una parte del mismo"<sup>13</sup>.

Igualmente, Alfredo Bullard sostiene que la función central de un sistema concursal debe ser la de proteger el crédito. Con un sistema concursal eficiente los acreedores encontrarán forma más efectiva y barata de cobrar. Es así pues que al con-

10 TONÓN, Antonio. "Derecho Concursal. Instituciones Generales". Buenos Aires: Depalma. 1992. p. 79.

11 SANTINI, Gerardo. "Soluciones jurídicas al estado de la crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado". En: Reforma del Derecho de Quiebra. Jornada sobre la Reforma del Derecho Concursal Español. Madrid: Civitas S.A. Fundación Universidad-Empresa. 1982. p. 42.

12 OLIVENCIA RUIZ, Manuel. "Los sistemas económicos y las soluciones jurídicas al estado de crisis empresarial". En: Reforma del Derecho de Quiebra. Jornada sobre la Reforma del Derecho Concursal Español. Madrid: Civitas S.A. Fundación Universidad-Empresa. 1982. p. 42.

13 BISBAL MÉNDEZ, Joaquim. "La insoportable levedad del Derecho Concursal". En: Material de Lectura de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Tomo 1. Lima. 1998. Extraído de: Revista de Derecho Mercantil 214. 1994. pp. 843-872. Madrid, España.

figurarse un mecanismo efectivo que hace posible el cobro, el coste del crédito socialmente se reduce porque los riesgos de la crisis empresarial se minimizan y al ocurrir esto, el crédito se hace más barato y asequible lo que repercute positivamente en la generación de empleo, incremento de actividades productivas, una mejor distribución de recursos a usos más valiosos, etcétera<sup>14</sup>.

Por otro lado, es bueno señalar que un esquema pro-deudor hace más difícil el acceso al crédito por parte de las empresas. A su vez, proteger en exceso al trabajador reduce la oferta de puestos de trabajo; y finalmente, proteger en exceso al fisco, podría reducir la recaudación.

La función de la ley no debe ser la de reestructurar empresas, tampoco la de salvar puestos de trabajo. La función de la ley debe ser la de proteger el crédito. Un sistema concursal debe constituirse en un instrumento que permita maximizar el patrimonio del deudor cuando éste devenga en insolvencia, y con ello, maximizar el recupero de las acreencias<sup>15</sup>. Se debe crear un escenario donde se facilite la reestructuración de negocios viables y se permita una liquidación ordenada de las empresas económicamente inviables. Se debe tratar de maximizar el bienestar del grupo a través de la colectivización.

En consecuencia, intentar un salvataje indiscriminado resulta ineficiente, únicamente se debe tratar de mantener "vivos" a los deudores, económicamente hablando, cuando las características y el estado de las empresas en crisis permita su permanencia en el mercado. Por tanto, se debe acelerar la liquidación de aquellas empresas que no sean económicamente viables.

El tener reglas claras y simples no sólo repercute en los agentes económicos dadores de crédito, también influye directamente en la inversión. Como es obvio, nadie estará dispuesto a prestar capital en un país donde el escenario jurídico o las reglas de juego varían constantemente. La relación entre la consecución de los objetivos relacionados con la eficiencia es inversamente proporcional con la de

los objetivos vinculados con la redistribución. Por tanto, mientras mayor sea el énfasis de un sistema concursal en salvar empresas, menor será la protección del crédito y consecuentemente, mientras más proteccionismo se imponga, más vulnerables van a encontrarse los acreedores<sup>16</sup>.

Un Sistema Concursal debe buscar proveer un mecanismo ordenado para la toma de decisiones cuando los contratos de financiación no hayan previsto qué hacer en caso de una crisis patrimonial generalizada. Por otra parte, deben regular la salida del mercado de aquellas empresas cuyo valor actual de sus recursos es inferior al valor de liquidación que pueda tener la empresa. Asimismo, se tienen que establecer las reglas para la distribución ex post de los costes causados por la insolvencia, lo que ex ante influye en las decisiones de financiación desde el momento mismo en que se producen. Por lo mismo, a nivel agregado, la legislación concursal contribuye a determinar las características de los mercados financieros (esto es, la «arquitectura financiera»): el tamaño relativo del crédito bancario y de los mercados de capital, la proporción de créditos concedidos con garantía real, la canalización de recursos a través de los mecanismos de capital-riesgo, entre otras<sup>17</sup>.

El solucionar los problemas relativos a los elevados costes de coordinación entre los acreedores y el deudor en crisis, el permitir una negociación más productiva y de esta manera generar un escenario donde se puedan tomar las decisiones más eficientes con la tranquilidad que se respetarán los acuerdos, generará un panorama crediticio más favorable al mercado<sup>18</sup>.

Una idea que nos parece importante resaltar es la que se recoge en el informe del Fondo Monetario Internacional (FMI) denominado "Por procedimientos de insolvencia ordenados y eficaces", presentado en el año 2000<sup>19</sup>, en donde se establece que la pretensión de tener un sistema concursal ordenado y eficaz se vincula hoy directamente con la solidez del sistema económico y financiero de los países.

14 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Cambiando estructuras: cultura empresarial y reestructuración patrimonial". En: Mesa Redonda con Douglas G. Baird, Alfredo Bullard González y Gonzalo de las Casas Salinas. En: *Ius et Veritas* 21. Año X. pp. 287-292.

15 EZCURRA RIVERO, Huáscar. "¿Por qué tan pocas reestructuraciones?" En: *Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal-Análisis Económico del Derecho*. Primera edición. Lima: Palestra. 2002. pp. 95-96.

16 EZCURRA RIVERO, Huáscar. "El Estado Contraataca. La múltiple personalidad de un sistema concursal de ciencia ficción". En: *THEMIS-Revista de Derecho* 45. 2002. p. 155.

17 VAN HEMMEN ALMAZOR, Esteban. "Análisis Institucional y Económico de la Nueva Ley Concursal". En: *Revista Banca de Empresa* 78. 2004.

18 EZCURRA RIVERO, Huáscar. "El fin del Derecho Concursal". En: *Legal Express-Gaceta Jurídica* 35. 2003. p. 10.

19 Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm>

Este informe señala como primer objetivo de un régimen de insolvencia el de la repartición previsible, equitativa y transparente de los riesgos entre los actores de una economía de mercado. Y como segundo, el proteger y maximizar el valor de la empresa en el interés de todas las partes comprometidas en la economía en general.

Cualquier sistema concursal que pretenda ser efectivo para reducir los costes de transacción, y que permita que los acreedores mantengan la posibilidad de maximizar el valor del negocio expost en concurso, con el objeto de maximizar el recupero de sus acreencias, deberá ser un sistema efectivo en evitar que algún acreedor y/o deudor, pueda cobrar o extraer recursos de la masa por “debajo de la mesa”<sup>20</sup>.

Es bueno que en medio de lo que entendemos por costes de transacción precisemos, a efectos del presente artículo, que son todos aquellos que dificultan que los individuos se pongan de acuerdo sobre algún tema particular. Es decir, son aquellos impedimentos que imposibilitan o hacen más ardua una negociación. Estos puede ser de tres clases: (i) Costes de búsqueda: entendidos como aquellos que se refieren a la localización de un socio para el intercambio, lo que implica encontrar a alguien que desea vender lo que se desea comprar o comprar lo que se desea vender (ii) Costes de arreglo: se refieren a aquellos que son implícitos a la negociación en sí. Aquí pueden variar según el número de partes involucradas, la cantidad de información con la que se disponga y la complejidad del arreglo al que se quiera llegar. (iii) Costes de ejecución: son los costes del monitoreo del cumplimiento de las partes que tiene que ver con que se honren todas las estipulaciones pactadas así como los castigos o sanciones por incurrir en una violación del acuerdo<sup>21</sup>.

Para graficar mejor lo señalado anteriormente, no hay mejor forma que hacer alusión al Teorema de Coase<sup>22</sup>. En su primera formulación se señala que si los costes de transacción son cero o cercanos a cero, no importa la solución legal que se adopte, siempre las partes involucradas tomarán la decisión más eficiente. Como señalamos en el párrafo

precedente, este no es el caso del Derecho Concursal. Por tanto, tenemos que mirar la segunda formulación del Teorema. Es decir, si los costes de transacción son significativos. Ahí resulta importante la solución legal que se adopte; por tanto, la norma concursal debe tratar de reducir los costes de transacción lo más que se pueda.

Como vemos, el Derecho Concursal genera escenarios donde los costes de transacción por la misma naturaleza de intereses involucrados son altos. Es en este sentido que resulta sumamente importante reconocer que si nosotros podemos disminuir costes de transacción tendremos procedimientos concursales más eficientes. Es ahí donde radica la importancia de tener una norma concursal que favorezca la negociación colectiva, la transparencia de la información, la coordinación entre los acreedores, etc.

Al minimizarse los costes directos que se producen en un escenario de crisis patrimonial, el coste de oportunidad de los recursos productivos innecesariamente empleados durante el concurso disminuiría, el mismo que podría ser utilizado en actividades productivas alternativas. Por otra parte, se evita que empresas insolventes pero económicamente viables fuera del proceso concursal se transformen en no viables por el hecho de transitar por dicho proceso. Así pues, se evitaría una inadecuada reasignación de recursos productivos, la cual de verificarse habría de generar costes sociales representados por la reducción de los bienes y/o servicios factibles de ser consumidos por la sociedad. Similarmente, de atenuarse los costes ex ante de la quiebra, ya sea mediante la reducción de la probabilidad que empresas insolventes y económicamente inviables sean reorganizadas, o bien que empresas insolventes pero económicamente viables sean liquidadas, se reducirían los costes sociales generados; en el primer caso, por permitirse la correcta reasignación de factores productivos hacia fines alternativos, en el segundo, por evitarse dicha reasignación cuando resulta inadecuada, o bien prematura en el caso de existir capital específico. Finalmente, de obtenerse la mayor exactitud posible en la valuación de la em-

20 EZCURRA RIVERO, Huáscar. “La Nueva Ley General del Sistema Concursal. ¿Hacia Dónde Vamos? ¿Avance o Retroceso?” En: Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal-Análisis Económico del Derecho. Primera edición. Lima: Palestra. 2002. pp. 259-260.

21 COOTER, Robert y ULEN, Thomas. “Derecho y Economía”. En: Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1999. pp. 120 y ss.

22 Ronald Howard Coase es un economista británico nacido en 1910, que en el año 1960 publicó “The problem of social cost” (“El problema del costo social”). Artículo que es considerado como el más citado en la literatura económica de todos los tiempos, y el que a la postre, en 1991, le llevaría a ser merecedor del Premio Nobel de Economía. Si bien no está claro que a partir de ese artículo se haya formulado expresamente el ahora llamado Teorema de Coase, incluso se reconoce la introducción de los problemas de los costes de transacción a una obra anterior “The nature of the firm” (“La naturaleza de la empresa”) de 1937, se le reconoce al autor antes citado el beneficio de autoría del que puede ser uno de los más importantes planteamientos del Análisis Económico del Derecho.

presa, y la menor discrecionalidad en el tratamiento de los derechos de los acreedores, se reduciría el riesgo que los mismos enfrentan y por ende el coste del crédito<sup>23</sup>.

Se hace necesario pensar en una legislación concursal que incorpore mecanismos de tipo mercado donde los acreedores decidan el futuro de la empresa en crisis, permitiendo la asignación del control de la empresa a los acreedores, respetando sus preferencias y buscando minimizar los costes de la reorganización. Lo que se busca, a fin de cuentas, es un sistema que solucione los conflictos de intereses entre el deudor y los distintos tipos de acreedores, alineando sus intereses. Un sistema así concebido permitirá contar con un sistema más rápido, con menores costes para las partes involucradas y donde los derechos de propiedad se encuentran bien definidos, permitiendo un procedimiento concursal más eficiente<sup>24</sup>. Sin embargo, un elemento sumamente importante en esta organización es que el Estado blinde, ya sea al juez (en un sistema concursal judicial) o a los tribunales administrativos (en un sistema concursal desjudicializado) de toda injerencia política a los actores del sistema. Sólo con la autonomía e independencia se podrá ganar un sistema más confiable.

Otro elemento al que debemos apuntar es hacia la simplificación. Ésta aporta predictibilidad. A su vez, la predictibilidad genera en los agentes económicos menos incertidumbre, menos riesgos al momento de otorgar créditos, en consecuencia, el crédito se hará más accesible y barato.

Por otro lado, un Sistema Concursal puede ser evaluado, entre otros aspectos, no por el número de empresas que reestructure, sino por su impacto en la tasa de interés. Podremos estar ante un sistema más eficaz cuando al reducir los costes de transacción al momento de cobrar la deuda genere como consecuencia una disminución en la tasa de interés. Resulta ciertamente irrelevante para el Sistema Concursal si la solución de la crisis económica pasa por una reestructuración patrimonial o una liquidación de la empresa. Lo que en realidad debe evaluarse en la viabilidad de una norma concursal es que genere las condiciones necesarias

para llegar a una solución eficiente de la crisis sea cual fuere la solución por la que se decida.

