

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

Privaticemos la insolvencia

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/0v32b1k4>

Author

Ezcurra Rivero, Huáscar

Publication Date

2010-04-26

Peer reviewed

Privaticemos la insolvencia^(*)

Huáscar Ezcurra Rivero

Abogado. Profesor de Derecho Concursal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

1 Introducción.

Nadie discutirá que un pacto donde se determina prestar dinero y cómo cobrarlo es un tema privado. Deudor y acreedor celebran un contrato de préstamo de acuerdo a los términos que para ellos son los más convenientes; y en dicho contrato prevén la forma y plazos de pago, así como las sanciones en caso de incumplimiento. Tales reglas son reglas que resultan de la autonomía privada de las partes. El Estado no interviene en la determinación de las reglas de juego. El Estado sólo interviene para dar las reglas que se aplicarán supletoriamente en caso de falta de acuerdo o cuando, ante un incumplimiento, alguna de las partes presenta una acción que debe ser resuelta por el Poder Judicial. Tan privado es el pacto de prestar dinero y de cómo cobrarlo, que las partes podrían válidamente, inclusive, sustraerse a la jurisdicción del Poder Judicial y pactar que cualquier controversia con respecto a la interpretación o ejecución del contrato será resuelta por un árbitro o Tribunal Arbitral.

¿Cambia la situación una vez verificada la insolvencia del deudor? ¿El incumplimiento contractual deja de ser privado cuando el deudor es insolvente? ¿Deja de ser un problema privado el incumplimiento de pagos, cuando el incumplimiento es frente a varios acreedores? ¿Por qué el incumplimiento de pagos una vez verificada la insolvencia tiene que regirse por las reglas que establece la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo No. 845? ¿Por qué no es posible que en estos casos las partes involucradas pacten las reglas de pago que consideren más convenientes? ¿Por qué el proceso de insolvencia siempre debe tramitarse ante el INDECOPI? ¿Por qué no es posible que las partes pacten que en la eventualidad de insolvencia, se someterán a las reglas de pago que ellos determinen, así como a la jurisdicción de un Tribunal Arbitral, en lugar de la jurisdicción judicial?

Estas son las principales interrogantes del presente trabajo. En la primera parte trataremos de identificar qué es lo que diferencia la contratación antes de que se verifique la insolvencia del deudor (contratación *ex ante* la insolvencia), de la contratación una vez que se ha verificado la insolvencia (contratación *ex post* la insolvencia). El objeto de dicho ejercicio será tratar de encontrar una justificación para la mayor intervención estatal que usualmente se presenta una vez que se ha verificado la insolvencia. En la segunda parte haremos un breve recorrido por el marco concursal peruano, desde la Ley Procesal de Quiebras, hasta la Ley de Reestructuración Patrimonial vigente, tratando de identificar si la intervención estatal en el desarrollo de los procesos de insolvencia ha ido de menos a más o de más a menos, y evaluando la mayor o menor efectividad del sistema según haya existido más o menos Estado en el proceso. La tercera parte la dedicaremos a cuestionar nuestra antigua convicción, de que en los procesos de insolvencia se requiere más Estado para hacer los procesos más efectivos, transparentes y seguros. La idea es cuestionar y desarmar antiguas convicciones de que la insolvencia es un tema público, para luego repensarlas, profundizarlas y volverlas a armar. En la última parte presentaremos un nuevo modelo para tratar la problemática de la insolvencia, sustentado en nuestra nueva convicción de que sí es posible privatizar la insolvencia. Dicho nuevo modelo parte de reconocer que la insolvencia es un tema privado y que, como tal, debe ser resuelto por la libre autonomía de los privados.

2 ¿Qué nos puede decir el Teorema de Coase acerca del Derecho Concursal?

Ronald Coase escribió en 1960 el artículo denominado *The Problem of Social Cost*⁽¹⁾. Su principal idea se denominó luego el Teorema de Coase. Para el ejercicio que haremos en la presente parte resulta de

(*) El presente trabajo contiene varias ideas que nacieron producto de largas discusiones con mi amigo Alfredo Bullard. A él un agradecimiento especial por el tiempo, el cariño y la generosidad que puso en los intercambios de ideas que mantuvimos.