Dentro del proceso para la generación de un panorama adecuado para el acceso al crédito surgen las dificultades que enfrentan las leyes concursales para establecer un adecuado balance entre los distintos objetivos que saltan a palestra en una situación de insolvencia.

Un exceso de protección del deudor, puede llevar a la indiferencia por el cumplimiento o el incumplimiento; una exacerbada protección de la empresa puede llevar a preferir los derechos de los acreedores, particularmente los quirografarios que se ven postergados en el tiempo y afectados por la generación de nuevos pasivos, como ha sido reiteradamente denunciado; una demasia en los poderes de los acreedores puede conducir al desahucio de empresas que pudieran salvarse o a la falta de toda consideración de cualquier otro interés.

Una concepción demasiado jurídica de los procedimientos ante la crisis de la empresa puede hacer perder de vista que la ley no soluciona por sí sola esa crisis, por otro lado, una concepción excesivamente economicista puede hacer perder de vista los derechos de los distintos agentes involucrados como lo son los acreedores, el deudor, los trabajadores, etcétera.

A su vez, un procedimiento concursal excesivamente duro con el deudor supuestamente orientado a crear los incentivos correctos para que éste lleve a cabo su mejor esfuerzo, traerá como consecuencia que el Estado también juegue un papel duro con quien no cumple sus obligaciones. Con la dureza, sumada a la inflexibilidad de los procedimientos, puede volverse un instrumento poco elástico en casos de crisis económicas.

Así, tendríamos la posibilidad de enfrentarnos a una cultura de intervención del gobierno en el ámbito privado. Esto postergaría al procedimiento concursal como mecanismo natural para la resolución de las dificultades. El procedimiento que fue pensado inicialmente duro, terminaría siendo abandonado en parte por sus propias características y las consecuencias inoperancias por injerencias políticas<sup>25</sup>.

23 ZBLOTSKY, Edgardo Enrique. "Reforma del Poder Judicial en la Argentina". En: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas. Parte 2 - Análisis Económico de la Legislación. Capítulo IV - La Ley de Quiebras. Avellaneda: Manantial. 1996. pp. 167-168.

24 BONILLA, Claudio; FISCHER, Ronald; LÜDERS, Rolf; MERY, Rafael y José TAGLE. "Análisis y Recomendaciones para una Reforma de la Ley de Quiebras". En: Documento de Trabajo del Centro de Economía Aplicada de la Universidad de Chile 191. Santiago de Chile. 2003. pp. 2-4.

25 ZIPITRÍA, Leandro. "Un Análisis Económico-Institucional de los Procedimientos Concursales en el Uruguay" (An ("Institutional Economic Analysis of Bankruptcy Procedures in Uruguay"). En: The Latin American and Caribbean Economic Association (LACEA) or Asociación de Economía de América Latina y el Caribe (ADEALC). Montevideo. 2003. Artículo disponible en: <http://www.lacea.org/meeting2001/zipitria.pdf>

Encontrar el equilibrio de modo de dar instrumentos jurídicos idóneos para la solución de los problemas reales de las empresas en dificultades sin afectar de una manera tan seria que resulte en definitiva inconstitucional los derechos de los afectados, es el desafío de toda legislación en relación a las crisis empresariales.

Por otro lado, hay que evitar que el régimen concursal se convierta en una herramienta de uso generalizado para dejar de pagar o postergar pagos sin justificación válida alguna. Si no evitamos esto, se generará un incremento del coste del crédito cuyo cálculo se verá reflejado en la contracción de la economía como consecuencia de las posibilidades más restringidas por parte de los agentes del mercado para acceder a los sistemas de crédito<sup>26</sup>.

Como vemos, las leyes de quiebras persiguen dos objetivos iniciales: establecer un método que posibilite pagar ordenadamente a los múltiples acreedores, concediendo al deudor conservar un mínimo de bienes que le permitan mantener una vida digna o por lo menos una *non penourious existence*<sup>27</sup>.

Por lo que el Derecho Concursal debe apuntar a maximizar el valor ex post de la empresa y disminuir los costos ex ante para todos los que deseen acceder al crédito. De esta manera se contribuye a reducir los costes de transacción del acceso al crédito. Reducir estos costes permite a las empresas llevar a cabo mejores proyectos y crea mayores incentivos a las empresas para maximizar su valor<sup>28</sup>.

Por tanto, el procedimiento concursal va mucho más allá que la simple ejecución colectiva. Por lo mismo, le son aplicables principios procesales y sustanciales propios y exclusivos, muchas veces incluso cuestionados por otras ramas del Derecho. Se puede decir que la acción individual, como medio de ejecución, tiene en la mira el incumplimiento, en consecuencia, su objeto es compeler al deudor a ejecutar aquello a lo que se había obligado (dar, hacer o no hacer). Sin embargo, Los procedimientos concursales gozan de una natu-

raleza distinta, observan la impotencia patrimonial del deudor, es decir, el estado de cesación de pagos y buscan que la mayor parte de acreencias se vea satisfecha de manera ordenada, ágil y respetando ciertas prelaciones.

En conclusión, tener el objetivo definido nos ayudará a perfilar los esfuerzos en una misma dirección. Como hemos visto, debemos encontrar un equilibrio dentro de un panorama que favorezca la reducción de costes de transacción. Es así pues que un sistema concursal eficiente se consolidará como una herramienta muy útil para mejorar el sistema crediticio, y con esto una economía más dinámica y abierta.

Es importante tener las reglas de juego preestablecidas y no variarlas en el camino, la seguridad jurídica y transparencia que se gane hará que se confíe en el sistema y que las empresas tengan procedimientos más eficientes que les permitan tener mejores escenarios de los que hubiesen tenido si es que no hubiera existido una norma concursal, de lo contrario no tendría razón de ser un sistema que regule el tema.

#### A. Navegando en el Sistema Concursal Peruano.

El papel de las instituciones, como diría Douglass North<sup>29</sup>, debe estar orientado fundamentalmente a lograr mayores niveles de certidumbre, lo cual no necesariamente significa que todas responden a los mismos niveles de eficiencia. Los gobiernos en general con el pasar de los años han tratado de regular sus instituciones, según los contextos sociales, económicos, políticos, etc. de la manera que han creído más conveniente a fin de obtener los mejores resultados. Sin embargo, por más que se han realizado esfuerzos importantes, aún existen instituciones que reproducen la ineficiencia. Muchas veces se debe a no tener visión de evolución, por no aceptar que vivimos en un mundo globalizado y constantemente cambiante.

Es así pues, que tenemos como función principal de las instituciones en la sociedad la de reducir la

26 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL INDECOPI - Sala de Defensa de la Competencia. Resolución N° 079-TDC del 24 de marzo de 1997. Expediente N° 035-96-CCE-CCPL – Cuaderno de Nulidad (A). Transur S.A. v. Compañía Industrial Oleaginosa S.A. p. 36. Lima, Perú.

27 POSNER, Eric. "The political economy of the Bankruptcy Reform Act of 1978". En: Michigan Law Review 96. 1997. p. 58.

28 EZCURRA RIVERO, Huáscar. "El Estado Contraataca. La múltiple personalidad de un sistema concursal de ciencia ficción". En: THEMIS-Revista de Derecho 45. 2002. p. 155.

29 Douglass Cecil North es un economista e historiador estadounidense, galardonado con el Premio Nobel de Economía en el año 1993, junto a Robert Fogel, por sus aportes a la investigación en historia económica a partir de la aplicación de técnicas cuantitativas para explicar los cambios económicos e institucionales. Su trabajo principalmente está enfocado al estudio de los Factores políticos, sociales y económicos que inciden sobre las instituciones y los grupos sociales.

incertidumbre estableciendo una estructura estable, lo cual no necesariamente resulta eficiente. Sin embargo, debemos pensar que la estabilidad de las instituciones de ninguna manera contradice el hecho de que estén en cambio permanente<sup>30</sup>. Es decir, que un sistema jurídico varíe en pos de consolidarse no implica que no sea estable. Es así que el Derecho Concursal en el Perú a lo largo de los años ha ido variando de rumbo, no necesariamente por inestabilidad, muy por el contrario, cada vez ha ido perfeccionando su concepción para poder atender eficientemente las necesidades que se pueden presentar.

1. INDECOPI y su "lámpara maravillosa". La evolución del objetivo de la norma en el Sistema Concursal Peruano.

Si INDECOPI, como Aladino, hubiese podido pedirle al genio de la "lámpara maravillosa" tres deseos, suponemos que éstos versarían más o menos así: 1) convertirse en un organismo técnico que vele por la libre competencia en el mercado, sin injerencia política de ninguna clase y completamente autónomo, 2) un sistema de propiedad industrial acorde con las nuevas tendencias y capaz de incentivar el desarrollo de las nuevas tecnologías, y 3) un sistema concursal eficiente que le permita al mercado quedarse con las empresas más eficientes y sacar ordenadamente las que no lo son.

Como este es un artículo y no un cuento con final feliz, sólo podemos decir que el INDECOPI si bien no tiene una "lámpara maravillosa" a lo largo de los años ha tratado de cumplir los tan anhelados deseos. El camino no ha sido fácil, y mucho menos está todo resuelto. Sin embargo, luego de un largo recorrido, sorteando algunos vaivenes, tenemos una norma concursal respetable que si se aplica correctamente puede convertirse en una herramienta muy importante para la economía peruana. Por eso, consideramos pertinente hacer una revisión al sistema a lo largo de los años a fin de relatar su evolución.

Si nos remontamos a los inicios del Derecho Concursal en el Perú, debemos hacer alusión al antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912. Se puede decir que éste es el primer antecedente en

la materia, propiamente dicho, al cual podemos referirnos. Sin embargo, su naturaleza no nos será ajena.

En mencionada norma podemos encontrar dos tipos de procedimientos. El primero se refería al concurso de acreedores para los comerciantes en dificultades. El segundo, nos remitía a la quiebra del comerciante que no podía honrar sus obligaciones<sup>31</sup>.

Como podemos apreciar, para ese entonces se distinguía un estado previo al de la quiebra: la suspensión de pagos en la que el comerciante no gozaba plenamente de crédito, ni cesaba por completo el pago de sus obligaciones.

Vemos que ya para ese entonces teníamos un sistema que contemplaba entre sus figuras a la protección del acreedor así como a la quiebra definida como el castigo por no cumplir con los pagos. Si bien no teníamos un norte definido, el procedimiento se tramitaba ante un juez y los acreedores eran representados por un Síndico Departamental de Quiebras.

Ésta fue la primera piedra para la construcción del Derecho Concursal como lo conocemos actualmente en el Perú y la verdad no dista mucho de lo que se ve en la práctica actualmente.

Posteriormente, apareció la Ley Procesal de Quiebras<sup>32</sup> donde ya se promovía un objetivo fijo que impulsaba a la quiebra de la empresa como mecanismo para el pago de las acreencias.

La Ley se caracterizaba por un carácter liquidatorio, en el cual se priorizaba el pago de las obligaciones a partir de la liquidación de su patrimonio, sin considerar si quiera, las alternativas que pudieran resultar beneficiosas.

Para ser declarado en quiebra sólo se verificaba el incumplimiento del pago de las obligaciones a cargo del deudor y no el estado real del patrimonio. Es decir, una persona podía ser declarada en quiebra siendo o no insolvente.

Se privilegiaba al acreedor individual frente al deudor y a los demás acreedores al permitir que

30 NORTH, Douglass Cecil. "Instituciones, cambio institucional y desempeño económico". En: Fondo de Cultura Económica. México. 1993. p. 16.

31 PALMA NAVEA, José Enrique. "El Derecho de la Crisis de la Empresa en el Perú". En: Estudios de Derecho en Homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo. Lima. 1998. pp. 348-355.

32 La Ley N° 7566, denominada Ley Procesal de Quiebras, tuvo una vigencia bastante extensa (de 1932 a 1992) y en ella se regulaba el tratamiento otorgado por nuestra legislación a los problemas de crisis patrimonial. Esta sufrió modificaciones por las Leyes N° 7607, 15485, 16267, 16694 y por los Decretos Ley N° 17801, 18357 y 21675.

la quiebra pudiera ser declarada por iniciativa individual, sin considerar la postura que pudiesen adoptar los demás afectados por la misma situación de crisis<sup>33</sup>.

Como vemos, el tema de la Ley Procesal de Quiebras se enfoca en el pago de las acreencias mediante el capital que se pudiera obtener de liquidar a la empresa que incumplía con sus obligaciones. Ya veremos que posteriormente este escenario cambiaría.

El 28 de diciembre de 1992 se promulgó la Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial. Con esto no sólo se derogó la antigua Ley Procesal de Quiebras, sino que se transformó la visión que se tenía del sistema concursal hasta ese entonces. Se puede decir que si bien no fue el primer texto normativo en cuanto a legislación concursal se refiere, sí fue el primer intento en adecuar la normativa concursal a las necesidades de la economía peruana y a los cambios que se venían dando tanto en el contexto nacional como internacional.

En efecto, “la Ley de Reestructuración Empresarial no sólo trajo consigo el concepto de insolvencia, relegando a la institución de la quiebra a una posición residual, sino que, principalmente, estableció en la Juntas de Acreedores las facultades de decisión fundamentales respecto de los patrimonios en crisis de sus deudores. Así la norma en cuestión se caracterizó por: (a) la “desjudicialización” de los procedimientos concursales<sup>34</sup>, (b) la decisión sobre el destino de la empresa en manos del colectivo de acreedores, (c) el incentivo de la reestructuración económica financiera para las empresas viables y (d) en defecto de lo anterior, la liquidación ordenada del patrimonio insolvente en un procedimiento extrajudicial”<sup>35</sup>.

De esta manera, se privilegiaba la acción colectiva de los acreedores frente a la acción individual, procurando otorgar, dentro de esa concepción del derecho concursal, los instrumentos legales y financieros tendientes más a una reestructuración,

en tanto exista viabilidad económica del patrimonio insolvente, que a una extinción de este último, en clara contraposición con las orientaciones dadas por la Ley Procesal de Quiebras<sup>36</sup>.

Con la legislación concursal de 1992 se crea un régimen excepcional que, a través de procedimientos simples y que intenta reducir los costes de transacción, trata de proteger el patrimonio de la empresa insolvente, permitiendo su reorganización y reflotamiento o liquidación, de ser el caso, en función al interés común de la totalidad de acreedores, en contrapartida al interés individual que legítimamente cualquiera de ellos pudieran tener ante una situación de incumplimiento normal. Para ello, se pasa de la intervención estatal traducida en las acciones de los jueces y síndicos de quiebras a la participación privada de los agentes económicos vía las Juntas de Acreedores. Toda vez que, siendo tales acreedores los principales afectados con la crisis del patrimonio de su deudor, debían ser ellos quienes detenten la facultad de adoptar las decisiones relevantes con el objeto de maximizar un patrimonio insuficiente en procura de la mayor satisfacción de sus créditos.

Se pensaba que con una norma de las características antes señaladas se ayudaría a las empresas que sufrían las consecuencias del proceso de ajuste de la economía nacional de ese entonces. Hay que recordar que estábamos en pleno proceso de inmersión a una nueva economía de mercado, donde muchas empresas al no ser eficientes no iban a poder competir, y por tanto, su destino estaba condenado a ser el cierre empresarial. Se quería establecer una base normativa que conceda a las organizaciones empresariales la oportunidad de adecuar su estructura administrativa y financiera a estándares de eficiencia mínimos que les permitiera adaptarse al nuevo escenario, y en caso no fuera posible, que se facilite la liquidación de sus patrimonios de manera ordenada a través de convenios de liquidación extrajudicial o procesos de quiebra administrados por entidades liquidadoras autorizadas o empresas bancarias<sup>37</sup>.

33 ECHEANDÍA CHIAPPE, Luis Francisco. “Insolvencia patrimonial y régimen concursal”. En: *Compilación de Beatriz Boza Dibós “Invirtiendo en el Perú”*. Lima. 1993. pp. 457-458.

34 Justamente, a raíz de la promulgación de la Ley de Reestructuración Empresarial, se precisó que todo procedimiento de insolvencia sería tramitado ante la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del INDECOPI (llamada después Comisión de Salida del Mercado, luego Comisión Patrimonial, hoy Comisión de Procedimientos Concursales). No obstante lo anterior, la Única Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 26116, señaló que los procedimientos de quiebra en trámite se regirían por las normas legales vigentes a la fecha en que se iniciaron.

35 DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Más Vale Prevenir que Lamentar: El Concurso Preventivo y su Regulación en la Legislación Concursal Peruana”. En: *Ius et Veritas* 20. Lima. 2000. pp. 182-183.

36 Ley Procesal de Quiebras. Artículo 1.- El juicio de quiebra tiene por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley.

37 HARO SEIJAS, José Juan. “Confusión de Confusiones. La Reestructuración Empresarial de las Personas Naturales”. En: *THEMIS-Revista de Derecho* 31. 1992.

Sin embargo, las nuevas orientaciones incorporadas en la Ley de Reestructuración Empresarial, no tuvieron los resultados esperados. Fue preciso trabajar una nueva disposición concursal que, preservando las bondades del sistema creado en el año 1992, afinara y publicitara algunos conceptos e instituciones, permitiendo a los agentes del mercado ver en este sistema una posibilidad concreta y segura de salida a la crisis patrimonial o de recuperación de su crédito, según sea el caso.

Es así que el 21 de setiembre de 1996 se promulgó la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo N° 845, la cual abordó objetivos importantes del sistema concursal, referidos a: (a) la reducción de las dificultades de negociación y costes de transacción con la finalidad de arribar a acuerdos plurilaterales, (b) evitar la depredación del patrimonio del deudor insolvente con las acciones ejecutivas de cobro, para lo cual otorga una "coraza protectora" bastante eficaz a dicho patrimonio, (c) la conservación de empresas viables o la salida ordenada y equitativa para los acreedores de aquellas que no lo son, (d) el respeto del derecho de crédito de los acreedores, a través de sus acciones colectivas en las Juntas de Acreedores y las facultades del control ex ante y ex post otorgadas a la autoridad concursal, y (e) el reordenamiento del mercado y de sus propios agentes a través de las decisiones dentro del concurso.

El procedimiento de insolvencia ya no es visto como una sanción a la empresa insolvente, sino como una apertura a un marco de negociación que permita corregir la crisis de la empresa entendida como una segunda oportunidad al patrimonio en dificultades económicas<sup>38</sup>. Queda claro, entonces, que la insolvencia no es un sinónimo de bancarrota ni de quiebra, es diametralmente distinta a estas nociones por cuanto deja de lado el sentido punitivo y potencia el fortalecimiento patrimonial en procura de la conservación de la empresa viable.

A estos objetivos delimitados en la Ley de Reestructuración Patrimonial se unió otro, no menos

importante, relativo a la prevención de la crisis y a los mecanismos y beneficios posibles de ser utilizados en hipótesis distintas al ya mencionado estado de insolvencia, dados a través del procedimiento simplificado y del concurso preventivo.

No obstante lo anterior, la demanda y complejidad de los casos presentados al INDECOPI hizo necesaria una modificación a la norma concursal. Ello se tradujo en la promulgación de la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, Ley N° 27146, la cual siguió los objetivos contemplados en la Ley de Reestructuración Patrimonial, pero, adicionalmente, intentó reforzar las facultades de fiscalización de la autoridad concursal e impulsar la utilización de los procedimientos preventivos.

Las modificaciones a la normativa concursal no quedaron allí. Con el Decreto de Urgencia N° 064-99 se establecieron normas transitorias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas, creándose a tales efectos el denominado procedimiento transitorio<sup>39</sup>.

Sin entrar en detalles, lo anterior obedeció a la saturación y demora de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI y sus nueve Entidades Delegadas en el ámbito nacional en la tramitación de los procedimientos de insolvencia presentados<sup>40</sup>. Adicionalmente, se buscó facilitar el acceso a los beneficios que otorga un régimen concursal, descentralizando los agentes aplicadores del procedimiento transitorio y flexibilizando o simplificando los requisitos para ingresar en él.

Entonces, se crea el procedimiento transitorio para (a) descentralizar las funciones del INDECOPI, (b) reducir y flexibilizar los requisitos para gozar de los beneficios del sistema concursal, (c) agilizar el reconocimiento de créditos, (d) controlar mejor la asunción de nuevas deudas por parte de la empresa concursada, (e) propiciar reuniones, y con ello, decisiones más rápidas de las Juntas de Acreedores entre otras razones.

38 RESOLUCIÓN N° 104-96-TDC-INDECOPI del 23 de diciembre de 1996, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI: "...el procedimiento de declaración de insolvencia tiene por finalidad reducir los costos de transacción para que el universo de acreedores de un deudor determinado pueda llegar a un acuerdo que permita, o la reestructuración o, en todo caso, la salida ordenada de la empresa del mercado, protegiendo el derecho que tienen todos los acreedores a recuperar sus créditos en la medida que se lo permita la viabilidad y/o el patrimonio de la empresa. De esa manera se busca evitar que, una vez dada la voz de alarma en el mercado sobre la posible mala situación económica de la empresa, las acciones de cobranza o ejecución que se entablen "canibalicen" el patrimonio insuficiente, perjudicando tanto a los acreedores como a la propia empresa, e impidiendo una solución acorde con la situación real de la misma".

39 Decreto de Urgencia N° 064-99. Segunda Disposición Transitoria.- El Procedimiento Transitorio destinado a la celebración de Convenios de Saneamiento estará vigente para las solicitudes de acogimiento al mismo hasta el 31 de diciembre de 2000. Sin embargo, por Decreto de Urgencia N° 116-2000 publicado en el diario oficial "El Peruano" el 27 de diciembre de 2000 se prorrogó este plazo hasta el 31 de marzo de 2001.

40 Según información de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI al 31 de enero de 2002 se acogieron 5 991 empresas al sistema concursal.

Vemos como a partir del año 92 el sistema comenzó a orientar sus esfuerzos a hacer más atractiva la norma concursal para los agentes del mercado. Se podía intuir cierta orientación económica. Habían pautas y resoluciones del INDECOPI que nos hacían asumir que la norma concursal debería tener como objetivo la protección del cobro de acreencias a través de procedimientos más rápidos, indirectamente se nos decía que era importante tener un escenario adecuado para que los acreedores puedan tomar decisiones eficientes, y por supuesto, ya se hablaba de reestructurar a las empresas económicamente viables y liquidar a las económicamente inviables.

Luego de los muchos avances antes mencionados, se instauró un nuevo rumbo concursal regulado por la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 8 de agosto de 2002. Este cuerpo legislativo sí define un objetivo de manera clara y directa, lo que no significa que éste haya sido correctamente delimitado, como lo analizaremos a continuación.

Finalmente, es con el Decreto Legislativo N° 1050, del 27 de junio de 2008, que se corrige el rumbo. Lo que en un inicio puede haber sido una brújula con varios "tres nortes" (permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa); con este nuevo marco legal se precisa y se marca un objetivo único. Ya no hay que orientar esfuerzos a lo que en un inicio parecía un sinsentido, ahora se señala "*a la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor*" como un único camino.

## 2. Ley General del Sistema Concursal, ¿el último puerto de destino?

Creemos que la finalidad de un sistema concursal es proteger el crédito de la manera más eficiente posible ante situaciones de crisis patrimoniales. Para esto se debe tender a facilitar la creación de un ambiente lo más idóneo posible para que en la negociación que realicen los acreedores involucrados se puedan tomar las decisiones y acuer-

dos que permitan obtener las mejores condiciones para ellos, teniendo siempre como norte la reducción de costes de transacción.

Coincidentemente, en el Perú el día de hoy se señala como el objetivo central de la vigente Ley General del Sistema Concursal<sup>41</sup> la de proteger el crédito. Esto quiere decir que el sistema no debe proteger a las empresas, salvar los puestos de los trabajadores, paliar la crisis económica de la industria nacional u otros afines, que sin dejar de ser importantes, corresponden a otras políticas públicas.

El Derecho Concursal depende en gran medida de las políticas económicas que sigan en un país. Es obvio que un país de economía socialista tendrá una ley de concursos muy distinta a la de un país con una economía de libre mercado.

Por tanto, las decisiones en relación al destino de la empresa que se tomen en los dos escenarios antes descritos podrán estar en un caso en manos del Estado y en el otro caso en manos de los acreedores. Nosotros coincidimos con el profesor Douglas G. Baird al sostener que las decisiones deben estar en manos de alguien que vaya a sufrir las consecuencias derivadas de haber tomado una buena o mala decisión<sup>42</sup>. De esta forma los incentivos para actuar correctamente estarán alineados. Como podremos suponer, los particulares viendo en riesgo su propio patrimonio poseen una estructura de incentivos mejor diseñada que el propio Estado.

La decisión ya sea de reestructurar la empresa o liquidarla para comenzar otra en el futuro debe ser una opción que tomen los acreedores, y por lo mismo, se debe blindar de alguna manera el escenario para que las decisiones que se adopten sean respetadas y vinculantes para todos los involucrados en el proceso.

En Texas se dice que "un hombre no se hace hombre hasta que haga un millón, lo pierda y lo vuelva a recuperar". Uno debe saber cuando no seguir el negocio. Para graficar esta situación podemos mencionar que el gran Henry Ford tuvo que pasar dos crisis empresariales para luego fundar la Ford Motor Company como el día de hoy se conoce. Henry Ford juntó dinero de algunos inversionistas y empezó una compañía de automóviles, la que

41 Ley General del Sistema Concursal. Título Preliminar. Artículo 1. Objetivo del Sistema Concursal.- El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor. (Texto que fuera modificado el 27 de junio de 2008 por el Decreto Legislativo N° 1050).