(1) COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. En: *Journal of Law & Economics*. 3 (1960), I.

suma utilidad el Teorema de Coase, pues, como demostraremos, nos permitirá identificar con claridad qué es lo que diferencia la contratación antes de que se produzca la situación de insolvencia, de la contratación que se produce una vez verificada la insolvencia, y por qué tal diferencia ha justificado una mayor intervención estatal cuando se ha verificado la insolvencia.

El Teorema de Coase tiene dos formulaciones o hipótesis:

a) Hipótesis 1: si hubiera costes de transacción cero, se produciría el resultado eficiente con independencia de la norma atributiva de derechos elegida.

b) Hipótesis 2: si hubiera costes de transacción positivos, la solución eficiente no podría producirse con independencia de la norma jurídica elegida. En estas circunstancias la norma preferible es aquella que reduce al mínimo los efectos de los costes de transacción.

Los costes de transacción incluyen: (i) costos de identificación de las partes con las que uno va a tratar; (ii) costos que implica reunirse con dichas partes; (iii) costos del proceso de negociación; (iv) costos de información y, (v) costos de la puesta en práctica de cualquier acuerdo al que se llegue.

2.1 Contratación *ex ante* la insolvencia.

Cuando dos partes celebran un contrato de préstamo nadie dudará que los costes de transacción son cero (o casi cero) y que, por ello, aplicando la primera formulación del Teorema de Coase, el resultado eficiente se producirá a través de las reglas que las mismas partes establezcan. Cuando un deudor y un acreedor contratan los costes de transacción son cero pues no hay costos de identificar a las partes con las que uno va a negociar; no hay mayores costos de reunirse con esas partes a negociar; no hay mayores costos de información que dificulten contratar informadamente; y los costos de poner en práctica el acuerdo al que las partes lleguen tampoco son relevantes, pues el contrato será ley entre las partes, y ante cualquier incumplimiento las partes podrán entablar las acciones legales correspondientes para hacer valer los términos del contrato celebrado.

Por todo ello, no será necesaria una regla estatal (ley del Congreso, por ejemplo) para alcanzar la eficiencia. En estos casos, las partes estarán en mejor posición que el Estado para determinar lo más eficiente a sus intereses. Las partes estarán en aptitud de determinar adecuadamente el monto de la obligación, la forma y plazos de pago, así como las acciones correspondientes en caso de incumplimiento. Igualmente, los privados estarán en condiciones de evaluar si en el hipotético escenario de incumplimiento

y de ser necesario el inicio de acciones legales, su controversia será ventilada en el Poder Judicial, o ante un Tribunal Arbitral.

2.2 Contratación *ex post* la insolvencia.

Una vez verificada la situación de insolvencia los costes de transacción que antes eran cero, se ven incrementados sustancialmente. El problema de incumplimiento de pagos ya dejó de ser un problema entre el deudor y un acreedor, que podía ser resuelto eficientemente por la vía de una negociación directa. Ahora el deudor se encuentra ubicado frente a un número mayor de acreedores con quienes no puede cumplir en su totalidad, y con quienes le resulta difícil, por no decir imposible, llegar a un acuerdo. Los acreedores, conocedores de las dificultades que enfrenta el deudor, intentarán cobrar lo antes posible. Todos saben del riesgo de que otros cobren primero y acaben con los pocos recursos del deudor. Entonces, todos tendrán incentivos para ejecutar los activos existentes.

En estos casos, por los elevados costes de transacción involucrados, los privados (deudor y universo de acreedores) no se encuentran en posibilidad de establecer las reglas más convenientes a sus intereses como colectivo. En efecto, en estos casos resulta difícil que los acreedores tengan identificados a todos los demás acreedores con quienes deberían negociar a fin de determinar si la forma de obtener mayor valor del negocio del deudor es reestructurándolo o liquidándolo; resulta difícil que los acreedores, después de identificarse, se reúnan a negociar y cuenten con la información que les permita valorar el negocio y tomar la decisión más conveniente a sus intereses; aun logrado todo lo anterior, resulta sumamente difícil que después de que los acreedores y el deudor lleguen a un acuerdo, dicho acuerdo sea respetado por todos. Los acreedores se verán inclinados siempre a tener un comportamiento estratégico, desconociendo cualquier acuerdo al que hubieran llegado. Se sentirán más seguros ejecutando activos y cobrando, que esperando la buena fe de todos los acreedores que suscribieron el acuerdo.