42 BAIRD, Douglas G. "Cambando estructuras: cultura empresarial y reestructuración patrimonial". En: Mesa Redonda con Douglas G. Baird, Alfredo Bullard González y Gonzalo de las Casas Salinas. En: *Ius et Veritas* 21. 2000. pp. 287-291.

a la postre fracasaría. Liquidó la compañía y empezó una nueva. Ésta volvió a fracasar. Es recién al tercer intento que su empresa marchó correctamente y el emprendedor empresario tuvo éxito, más allá de la expectativa de muchos que lo vieron fracasar dos veces antes<sup>43</sup>.

Como vemos, si la decisión sobre la reestructuración o la liquidación la toman los interesados, éstos serán los que de acuerdo a su experiencia, intuición, aversión al riesgo, capital comprometido, expectativa de ganancia y/o recupero, etc., tendrán los incentivos para manejarse de la mejor manera. Quién mejor que ellos para decir “no va más” o en su defecto continuar con la actividad empresarial a pesar de las pérdidas.

Un Sistema Concursal debe tratar de ofrecer a los acreedores un escenario donde exista la posibilidad de llegar al acuerdo que ellos hubieran preferido arribar ex ante la insolvencia de no haber existido de por medio costes de coordinación. Es decir, una especie de acción colectiva de cobro de acreencias si hubiesen tenido la opción de pactar antes de que existiera una crisis patrimonial de por medio. Es así pues que intentando solucionar los problemas de coordinación que existen entre los acreedores imaginándonos un escenario ideal puede ayudarse a orientar el sistema a ser un instrumento económico-jurídico que se constituya en la herramienta más eficaz para maximizar el patrimonio del deudor cuando esté devenga en insolvente.

La idea tampoco es sobreproteger al acreedor en desmedro del deudor, simplemente es transmitir toda la información necesaria al mercado así como promover un panorama adecuado donde se puedan tomar las decisiones más acertadas dentro de un clima de tranquilidad y seguridad.

Una norma concursal con lineamientos claramente definidos, con intereses alineados en un mismo sentido y donde se intente reducir al máximo los costes de transacción, generará un impacto positivo en el acceso al crédito. En muchas ocasiones lo abaratará, y en otros casos hará accesible el crédito en situaciones en donde antes no lo era<sup>44</sup>.

Por ejemplo, según la Superintendencia de Banca y Seguros informó que el total de préstamos al 15 de enero de 1996 fue de S/. 7'668,000.00. Un año después la cifra llegó a S/. 12'000,000.00. Es decir, los préstamos concedidos por entidades bancarias se incrementaron en más de 36%<sup>45</sup>. Ese mismo año entró en vigencia el Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo N° 845). No estamos afirmando que el acceso al crédito tiene en la norma concursal un único factor de influencia, sin embargo, si es un elemento que afecta directamente su tratamiento y tasas de interés.

Asimismo, según cifras oficiales de la Superintendencia de Banca y Seguros, a mayo de 2003 los créditos de consumo registraron un crecimiento del 19,9% con relación a mayo de 2002, lo que constituyó la mayor variación anual registrada en los últimos meses durante esos años. A junio de 2003, el saldo total de créditos de consumo se incrementó en un 5,2% (US\$ 53,2 millones). Se dijo que este crecimiento fue impulsado por los créditos en moneda nacional, cuyo saldo se aumentó en 10,0% (S/. 197,0 millones) entre diciembre de 2002 y mayo de 2003. Como uno de los factores más influyentes de esta variación se estableció la causa al mayor dinamismo de la economía acompañado por una reducción de tasas de interés, de 48,1% el 31 de diciembre de 2002 a 44,5% el 30 de mayo de 2003<sup>46</sup>. Igual que en el ejemplo anterior, el 5 de agosto de 2002, se había promulgado la actual Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809. Nuevamente nos encontramos en un escenario, que a nuestro criterio, prueba que una normativa concursal con un norte definido influye favorablemente en el crédito.

Creemos que el Estado ha tomado conciencia en el tema. Por tanto, ha tratado de ir mejorando cada vez más la regulación concursal y en el camino ir afinando detalles para crear mayor seguridad jurídica en los usuarios del sistema así como para garantizarle al mercado una herramienta eficaz en el recupero de acreencias.

Un claro ejemplo de lo antes mencionado es que el Decreto Legislativo N° 1050 zanja una discusión que se ha venido dando en los últimos años en

43 *Íbidem*

44 GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE IUS ET VERITAS. En: *Ius et Veritas* 25. Año XIII. Lima. 2002. pp. 425-429.

45 Diario Oficial “El Peruano”. Lima. 17 de febrero de 1997. p. B-4.

46 SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP DEL PERÚ. “Evolución de las Principales Variables del Sistema Bancario a mayo de 2003”. En: Nota Informativa N° 16 - Unidad de Comunicaciones e Imagen Institucional. Lima. 2003.

relación al verdadero objetivo que debe tener el Derecho Concursal Peruano<sup>47</sup>.

La actual norma al plantear como único objetivo la recuperación del crédito a través de procedimientos concursales que promuevan escenarios donde se permita una asignación eficiente de recursos, nos marca el sendero por el que todos debemos discurrir, tanto el INDECOPI como agencia supervisora del sistema concursal, así como los acreedores y deudores como usuarios del mismo.

El camino no ha sido de ninguna manera fácil. Incluso muchas de las críticas a la legislación concursal en el Perú estuvieron encausadas por el hecho del constante cambio en la normativa. Sin embargo, todo esto ha servido para consolidar paso a paso una herramienta jurídico-económica que termina poseyendo un carácter ultrasensible para el mercado.

Se puede decir que gozamos de una norma concursal moderna, que promueve mecanismos eficientes y disposiciones que alientan una mejor disposición para la negociación. Sin embargo, si no se ponen en práctica las normas respetando el espíritu de las mismas, todo esfuerzo quedará en el tintero.

Aún tenemos por delante un largo camino por recorrer. No podemos afirmar a ciencia cierta si la modificación de la norma va a traer buenos resultados. Sin embargo, somos optimistas, pues podemos afirmar que todo aquello que salvaguarde las condiciones para que los agentes económicos puedan actuar eficientemente en el mercado produce efectos positivos. El tener como único objetivo de la Ley General del Sistema Concursal a la protección del crédito es claramente una señal al mercado que el Estado se preocupa por su correcto funcionamiento.

## B. Navegando en aguas internacionales. El objetivo del Sistema Concursal en otras legislaciones

### 1. Estados Unidos de América

En Estados Unidos de América el sistema de reestructuración patrimonial se regula en el Bankruptcy

Code, en el cual dentro de los principales procesos están el proceso de reestructuración contenido en el Chapter 11 y el proceso de liquidación contenido en el Chapter 7. Los procesos son supervisados y dirigidos por el Juez de Quiebras.

El juez debe confirmar el plan de reestructuración presentado por el deudor a sus acreedores. En la práctica se suele favorecer las reestructuraciones por criterios de continuidad de puestos de trabajo, salvaguardar intereses sociales y no generar dramáticos cierres de empresas. Por tanto, se puede apreciar que en Estados Unidos se favorece la salvación de la empresa, la conservación del empleo, la tranquilidad social y se dice que como consecuencia está la protección del crédito.

Así pues, el proceso enteramente judicial que se lleva en Estados Unidos en el cual el rol del Estado a través de su autoridad judicial que además de supervisar la legalidad, aspectos procedimentales y la transparencia dentro del proceso, se centra principalmente en la decisión de viabilidad.

Ya sea en un estado de insolvencia o cerrada, los activos de una empresa pueden utilizarse de diferentes formas. Sin embargo, cada variación del plan comercial original que tenía la empresa aleja las inversiones específicas en la misma. Este problema es conocido en términos financieros como "*optimal stopping problem*" ("problema de parada óptima"). Fuera de la insolvencia, los propietarios decidirían si reconfiguran o no las operaciones de la empresa en problemas. En un régimen concursal, el juez toma esta decisión y qué tan bien se lleva a cabo esta medida depende mucho de la regulación establecida<sup>48</sup>.

Por tanto, en un escenario como el descrito anteriormente sería lógico pensar que al privilegiar un criterio pro-deudor, se reestructuran empresas que objetivamente no eran viables económicamente hablando. Asimismo, la parcialidad de los jueces por salvar a las empresas, el incentivo natural que poseen los deudores que al mantenerse en la administración de la empresa, según el Chapter 11, tienden a esforzarse por promover las reorganiza-

47 Para profundizar en el tema se puede revisar: EZCURRA RIVERO, Huáscar. "El Estado Contraataca. La múltiple personalidad de un sistema concursal de ciencia ficción". En: THÉMIS – Revista de Derecho 45. 2002. ROJAS LEO, Juan Francisco. "De la supuesta esquizofrenia del sistema concursal al maniqueísmo de sus detractores". En: Ius Et Veritas - Revista de Derecho 26. 2003. DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. "Poniendo los puntos sobre la íes: objetivos, principios y líneas matrices del Sistema Concursal". En: Foro Jurídico 2. 2003. p. 65. CASTELLANOS SÁNCHEZ, Luis Fernando. "Mentiras Verdaderas sobre el Derecho de los Incurables. La Naturaleza del Derecho Concursal, Principios y Objetivos Aplicados en la Ley General del Sistema Concursal". En: Gaceta Jurídica - Actualidad Jurídica. Sección Actualidad Mercantil. Tomo 141. 2005. pp. 269 y ss.

48 BAIRD, Douglas G., y Edgard R. MORRISON "Tomando la Decisión de Quiebra". En: Ius et Veritas 25. 2002. pp. 219-230. Artículo publicado originalmente bajo el título de "Bankruptcy Decisionmaking". En: Journal of Economics, Law and Organization 17. 2001. pp. 356 y ss.

ciones y los largos y costosos procesos judiciales<sup>49</sup> en los que se enmarcan las reestructuraciones nos harían pensar que el sistema lejos de proteger el crédito lo encarece.

Sin embargo, en la práctica lejos de repercutir y generar un escenario donde el mercado crediticio sea inaccesible o tener un sistema lento e ineficiente, la regulación concursal en Estados Unidos funciona correctamente, sobre todo para las empresas pequeñas quienes son las que más se someten a procesos concursales.

Resultaría correcto discutir si nos encontramos frente a un sistema pro-deudor o no, lo cierto es que existe a la vez una definición muy clara de las garantías que ofrece el procedimiento concursal. La reestructuración patrimonial estadounidense responde al principio conocido como "Absolute Priority Rule", el cual establece que la norma respeta el orden de pagos dispuesto por los contratos celebrados antes del inicio del proceso concursal. Es así pues que los acreedores cobrarán primero que los accionistas, y dentro de los acreedores, los acreedores garantizados cobrarán antes que los acreedores no garantizados. Asimismo, se encuentra presente el principio de "Fresh Start" o Nuevo Arranque. En el cual se establece que un deudor debe tener la oportunidad de quedar liberado de sus obligaciones y empezar de nuevo, siempre y cuando dicho deudor esté dispuesto a entregar sus activos en pago a los acreedores, aún cuando no alcancen a cubrir la totalidad de sus deudas<sup>50</sup>.

Sin embargo, cabe precisar que si bien se busca facilitarle el escenario al deudor, también se aplican una serie de penalidades, de lo contrario nos encontraríamos frente a un panorama que traería el problema de la "moral de hazard". Es decir, el deudor no tendría incentivos para ser eficiente y no entrar en escenarios de insolvencia si es que no tuviera que asumir algún coste<sup>51</sup>.

Con las reglas de juego pre establecidas claramente, como por ejemplo los acreedores con derechos

especiales<sup>52</sup>, los agentes económicos tendrán la certeza ex ante de un eventual escenario de insolvencia. Por tanto, sus créditos podrían ser garantizados de la mejor manera que consideren conveniente para salvaguardar sus intereses ex post.

## 2. Alemania

A diferencia de Estados Unidos, en Alemania los que deciden en el sistema de reestructuración patrimonial son los acreedores. Si bien es un sistema judicializado, el rol principal es de quienes mantienen acreencias con el deudor. En este caso el Estado sólo mantiene una labor de supervisión, fiscalización y control sobre el desarrollo del proceso en sí<sup>53</sup>.

El artículo 1 de la actual Ley alemana establece: "El procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente especialmente dirigida a la conservación de la empresa. A los deudores honestos les será concedida la oportunidad de exonerarse de las obligaciones residuales".

Así, la decisión de continuar con las actividades del deudor o liquidar su patrimonio compete a los acreedores. Por tanto, ellos tendrán los incentivos necesarios para optar por una decisión eficiente pues su patrimonio será el directamente afectado.

En este tipo de regulación no sólo señalamos que los incentivos están correctamente orientados hacia la toma de decisiones eficientes ya sea dentro de un escenario que permite una liquidación o un escenario que permita una reorganización ordenada. A su vez, la legislación alemana contempla que en el procedimiento concursal no se suspenden todas las acciones de los acreedores ordinarios para la ejecución de obligaciones frente al deudor, las acreencias que están respaldadas con garantías reales pueden honrarse fuera del concurso.

49 Los procesos judiciales en Estados Unidos en materia de reestructuraciones patrimoniales enmarcados en el Chapter 11 suelen durar en promedio entre 21 y 22 meses.

50 DE LA MADRID, Enrique. "Análisis de Derecho Comparado en Materia Concursal de Cinco Legislaciones". En: Biblioteca Jurídica Virtual - Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado 95. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). 1999.

Artículo disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/95/art/art6.htm>

51 BAIRD, Douglas G. "The Elements of Bankruptcy". En: The Foundation Press, Inc. University Textbook Series. 1993. pp. 33-34.

52 Ver: EPSTEIN, David G. "Bankruptcy and other Debtor-Creditor Laws in a Nutshell". En: West Publishing Co. Quinta Edición. 1995. pp. 79 -114.

53 La legislación concursal alemana se encuentra regulada en la Ley de Quiebras del 1 de octubre de 1879 (Konkursordnung), la Ley del Convenio Extrajudicial del 1 de abril de 1935 (Vergleichsordnung) y la Ordenanza del 5 de octubre de 1994 (Insolvenzordnung).

La consecuencia directa de este tipo de regulaciones es un crédito mucho más accesible, un sistema de garantías directamente alineado con la promoción de un mercado activo y por supuesto, un mensaje a los dadores de crédito claro: si garantizan correctamente sus créditos, los podrán hacer efectivos en el futuro independientemente de la situación de la empresa. Es así pues, las reglas ex ante le permiten a los acreedores asegurar sus créditos ex post.

### 3. España

En España, Ley Concursal, entrada en vigencia el día 1 de septiembre de 2004, constituyó como el principal objetivo de su regulación la reasignación de los factores de producción desde los empleos en los que se ofrecía una rentabilidad negativa a otros de productividad social más elevada.

A diferencia de Estados Unidos y Alemania, en España los procesos concursales no venían siendo el camino más utilizado para que las empresas acudieran cuando éstas se encontraban en situaciones de crisis patrimoniales. A manera de ejemplo, tenemos que en el año 2000, de los 2 926 215 empresas que figuraban registradas como activas en toda España se dieron de baja 280 900. De éstas sólo 918 utilizaron el sistema concursal, 396 empresas acudieron al procedimiento de suspensión de pagos y 522 a la quiebra<sup>54</sup>. Por lo tanto, podemos afirmar que sólo una pequeña parte de las crisis empresariales en España desembocan en un procedimiento concursal.

Es en atención a un contexto donde la legislación lejos de estar acorde con la realidad social y económica española, significaba procesos con elevados costes, tanto de tiempo como de dinero, que por tanto hacían de su aplicación, una solución ineficiente para los agentes económicos, los mismos que preferían llegar a acuerdos extrajudiciales al margen de la regulación existente.

La reforma concursal española en un inicio se centró en promover los principios de unidad legal, de unidad de sistema y de unidad de procedimiento para resolver el problema de la dispersión de las normas vigentes que hasta ese momento existían

así como el de multiplicidad de procedimientos concursales que eran susceptibles de aplicación.

El principio de unidad legal se logró mediante la regulación en un solo texto jurídico de los aspectos materiales y procesales del concurso. Por otro lado, el principio de unidad de sistema implica la superación de las instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes. Lejos que en España aún se realiza la distinción entre personas naturales y personas jurídicas, esto permitió un avance. Está comprobado en cuanto a los resultados que estas medidas han arrojado en la legislación comparada que resulta una medida saludable. Si bien aún no se está al nivel de Estados Unidos donde en su regulación de quiebras se establecen normas especiales para los consumidores ya se dio el primer paso. Finalmente, el principio de unidad de procedimiento consigue otorgarle una mayor adecuación al proceso concursal de las diversas situaciones y soluciones que se presentan en el mismo. A su vez, también implica una concentración en el juez del concurso a través de una jurisdicción exclusiva y excluyente para resolver los procesos que se planteen en el curso del procedimiento.

Por otro lado, en el Derecho de Quiebras español existe una marcada diferencia entre los acreedores ordinarios y los acreedores privilegiados. El legislador ha querido señalar la pauta orientándose en un análisis coste beneficio del acceso al mercado de crédito. Se dice que una garantía hipotecaria u otros privilegios permiten a la empresa obtener créditos que no conseguiría sin tales garantías. Así pues, los beneficios que los acreedores privilegiados y la empresa deudora obtienen de este sistema resultan superiores a las pérdidas que sufren los acreedores ordinarios<sup>55</sup>.

Al igual que en casi la totalidad de legislaciones concursales en el mundo, el sistema concursal español ha sufrido una evolución. El objetivo inicial de los procedimientos concursales se basaba en el papel fundamental que se debería desempeñar respecto a los aspectos penales relacionados con la insolvencia patrimonial. Actualmente el panorama ha cambiado. Ahora se orienta la legislación a evitar que los acreedores se vean defraudados

54 ALBERT LÓPEZ-IBOR, Rocío y Francisco CABRILLO RODRÍGUEZ. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho y Departamento de Economía Aplicada. "Un Análisis Económico de la Reforma Concursal Española". En: Revista Valenciana de Economía y Hacienda 11. 2004. pp. 113 a 136.

55 Para revisar bibliografía más detallada sobre la aplicación del Análisis Económico del Derecho al orden de preferencia establecido para los acreedores, se puede revisar: SCHWARTZ, Alan. "Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories". En Journal of Legal Studies 10. 1981. pp.1-37. Igualmente, resulta útil revisar: BOWERS, James. "Security Interest, Creditor's Priorities and Bankruptcy". En: Encyclopedia of Law and Economics Volumen II. 2000. pp. 90-127.

asegurando en la medida de lo posible la satisfacción de sus créditos.

Si bien aún no se tiene como fin último la protección del crédito, se trata de seguir modelos más consolidados como el americano o el alemán, tan es así que ya se habla de juzgados especializados en lo mercantil para que conozcan los procedimientos concursales.

Nuevamente se repite la figura, mientras se tengan objetivos claros y bases legislativas lo suficientemente sólidas para dar señales predecibles al mercado, el sistema funcionará.

Al momento de valorar los efectos económicos de una nueva ley no sólo hay que tener presente las disposiciones sustantivas de la norma, sino también hay que considerar a la estructura de la administración de justicia que debe aplicarla. Una ley perfecta en su redacción puede fracasar por completo si los órganos que velan por su cumplimiento actúan con ineficiencia y lentitud. Es en ese sentido que en este momento España tiene como principal objetivo consolidar sus instituciones, su marco legal y sobre todo la confianza en el sistema. Más adelante estamos seguros que ya se comenzará a discutir si el objetivo de la norma concursal debe ser la protección del crédito, salvaguardar a las empresas, el orden público, etc.

#### 4. Inglaterra

El sistema concursal inglés, al igual que la mayoría de los países del *Common Law* establece como principal objetivo la conservación de las empresas. Se plantean mecanismos para reflotar la economía del deudor.

Nuevamente podríamos pensar que nos encontramos en un escenario pro-deudor lo que originaría un acceso al crédito limitado pues como ya hemos analizado, si no tengo mecanismos para hacer efectivo mi crédito tendré sólo dos opciones: otorgo créditos con tasas de interés sumamente elevadas, o simplemente, no los concedo.

Sin embargo, la legislación inglesa no deja de lado las señales que da al mercado, pues si bien el derecho de quiebras tiende a favorecer al deudor al mismo tiempo tutela los intereses de los acreedores. Entre los principales ejemplos de protección a los acreedores en el sistema inglés tenemos por ejemplo que en el mismo, usualmente, la empresa en reorganización es vendida al acreedor garantizado de mayor importancia.

Por otro lado, se le concede prioridad absoluta al derecho de los acreedores a cobrar y ejecutar in-

dividualmente sus garantías. Asimismo, si bien los procedimientos concursales en Inglaterra se tramitan bajo el régimen de la legislación contenida en el *Insolvency Act of 1986* que establece que la autoridad judicial es quien se encarga de declarar la apertura del procedimiento, son los mismos acreedores los que deciden aprobar el plan que establece la continuación de actividades de la empresa.

Otra particularidad del sistema inglés es que el deudor juega un papel sumamente restringido en el proceso. A éste se le separa de la gestión de la empresa en los procedimientos de liquidación y reorganización. Esto trae como consecuencia directa que los acreedores se vean incentivados a tomar las decisiones más eficientes que consideren pertinentes pues lo que está en juego ahora es su patrimonio. Por otro lado, los ejecutivos y representantes de la empresa tendrán que tomar las precauciones necesarias a través de una buena gestión para evitar una crisis empresarial, pues la misma les puede costar el desapoderamiento de la empresa que manejan.

Finalmente, de Inglaterra podemos concluir que se pueden dar el lujo de tratar de salvar empresas que en la práctica son económicamente inviables a fin de perseguir intereses sociales, la permanencia laboral de los trabajadores, etc. pues tiene un sistema económico estable y consolidado que no sólo los ha llevado a tener instituciones mercantiles muy grandes, sino que también han constituido una de las economías más sólidas a nivel mundial. En economías incipientes o que recién se está produciendo un despegue económico, no nos podemos dar este lujo.

#### 5. Francia

El sistema francés en materia concursal se encuentra regulado mediante la Ley N° 84-148, Ley sobre Prevención y Convenio Amistoso en Caso de Dificultades de las Empresas del 1 de marzo de 1984, la Ley N° 85-98, Ley de Saneamiento y Liquidación Judicial de Empresas del 25 de enero de 1985, y la Ley N° 94-475, Ley sobre Prevención y Tratamiento de Dificultades de las Empresas del 10 de junio de 1994.

Dentro de la legislación francesa podemos encontrar que si bien se le da una prioridad especial a la conservación de la empresa, la Ley de Saneamiento y Liquidación Judicial de Empresas reconoce un triple objetivo: orienta esfuerzos a permitir el salvataje de la empresa, el mantenimiento de la actividad y el empleo y la satisfacción de las acreencias, es decir, intenta proteger al deudor, a los trabajadores y al acreedor.

A diferencia de la legislación inglesa, aquí el Estado tiene un papel preponderante dentro de los concursos. Al ser un sistema judicializado se aprovecha para que las decisiones más importantes sean tomadas por el Tribunal de Comercio. Éste podrá decretar la continuidad de la empresa por ejemplo.

Muchas veces el Estado, bajo la premisa que se debe proteger también los intereses de las personas y entidades que no mantienen una deuda con el insolvente, busca continuar las actividades de empresas inviables. Así pues, se protege a los trabajadores por considerar que ellos se encuentran en una menor capacidad de negociación. A diferencia de los acreedores comerciales que posiblemente tengan diversificada su cartera de acreencias, los trabajadores casi siempre sólo cuentan con un solo empleador, su capacidad de negociación es casi nula y generalmente no toman medidas de precaución ante un escenario de crisis patrimonial. Sin embargo, esta medida no ha dado los resultados esperados como veremos más adelante.

Por su parte, son los acreedores los que poseen un rol pasivo en el procedimiento. Éstos únicamente se limitan a ejercer acciones de supervisión al Plan de Saneamiento, mas no toman decisiones importantes.

En nuestra opinión, es justamente por estas distribuciones de roles que el sistema francés no puede ser considerado uno de los más eficientes de los que hemos revisado. Al contrario, están muy lejos de serlo debido a que los incentivos están orientados de manera inversa. Independientemente de que el Estado quiera preservar a las empresas, son los acreedores los que tienen los verdaderos incentivos para tomar las decisiones más eficientes. En la práctica se ha visto que del 100% de las empresas que ha recurrido a procedimientos concursales, sólo un 7% ha logrado sanear sus pasivos, teniendo a un 93% restante que se han liquidado vía judicial<sup>56</sup>.

“La decisión sobre el destino de la empresa es la decisión fundamental del proceso de negociación concursal, ya que esta implica si la empresa per-

manece en el mercado o se extingue”<sup>57</sup>, por tanto, los acreedores deberían tener la potestad a elegir, caso contrario nos encontramos con dificultades de percepción de objetivos.

## 6. Colombia

El sistema concursal colombiano fija como objetivo principal de su regulación la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de riquezas<sup>58</sup>.

Dentro de la opción legislativa que adoptan los legisladores colombianos está la de otorgar a los acreedores aprobar el concordato propuesto por el deudor, es decir, les corresponde tomar las decisiones más importantes del proceso. El Estado por su lado, a través de la Superintendencia de Sociedades<sup>59</sup> se encarga de administrar los procesos concursales, básicamente sus funciones giran en torno a la imposición de sanciones, calificación de créditos, fiscalizar las disposiciones patrimoniales que se realizan, entre otras.

Comentario aparte merece el contexto social y político que vive Colombia. Dada la crisis institucional que vive la mencionada nación, ha sido necesario blindar a la institución concursal de todo tipo de injerencias externas, presiones o externalidades negativas que podrían afectar el normal desarrollo del procedimiento.

El tiempo será el verdadero juez que se encargará de dictaminar si tal como está estructurado el sistema en Colombia las empresas acogen el sistema concursal como una herramienta eficiente en momentos de crisis económica. Consideramos que aún es muy pronto para pronunciarnos al respecto.

## 7. Argentina

La legislación argentina plantea un objetivo dual. Por un lado, se busca facilitar la conservación de las empresas en crisis, pero por otro no se pierde de vista la importancia de garantizar el cobro de las acreencias<sup>60</sup>.

56 FLINT BLANK, Pinkas. En: Tratado de Derecho Concursal. Volumen I. Lima: Grijley. 2002. pp. 165.

57 SCHWARTZMANN LARCO, Víctor. “La Junta de Acreedores en el Régimen de Reestructuración Empresarial”. En: Ius Et Veritas - Revista de Derecho 9. 1994.

58 El marco legal colombiano en materia concursal está dado por la Ley N° 222 del 20 de diciembre de 1995 y la Ley N° 550 del 30 de diciembre de 1999.

59 Excepcionalmente se encargará de los procedimientos concursales el juez civil cuando el deudor esté sujeto a un régimen especial de intervención o liquidación o cuando estemos tramitando procesos de personas naturales.

El rol de Estado en el procedimiento concursal radica principalmente en la homologación del acuerdo celebrado por el deudor con sus acreedores en el marco del Acuerdo Preventivo Extrajudicial o del Concurso Preventivo. Por tanto, a los acreedores les corresponderá la suscripción y aprobación del acuerdo con el deudor<sup>61</sup>.

Con este sistema se pretende que los acreedores tomen las decisiones más importantes del proceso como una suerte de administradores y ejecutores, y a su vez, el Estado juega un papel de fiscalizador ex post, homologa los acuerdos que puedan celebrarse, básicamente velando por la legalidad de éstos.

Cabe destacar dentro de la legislación argentina que las instituciones financieras confían en la efectividad de los derechos de crédito para reducir el deterioro del valor de los activos y promover el acceso general al crédito. En tiempos de crisis económica, estos sistemas también sirven como válvulas de seguridad para las crisis empresarias al establecer medios para la eficiente rehabilitación de las empresas viables y la preservación de puestos de trabajo; así también, cuando las empresas no son viables, los procesos de ejecución y de liquidación ofrecen un medio para la rápida transferencia de los activos a operadores eficientes del mercado. Estos sistemas también generan equilibrio en las relaciones comerciales, a través de incentivos que alientan la conducta y la administración empresarial responsable, a la vez que proveen desincentivos que sancionan a los deudores y a sus directivos carecientes de disciplina financiera o a quienes se comportan irresponsablemente. De este modo, ellos constituyen una piedra angular de la confianza comercial y son la base para la sólida administración y resolución del crédito<sup>62</sup>.

Es importante resaltar lo establecido en el párrafo precedente, pues se habla de salvaguardar

un elemento esencial en cualquier ordenamiento concursal: la protección y fomento del acceso al crédito.

En nuestra opinión, este elemento fue uno de los principales pilares para que la crisis argentina si bien afectó gravemente la economía e institucionalidad de todo el país, se pudo capear de alguna manera los efectos negativos, llegando a ser en muchos casos malos, pero no lo desastrosos que pudieron haber sido. Incluso, audazmente se aplicaron conceptos e instituciones extrapoladas del sistema americano (Chapter 11) y las mismas sirvieron para salvar instituciones económica y públicamente (como los municipios) viables.

A manera de conclusión de esta parte, podemos decir que todo se resume en una de las ideas económicas más famosas, el "Laissez-nous faire"<sup>63</sup>. No hay mejor estímulo para la actividad económica y la prosperidad que un Estado que limite su intervención al establecimiento de las normas jurídicas básicas y al mantenimiento de las instituciones que garanticen el orden público y el cumplimiento de los contratos (o el pago de compensaciones adecuadas en el caso de que esto no sea posible). Es así pues que el Estado se debe limitar a trazar los objetivos que desea conseguir mediante un sistema concursal claro, que se encargue de fijar reglas transparentes ex ante para permitir resultados eficientes ex post.

Hemos visto como los sistemas concursales que mejor funcionan son aquellos donde el Estado sólo cumple un rol supervisor, y son los acreedores los que toman las riendas del proceso. Como dijimos anteriormente, todo se basa en un adecuado sistema de incentivos, en una correcta distribución de funciones que no sólo vaya acorde con las capacidades de los agentes económicos sino con sus necesidades e intereses.

60 La legislación concursal argentina se basa en lo regulado por la Ley N° 24.22. Sin embargo, cabe precisar que ya desde la derogada Ley N° 11.719, ya se establecía la importancia de proteger a las empresas frente a las crisis patrimoniales que pudieran afrontar. Asimismo, es importante señalar que la legislación también ha sufrido modificaciones drásticas a partir de la crisis económica que sufriera la Argentina a finales de los 90's y principios del 2000. En febrero de 2002, los derechos de crédito y los mecanismos de insolvencia recibieron un golpe significativo con la Ley N° 25.563, una de las medidas de emergencia adoptadas para ayudar a estabilizar el sector empresario imponiendo una automática suspensión de seis meses a las acciones de los acreedores para recuperar sus créditos. A su vez, un avance importante para restaurar el nivel del campo de juego en las relaciones acreedores-deudores ha sido la Ley N° 25.589 del 16 de mayo de 2002. Ella derogó la mayoría de las medidas de emergencia de la Ley N° 25.563 y repuso en vigencia disposiciones relevantes de la ley concursal N° 24.522 que habían sido derogadas o estaban en suspenso.

61 Para revisar más información al respecto se puede consultar el trabajo preparado por Gordon Johnson, Team Leader (Senior Counsel, LEGPS), y Adolfo Rouillon (Consultant, LEGPS) para el Banco Mundial "Argentina. Sistemas de Insolvencia y de Derechos de Crédito". Junio de 2002 en Reportes de Observancia de Stándares y Códigos (ROSC). En: [http://www.worldbank.org/ifa/icr\\_arg\\_spa.pdf](http://www.worldbank.org/ifa/icr_arg_spa.pdf). Revisada el 11 de octubre de 2008.

62 Ibidem.

63 Ideas económica que surge como la respuesta que un grupo de comerciantes franceses le dio al poderoso ministro del rey Luis XIV de Francia, Jean Baptiste Colbert, cuando éste, seguramente con la mejor voluntad del mundo, les preguntó qué podía hacer por ellos. La respuesta de los comerciantes le produjo, sin duda, una gran sorpresa: que el Estado se limite a poner reglas claras y los agentes económicos se encargarán de hacer funcionar la economía correctamente. Esta visión de la vida económica es la que recoge la parábola de la mano invisible, que popularizó Adam Smith, de acuerdo con la cual los agentes económicos, aunque se muevan sólo por su propio interés, promueven con su actividad el beneficio del conjunto de la sociedad.

Debemos dejar de pensar en Estados paternalistas y apuntar a promover el rol subsidiario del Estado. Los acreedores tienen mayores intereses comprometidos en la crisis, por ello su riesgo es alto. Como consecuencia, están impulsados a tomar decisiones eficientes de lo contrario serán ellos quienes asumirán con su patrimonio en juego las consecuencias del fracaso.

#### IV. BUSCANDO LAS "PALABRAS MÁGICAS" EN UN ESCENARIO DE CUENTO. DELIMITANDO LOS PRINCIPIOS DE UN SISTEMA CONCURSAL

Los principios en cualquier ordenamiento jurídico terminan siendo los pilares sobre los que se construye la institución misma. Somos conscientes que ante cualquier fallo o vacío de la norma podemos recurrir a éstos a fin de interpretar el espíritu de la misma y actuar de la mejor manera posible.

Si tenemos principios claros, bien definidos, garantistas y sobre todo, que promuevan la transparencia de la información y las buenas prácticas dentro del proceso, podremos estar seguros que el sistema habrá dado un gran paso para ganar la eficiencia en su actuación.

Sería ocioso ingresar a la discusión si los principios deberían o no incorporarse al Derecho Positivo. Sin embargo, podemos rescatar de esta polémica que los principios de alguna u otra manera rigen un ordenamiento. He ahí la importancia de tenerlos claramente estipulados.

En un país con una tradición democrática aún insipiente, con una economía de mercado que todavía no se termina de consolidar, con instituciones que no datan de hace mucho, creemos conveniente que los principios estén claramente establecidos en la norma que rige el sistema concursal en el Perú.

##### A. De la fábula a la realidad. Principios recogidos en el Derecho Concursal Peruano

###### **Universalidad**

Se refiere a que los procedimientos concursales producen efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor. Se dice que los acreedores tienen

el derecho a disponer de todo el patrimonio del concursado a fin de realizar todas las acciones que estimen convenientes para poder cobrar sus acreencias<sup>64</sup>. Es decir, el deudor deberá responder frente a sus acreedores con todos sus bienes, con excepción de aquellos excluidos por la Ley.

A diferencia de un proceso civil donde exista de por medio una ejecución individual en la que el acreedor persigue sólo el bien relacionado con las medidas cautelares por ejemplo, dentro de un procedimiento concursal se logra la afectación de todo el patrimonio del deudor, es decir, la totalidad de bienes del concursado ingresa al proceso.

En un Procedimiento Concursal Ordinario todos los activos del deudor, ya sean tangibles o intangibles, ingresan a la masa concursal. En el peor de los casos, el patrimonio del concursado se liquidará y se pagará hasta donde alcance el patrimonio del insolvente.

Se ha dejado establecido que la exclusión de bienes del patrimonio en crisis una vez que se ha producido su incorporación al concurso, no es algo que puede ser decidido por el deudor, y que por el contrario, todos los bienes que integran dicho patrimonio están obligados a soportar las consecuencias que se adopten en el respectivo proceso concursal<sup>65</sup>.

###### **Colectividad**

Los procedimientos concursales promueven la participación de la totalidad de los acreedores relacionados con la crisis patrimonial del deudor teniendo como orientación el beneficio de la masa de acreedores por encima del cobro individual de cada acreedor. Surge la idea de que mientras en una ejecución colectiva se busca el beneficio de todos los acreedores, en una ejecución individual sólo se persigue el cumplimiento de la acreencia pendiente del acreedor que promovió la ejecución.

Si estuviéramos en un escenario donde la crisis económica de la empresa sólo involucrara a un acreedor, se podría esperar un arreglo bilateral entre ambos. Puede que se acuerde liquidar el patrimonio del deudor y con lo recaudado se pague el crédito o parte del mismo, caso contrario se

64 Hay que precisar que la Ley contempla ciertas excepciones como los bienes que son declarados expresamente inembargables por algún dispositivo legal, por ejemplo, en el caso de bienes de cierta naturaleza pertenecientes a personas naturales o las exclusiones de los bienes públicos. Un ejemplo práctico podrían ser los bienes de dominio público a los cuales se les consideran inalienables, inembargables e imprescriptibles. Para mayor información al respecto se puede revisar la "Ejecutoria del 24 de abril de 2005". HINOSTROZA, Alberto. Jurisprudencia Civil. Editorial Fecat.

65 ROJAS LEO, Juan Francisco. "Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal". Lima: Ara Editores. 2002. pp. 27-28.

podría acordar que se prorrogue el plazo de cumplimiento de la obligación para así darle tiempo a la empresa a recuperar su solvencia financiera. Sin embargo, cuando en este escenario aparece más de un acreedor, la situación ciertamente se complica y es necesario someter a estos agentes a otras reglas de juego con el fin de tratar de satisfacer de la manera más eficiente las acreencias.

El Estado trata de evitar que se desperdicien recursos a través de lo que se llamaría, en Teoría de Juegos, un juego cooperativo frente a un juego no cooperativo<sup>66</sup>.

Es decir, la idea de un mundo sin procedimientos concursales también la podemos enfocar desde el punto de vista del "Nash Equilibrium" o "Equilibrio de Nash". Éste concepto corresponde a un juego no cooperativo. Cada acreedor tomaría las decisiones que le permitieran obtener los mayores beneficios posibles dado lo que hace el resto de acreedores. Los beneficios resultantes para cada acreedor serían menores a los que se obtuviesen si se actuara coordinadamente. Es decir, si los acreedores se desarrollaran siguiendo su propio interés llegarían a una situación donde todos estarían en peor situación a que si actuaran de forma coordinada<sup>67</sup>.

Sin el marco regulatorio de una legislación concursal tendríamos en el escenario estrategias estrictamente dominadas y estrictamente dominantes, donde los acreedores actuando racionalmente optarían por las segundas, es decir, la ejecución de sus garantías. Cualquiera que escogiera la estrategia estrictamente dominada (promover un acuerdo entre todos los acreedores) se correría el riesgo de no cobrar nada ante un acreedor que no opte por una solución global y se lance por su cuenta a ejecutar.

Los jugadores racionales (en este caso los acreedores) no se basan en la conducta de los demás acreedores y utilizan estrategias dominadas puesto que bajo ninguna conjetura la decisión de optar por éstas sería lo óptimo<sup>68</sup> puesto que el riesgo a quedarse sin patrimonio sobre el que ejecutar es muy alto.

Mucho menos podemos incurrir en el error de creer que podemos predecir el comportamiento de los contrincantes (en este caso los demás acreedores)<sup>69</sup>. Por tanto, no podemos confiarnos que si la empresa resulta viable y nosotros creemos firmemente en su funcionamiento que los otros acreedores estén pensando lo mismo y por tanto, apuesten por una reestructuración por ejemplo.

Es así que bajo este argumento el Estado justifica su intervención en la actividad económica. Una solución sin legislación podría generar en los acreedores otro tipo de costes de transacción. Definitivamente la elección de la estrategia de cada acreedor no sólo depende de su propia racionalidad, sino también de la de su "adversario", lo cual termina siendo una limitación para arribar a una solución paretiana<sup>70</sup>.

Por tanto, el Derecho Concursal se cuida de no generar incentivos erróneos y juegos estratégicos entre los agentes. Busca aplicar herramientas claras y predecibles, muchas veces extrapolando instituciones debe de basarse en los derechos definidos fuera de la actividad concursal; o sea, el proceso concursal debe ser una extensión de la legislación comercial. El concurso tiene como función la de regular la negociación colectiva de los acreedores, esto es los conflictos entre los diferentes grupos que tienen derechos diferentes sobre los activos y el flujo de fondos del deudor.

### **Indivisibilidad**

Dentro de los procedimientos concursales, sobre todo, cuando se habla del principio de universalidad se puede decir que aparece por añadidura el llamado estado o principio de indivisibilidad.

Este se remonta al Derecho Romano en donde se establecía que "los bienes del deudor responden por sus obligaciones" o que "los bienes del deudor constituyen prenda genérica de sus acreedores". Es así que aplicando estas premisas al actual Derecho Concursal podemos decir que la masa crediticia (constituida mediante la Junta de Acreedores) tiene derechos de crédito de carácter

66 En un juego cooperativo, los jugadores pueden negociar contratos vinculantes que les permitan adoptar estrategias conjuntas. En un juego no cooperativo no es posible negociar e imponer un contrato vinculante.

67 PINDYCK, Robert S., y RUBINFELD, Daniel L. "Microeconomía". Quinta Edición. Madrid: Pearson Educación S.A. 2001. pp. 476-478.

68 GIBBONS, Robert. "A Primer in Game Theory". Universidad de Cornell. 1992. ("Un Primer Curso de Teoría de Juegos"). Traducción de Paloma Calvo y Xavier Vilá. Universidad de Northwestern. En: Antoni Bosch editor. Barcelona. 2003. pp. 5-8

69 DIXIT, Avinash K. y Barry J. NALEBUFF. "Thinking Strategically. The Competitive Edge in Business, Politics and Everyday Life". 1991. ("Pensar Estratégicamente. Un arma decisiva en los negocios, la política y la vida diaria"). Traducción de Ana Varela y Alicia Valls. En: Antoni Bosch editor. Barcelona. 2004. pp. 188-189.

70 El Óptimo de Pareto es conocida como aquella situación en la cual se cumple que no es posible beneficiar a más elementos de un sistema sin tener que perjudicar a otros.

general, integral y total que a su vez deberán ser satisfechos también en su conjunto por otra masa patrimonial (totalidad de patrimonio del concursado), generando así una situación jurídica donde la empresa no puede realizar ningún acto jurídico a título singular o individual que afecten o disminuyan su patrimonio a favor de un acreedor en particular o de terceros que terminarían por lesionar el interés del resto de los acreedores<sup>71</sup>

### Proporcionalidad

Con este principio partimos de la premisa que el deudor será incapaz de cumplir con la totalidad de las obligaciones que tiene frente a sus acreedores. Por tanto, se establece que los mismos deberán participar proporcionalmente del resultado económico del procedimiento concursal.

Los acreedores deben comprender la imposibilidad de recuperar el íntegro de sus acreencias, por lo que éstos deberán redistribuir las pérdidas del concursado de la manera más eficiente. Esto va claramente en contraposición del principio recogido en el derecho común "*prior in tempore, potior in iure*".<sup>72</sup> Lo que se promueve el sistema concursal es un trato igualitario en la distribución de las pérdidas por parte de los acreedores. Es en este sentido se manifiesta el *par conditio creditorum* según el cual todos los acreedores participan de manera equitativa tanto de las ganancias como de las pérdidas del concursado sin dejar de lado los privilegios que corresponde a cada uno según la naturaleza o característica de su propio crédito<sup>73</sup>.

Cabe precisar, que el principio de proporcionalidad antes enunciado y sus órdenes de prelación en el cobro, hace referencia únicamente a los derechos económicos que pudiesen tener los acreedores sobre el pago de sus créditos. Los derechos políticos, como los de voz y voto dentro de las Juntas de Acreedores, se encuentran en

un plano de igualdad sometidos a un mismo y único procedimiento, en el cual bastará sólo la calidad de acreedor reconocido para que se puedan ejercer<sup>74</sup>.

Así pues, se aplica lo que también se conoce en la doctrina como la "ley del dividendo", es decir, se establece que si el patrimonio del insolvente es insuficiente para cumplir con pagar las deudas que se mantiene con la totalidad de acreedores, dicho patrimonio se divide entre los mismos en proporción de todos los créditos existentes, de tal manera que el sacrificio que se hace dejando de cobrar cierta parte de la deuda, resultará proporcionalmente igual para todos los acreedores<sup>75</sup>.

### Inicio e impulso de los procedimientos concursales

A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento procesal civil y administrativo, donde la actuación del Estado se basa en los principio de oficiosidad y el inquisitivo, en virtud de los cuales la autoridad estatal es la que inicia e impulsa el proceso, dentro del Sistema Concursal el Estado juega un papel básicamente subsidiario.

Bajo esta línea rectora son los interesados en el proceso concursal los que le tienen que darle vida al mismo. Se dice que tanto el deudor como los acreedores son los que gozan de reales incentivos para realizar las acciones que consideran pertinentes dentro del procedimiento. Mientras el Estado podría responder legítimamente por la protección de un interés público, tanto deudor como acreedores se ven movilizados por su propio patrimonio. Con esto no decimos que el interés patrimonial esté por encima del interés público, sin embargo, muchas veces en un escenario influido por móviles económicos el sistema se regula más eficientemente al tener todos los incentivos alineados hacia la misma dirección. Como argumentaría Adam Smith<sup>76</sup>, los intereses personales

71 SOBREVILLA ENCISO, Tomás. "El Proceso Concursal Peruano. La Ley de Reestructuración Patrimonial". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1998. pp. 103-105.

72 Primero en el tiempo, primero en el derecho.

73 Para mayor información en relación al "par conditio creditorum" y los privilegios crediticios se puede revisar: ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier. "Consideraciones del Derecho Civil acerca de la relación existente, en Sistemas Jurídicos Continentales, entre la Regla del Par Conditio Creditorum y los Privilegios Crediticios". En: Derecho y Conocimiento. Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información y el Conocimiento. Volumen 1. Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva. pp.275-298. Así como, GARRIDO GARCÍA, José María. "Tratado de las Preferencias del Crédito". Madrid: Editorial Civitas. 2000. p. 816.

74 Habría que hacer alusión al especial tratamiento del que gozan los créditos reconocidos tardíamente, los cuales dependiendo de si el deudor está en un proceso de reestructuración patrimonial o en un proceso de disolución y liquidación tendrán distintos derechos, por así llamarlos, respecto a su participación en la Junta de Acreedores.

75 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis María. "Créditos Privilegiados en el Concurso de Acreedores". En: Reforma del Derecho de Quiebra. Jornada sobre la Reforma del Derecho Concursal Español. Madrid: Editorial Civitas. 1982. p. 294.

76 Adam Smith fue un economista y filósofo escocés al que se le atribuye una de las más grandes obras de la economía clásica: "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations" ("Ensayo Sobre la Naturaleza y las Causas de la Riqueza de las Naciones"). También considerado por muchos como el padre de la Economía Política se dice que propuso a manera de metáfora el concepto de la "mano invisible" según la cual se describe el papel que debe jugar el libre mercado en la asignación de los bienes en la economía.

que mueven a los individuos estarán orientados por una “mano invisible” enrumbada a consolidar esos intereses supuestamente egoístas en un bienestar económico general.

La legislación peruana vigente no solo atribuye a los acreedores un rol protagónico en el procedimiento concursal, sino que además les impone, precisamente en razón de dicho papel preponderante, la responsabilidad de conducir el proceso de manera diligente y celer, a fin de que el concurso pueda cumplir cabalmente su finalidad y alcanzar los objetivos perseguidos por la norma<sup>77</sup>.

### **Conducta procesal**

Como hemos visto anteriormente, el Derecho Concursal debe de promover un escenario donde los costes de transacción se vean reducidos a fin de permitir que se pueda llegar a la solución más eficiente posible. Por tanto, los usuarios del sistema deben ajustar su actuación dentro de los patrones de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

Es así pues que la autoridad debe sancionar las conductas basadas en la mala fe, las acciones dilatorias, la temeridad, la poca cooperación del administrado, la falsedad de información o información incompleta, etc. Sólo así se podría desincentivar este tipo de comportamientos que lejos de beneficiar al Sistema Concursal lo encarecerían y volverían ineficiente.

Apreciamos que esta norma tiene un corte de orden ético y moral, sin embargo, lo que se busca es que los usuarios del sistema, ya sean administrados, sus representantes, abogados, y en general, todo aquel que participe en el proceso se guíe por la buena fe, el respeto mutuo, la colaboración y la veracidad. Esto coadyuvará a tener un sistema sólido y confiable, pero por sobre todo, predecible,

lo cual garantizará una mayor seguridad jurídica que al final del día repercutirá positivamente en la reducción de las tasas de crédito.

Tenemos que ser conscientes que en escenarios difíciles como a los que nos referimos dentro un sistema concursal, los acreedores tendrían grandes tentaciones para coludirse y preparar actos simulados que protejan o diluyan lo que queda por repartir en beneficio propio. Por tanto, INDECOPI en virtud a sus atribuciones goza de mecanismos idóneos a fin de evitar que se susciten estos casos. Es por eso que podemos observar procesos en los que se aplican desde sanciones administrativas (amonestaciones y multas) hasta los que se llega a una denuncia penal por fraude en la empresa y en el concurso.

### **Integración de la norma**

El Derecho Concursal por más que sea una rama jurídica que tiene una aplicación especial y procedimientos sui generis, a la vez se nutre de otras instituciones del Derecho como lo son el Derecho Constitucional, el Derecho Mercantil, el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, entre otros. Por tanto, no se puede argumentar una falencia o deficiencia dentro del ordenamiento concursal para dejar de resolver asuntos de su competencia pues las autoridades respectivas podrán apoyarse en otras ramas del Derecho.

Ya el artículo 139, numeral 8 de la Constitución Política del Perú<sup>78</sup> reconoce como principio de la función jurisdiccional el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. Asimismo, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, refiere en el artículo VIII de su Título Preliminar que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les propongan, por deficiencias de sus fuentes<sup>79</sup>.

77 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL INDECOPI - Sala de Defensa de la Competencia. Resolución N° 0532-2008/TDC-INDECOPI del 12 de marzo de 2008. Expediente N° 247-2001/CRP-ODI-ULI. Banco de Crédito del Perú v. Sr. Raúl Ayvar Cevallos. p. 9.

78 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993. Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:  
1) (...)

8) El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

79 LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, LEY N° 27444. Artículo VIII del Título Preliminar.- Deficiencia de fuentes Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

Cuando la deficiencia de la normativa lo haga aconsejable, complementariamente a la resolución del caso, la autoridad elaborará y propondrá a quien compete, la emisión de la norma que supere con carácter general esta situación, en el mismo sentido de la resolución dada al asunto sometido a su conocimiento.

Por otro lado, tanto el Código Civil como el Código Procesal Civil, en sus respectivos Títulos Preliminares,<sup>80</sup> recogen la integración como principio en aras de resolver todo lo que les sea de su competencia.

Es así pues que al Derecho Concursal se le aplican las mismas reglas de juego que los ordenamientos antes revisados. La autoridad administrativa deberá recurrir a los principios generales del Derecho, en especial a los que inspiran el régimen concursal a fin de proceder con los actos administrativos de su competencia de la manera más eficaz y célere posible.

### **Rol promotor del Estado**

Le corresponde al Estado a través del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI), facilitar y promover un escenario en donde tanto los acreedores como el deudor puedan llegar a una negociación eficaz. Atendiendo así, simplemente a un rol subsidiario, velando por el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro de los procedimientos concursales, vigilando el respeto a las formalidades establecidas en la Ley.

El Estado para con el Sistema Concursal tiene un doble rol de facilitador/promotor y controlador, pero sin perder la perspectiva privada del mismo. Resulta trascendental para alcanzar su real funcionamiento que el INDECOPI simplemente haga el papel de árbitro más no intervenga en el juego.

Un marco legal que promueva la transparencia y flujo de la información, que brinde seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la ejecución oportuna de garantías, que ofrezca un mecanismo efectivo de recuperación de deudas y de salida del mercado para empresas en problemas, contribuirá de manera importante a reducir el coste del financiamiento<sup>81</sup>.

Tal cual conocemos al Derecho Concursal en la actualidad, debemos entender que son las partes

con intereses involucrados (deudor, acreedores, trabajadores, proveedores, abogados, representantes, etc.) los que deben desempeñar un rol protagónico. Por tanto, a ellos les corresponde buscar la solución más eficiente ante un escenario de crisis patrimonial, es decir, ellos son los que deberán optar por liquidar el patrimonio del deudor si consideran que el negocio liquidado tiene más valor que el negocio en marcha, o de lo contrario, optar por una reestructuración patrimonial si consideran que la empresa es viable y resulta más rentable mantenerla funcionando que liquidándola.

Todo esto debe darse en orden al mayor respeto posible por la autonomía de la voluntad de los privados y con la menor intervención estatal. INDECOPI sólo debe entrar en el escenario en supuestos excepcionales y siempre de manera subsidiaria a la actuación de los privados.

### **Principio de excepcionalidad**

Cabe precisar que ni en nuestro ordenamiento así como en la legislación comparada revisada encontramos alguna referencia expresa al que debería ser un principio recogido por todo marco legal. Nos referimos al "principio de excepcionalidad". Puede argumentarse que dado el manejo que se otorga al Derecho Concursal se sobreentiende que estamos frente a un procedimiento sui generis, con herramientas y dispositivos que no les son propios al derecho común. Sin embargo, como señalara Luis Francisco Echeandía Chiappe, el no reconocer el carácter excepcional de la aplicación de las normas concursales es desconocer la naturaleza y fundamento del Derecho Concursal. Por tanto, pretender que las normas concursales ingresen dentro del ámbito legal que rigen las relaciones jurídicas de las personas ordinarias es incurrir en un error no sólo de concepción sino una equivocación que le puede traer consecuencias negativas directas a la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento y por tanto, afectarla gravemente<sup>82</sup>.

Concluimos afirmando que tenemos que ser conscientes que la asistencia financiera a empresas en

80 CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ DE 1984. TÍTULO PRELIMINAR. Artículo VIII.- Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la Ley.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ DE 1993. TÍTULO PRELIMINAR. Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal.- El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

81 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF). "Acceso a financiamiento a través del Mercado de Valores". Documento de trabajo publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25 de mayo de 2001. Lima, Perú.

82 ECHEANDIA CHIAPPE, Luis Francisco. "Odisea Concursal y Crisis empresarial. Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador". En: Ius Et Veritas - Revista de Derecho 22. 2001. pp. 198-199.

vías de reestructuración, reorganización, o simplemente concursadas, es un tema central para superar cualquier situación de crisis. Somos claros al decir que una empresa con dificultades financieras sólo podrá salir a flote con capital nuevo, con nuevos créditos otorgados<sup>83</sup>. Siguiendo los principios antes descritos se genera de cierta manera un escenario lo suficientemente garantizado para que se pueda apostar nuevos capitales en una empresa cuando se crea que la misma resulta viable.

## B. “Ábrete sésamo”. Principios generales recogidos por el INSOL Lenders Group

Cuál palabras mágicas pronunciadas por Alí Babá, si se recogen en la legislación concursal y se ponen en práctica los principios que se detallarán a continuación, es probable que ingresemos a un escenario maravilloso. Quizás no accedamos a una cueva llena de tesoros, sin embargo, podríamos obtener un panorama favorable para el crédito, un mercado más dinamizado y por supuesto, un sistema jurídico que goce de predictibilidad y confiabilidad entre los agentes económicos.

Estos principios son pautas que luego de diversos estudios, principalmente los realizados de manera minuciosa por el INSOL Lenders Group (Grupo de Dadores de Crédito de INSOL)<sup>84</sup> se consideran de gran importancia para que se regule un sistema concursal yendo de la mano con criterios de análisis económico. Por tanto, creemos conveniente analizar estos ocho principios, considerando que deberían estar estipulados en cualquier ordenamiento concursal.

De una u otra manera, este estudio recoge información, experiencia y data de distintas legislaciones y realidades. He ahí que resaltamos la importancia de los principios que a continuación comentamos:

PRIMER PRINCIPIO: Cuando un deudor se halla en dificultades financieras, todos los acreedores deben estar preparados para cooperar entre sí para dar suficiente (aunque limitado) tiempo (un “*Standstill Period*”, período de espera) al deudor

para que la información acerca del deudor sea obtenida y evaluada, y para que propuestas a fin de solucionar las dificultades financieras sean formuladas y debidamente valoradas, salvo que tal curso de acción sea inapropiado en el caso en particular.

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

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

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

QUINTO PRINCIPIO: Durante el período de espera, el deudor debe proveer y permitir que los acreedores y/o asesores profesionales tengan razonable y oportuno acceso a toda la información relevante relacionada a los activos, pasivos, negocios y perspectivas del deudor, a fin de permitirles una apropiada evaluación de su posición financiera y de cualquier propuesta a ser realizada a los acreedores relevantes.

SEXTO PRINCIPIO: Las propuestas para la resolución de las dificultades financieras del deudor y los acuerdos, en la medida en que fueron practicable, entre los acreedores deben estar relacionados a cualquier espera, reflejar la ley aplicable

83 RIVERA, Julio César y ROITMAN, Horacio. “El Derecho Concursal en la Emergencia”. En: Biblioteca Jurídica Virtual-Revista Latinoamericana de Derecho 1. 2004. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). pp. 393-394.

84 El INSOL Lenders Group formado y operando bajo el auspicio de INSOL Internacional, ha elaborado su Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts (Declaración de Principios para un Método Global de Abordaje de los Acuerdos Extrajudiciales con Acreedores Múltiples). Tras consultar con máximos representantes de los acreedores de todo el mundo, incluyendo representantes de más de 150 bancos comerciales, compañías aseguradoras, administradores de fondos comunes y de pensión, hedge funds y compradores de deudas apremiantes, así como el Banco de Inglaterra, el proyecto redujo sus conclusiones a una declaración de ocho principios fundamentales.

y la posición relativa de los acreedores relevantes al comienzo del Standstill Commencement Date (fecha de inicio de la espera).

SÉPTIMO PRINCIPIO: La información obtenida a propósito del proceso referido a activos, pasivos y negocios del deudor y para resolver sus dificultades mediante cualquier propuesta debe estar disponible a todos los acreedores importantes y debe ser tratada como confidencial, salvo que se encuentre disponible al público.

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

Como vemos, estos principios están orientados a generar seguridad entre los usuarios del sistema a través de un correcto funcionamiento del proceso concursal. Asimismo, se cautela que la afectación de los derechos (tanto de los acreedores y el deudor) se realice en pos de un mejor escenario para todos. En ningún momento se propone una restricción dramática de derechos sin una justificación razonada.

Ante todo, tenemos que tener presente que la limitación de derechos dentro del proceso concursal debería ser la excepción, no la regla. Si los derechos de los acreedores o del mismo deudor ex ante la insolvencia varían dramáticamente de los derechos de los acreedores o del deudor ex post la insolvencia, es lógico pensar que éstos no van a acudir a un proceso concursal, no van a tener los incentivos necesarios para ingresar al sistema, o de lo contrario, sólo entrarán para sacar un provecho personal, por ende, se tratará de sacar una ventaja individual que posiblemente afectará al interés colectivo.

## V. "MORALEJAS"

El éxito del correcto funcionamiento de una economía moderna tiene que ver mucho con lo que se haga en relación al manejo crediticio. Por lo tanto, se requiere de mecanismos eficientes que faciliten una ejecución predecible, transparente y accesible para los agentes del mercado. No va existir el crédito o por lo menos, crédito barato, mientras el que presta dinero no cuente con una adecuada protección brindada tanto por las garantías legales que pudieran existir, así como por las autoridades competentes.

- a) La legislación concursal, pese a su importancia, no resulta imprescindible desde punto de vista jurídico. Efectos similares a los inducidos por dicha norma pueden ser generados a través de cláusulas incorporadas en un contrato llevado a cabo entre deudor y acreedor. Es así que una norma concursal podría interpretarse como un contrato "*standard*". Sin embargo, lo que hace atractivo a un sistema concursal, es que reduce considerablemente los costes de transacción al evitar que deudores y acreedores deban negociar ex ante cómo deberían desenvolverse en caso se presentara un evento o situación altamente improbable al configurar cada uno de los contratos que suscriben. Asimismo, los acreedores se ahorran los costes asociados a la obligación que se generaría para verificar que se haya producido dicho evento o situación. Finalmente, se promueve un escenario adecuado para la negociación, escenario en el cual se brindan las garantías del caso a fin de arribar a una solución que beneficie a todos. Por tanto, si bien una Ley Concursal podría ser jurídicamente prescindible, resulta ser económicamente eficiente y por ende socialmente deseable.
- b) Mientras se pueda negociar en privado, hay que evitar ingresar a un proceso concursal. Caso contrario, si se opta por someterse a uno, lo mejor es contar con el apoyo de los acreedores, al final del día ellos son los que deciden. No hay mejor deudor que aquel que reconoce su responsabilidad en la crisis y demuestra su voluntad de aportar a la solución y no hay nada peor que un acreedor que sólo busca cobrar cuanto antes así se frustre la solución más eficiente. Por tanto, no es suficiente una buena norma concursal si no se cambia la mentalidad de los usuarios del sistema. Se debe tener claro que el sistema concursal debe tener como objetivo la protección el crédito y que éste sólo puede verse protegido con procedimientos efectivos, de poca duración y que gocen de seguridad jurídica.
- c) El ingreso a un proceso concursal no garantiza que los recursos de la empresa se administren eficientemente, esto depende únicamente de las decisiones que tomen los acreedores. La imposibilidad del deudor en poder cumplir oportunamente con el pago de sus obligaciones afecta de modo directo a sus acreedores, quienes ven sustancialmente reducidas sus expectativas de cobro a medida que dicha situación se prolonga en

- el tiempo y el patrimonio del deudor se torna cada vez más insuficiente para responder por la totalidad de los pasivos generados por la actividad empresarial que aquél desarrolla en el mercado. He ahí donde radica la importancia de decidir rápidamente y de la mejor manera posible.
- d) Los procesos concursales tienen por objetivo reestructurar o liquidar el patrimonio de la empresa. No busca que los acreedores puedan cobrar rápido, lo que se trata de promover es un escenario adecuado para que se puedan tomar las decisiones eficientes. Las empresas de cierta manera son como los humanos, no son inmortales. No resulta eficiente aferrarse al funcionamiento de un negocio inviable. Éstas deben “vivir” o “morir” en el mercado. El daño que se causa al sistema resulta mayor si se pretende enfocar esfuerzos para proteger a una empresa de las fuerzas del mercado.
- e) Ley Concursal sólo debe constituirse en una herramienta para prevenir situaciones de crisis (Concursos Preventivos por ejemplo), evitar la “canibalización” del patrimonio de los deudores insolventes por parte de los acreedores, garantizar los legítimos intereses de los usuarios del sistema y velar por el correcto y transparente manejo del proceso mientras este dure. Todo esto facilitará la promoción de un ambiente favorable para que se pueda llegar a una negociación eficiente, es decir, optar por una reestructuración patrimonial cuando el valor de la empresa en marcha sea superior al valor de la empresa fuera del mercado, o de lo contrario, una disolución y liquidación de la misma cuando el valor de la empresa en marcha sea inferior al valor de la empresa liquidada.
- f) Una ley concursal debe tener como principal objetivo. Teniendo este rumbo claro, no sólo se beneficiará a los acreedores, sino que ex ante, los eventuales deudores podrían acceder a préstamos con tasas de interés más bajas. No cabe duda que uno de los mecanismos dinamizadores del mercado es el crédito, y por tanto, el Derecho Concursal debe cautelarlos.
- g) Con un sistema concursal que proteja el crédito, los agentes dadores del mismo, no tendrían temores en otorgarlo, incluso bajar las tasas de interés, pues existiría una expectativa razonable de pago debido a la existencia de instituciones que protegen sus intereses a través de derechos a la propiedad bien definidos, hipotecas, contratos, seguros y un sistema judicial y/o administrativo relativamente eficaz.
- h) A través de la promoción de escenarios donde los interesados en el concurso puedan tener las garantías y el tiempo necesario para poder decidir en un ambiente adecuado se podrán llegar a soluciones eficientes. No necesitamos crear condiciones pro-deudor o pro-creedor, simplemente debemos generar pautas para que los intereses estén alineados a favor de optar por el mejor camino posible. Esto inconscientemente favorecerá el crédito, por tanto, un mercado más activo y con mayor dinamismo económico.