En ese sentido: (i) los costos de identificación de las partes con las que uno va a tratar; (ii) los costos que implica reunirse con dichas partes; (iii) los costos del proceso de negociación; (iv) los costos de información y, (v) los costos de la puesta en práctica de cualquier acuerdo al que se llegue, hacen imposible que acreedores y deudor lleguen a un acuerdo una vez que ya se verificó la insolvencia.

A pesar de que los acreedores como colectivo estarían mejor si llegan a un acuerdo (pues podrían mantener en funcionamiento un negocio que tiene mayor

valor en reestructuración que liquidado), tal acuerdo es imposible por los elevados costes de transacción existentes. Tales costes de transacción llevarán a que los acreedores intenten ejecutar los activos del deudor. La única respuesta a la insolvencia será la liquidación de activos que se dará como resultado de todas las acciones individuales que se iniciarán frente al deudor. En aquellos casos en que el negocio insolvente tenía mayor valor como negocio en marcha (reestructuración) que como negocio en liquidación, los acreedores siempre lo liquidarán, a pesar de que ello vaya en contra de sus propios intereses como colectivo⁽²⁾. Entonces, a falta de una regla legal, ocurrirá una pérdida social (por haber liquidado un negocio que valía más reestructurado). Una decisión ineficiente motivada porque las partes involucradas -por los elevados costes de transacción involucrados- no estuvieron en posibilidad de tomar la decisión socialmente deseable.

Entonces, *ex post* la insolvencia, teniendo en cuenta que los costes de transacción son elevados, sí importa la regla que se establezca. La regla legal por la que se opte deberá ser aquella que contribuya a reducir los costes de transacción involucrados y, con ello, permita que las partes adopten la decisión eficiente⁽³⁾.

Es por ello que *ex post* la insolvencia hay mayor intervención estatal. Los privados, como hemos explicado no están en posibilidad de llegar a la solución más eficiente por sí solos. Entonces, el Estado establece las reglas que regirán los procesos de insolvencia y además participa supervisando el desarrollo del proceso de acuerdo a las reglas por él establecidas. La mayor intervención estatal *ex post* la insolvencia, se justifica por el hecho de que en tales circunstancias los costes de transacción son elevados. Como las partes involucradas no están en capacidad de establecer las reglas más eficientes, el Estado interviene y simula la decisión a la que las partes habrían llegado en caso que hubiesen estado en la posibilidad de contratar.

2.3 La necesidad de una regla que reduzca costos de transacción *ex post* la insolvencia.

¿Cuáles son las reglas que reducen los costes de transacción *ex post* la insolvencia? ¿Cómo simula el

Estado la decisión a la que hubieren llegado las partes si hubieren estado en la posibilidad de contratar?

Si las partes hubieran estado en la posibilidad de contratar una vez verificada la insolvencia, hubieran pactado que los activos del deudor en insolvencia devienen en intangibles una vez verificada la insolvencia, de tal forma que ningún acreedor se vea sometido al riesgo de que algún otro acreedor se le adelante y cobre primero, poniendo en peligro la posibilidad de cobro de los demás. Una regla que determine la intangibilidad del patrimonio del deudor insolvente, introducirá confianza entre los acreedores. Confianza de que nadie intentará ejecutar. Con ello se generará un ambiente favorable a la negociación de una fórmula que sea mejor para todos los acreedores como colectivo. Una primera regla entonces que contribuye efectivamente a reducir los costes de transacción será la regla de protección del patrimonio del deudor insolvente⁽⁴⁾.

Adicionalmente, si las partes hubieran estado en la posibilidad de contratar las mejores reglas para casos de insolvencia, seguramente hubieran contratado por un mecanismo que permita reducir los costos propios de identificar a las partes que podrán participar en la negociación. Tales reglas podrán establecer que una vez verificada la insolvencia se convocará a los acreedores del deudor para que registren sus acreencias ante una autoridad técnica e imparcial, que determine quién mantiene créditos frente al deudor, hasta por qué montos, y con qué orden de preferencia.

De otro lado, las partes seguramente hubieran contratado por reglas que establezcan que para que haya acuerdo válido y obligatorio entre los acreedores reconocidos por la autoridad técnica e imparcial designada, bastará que tal acuerdo sea aprobado por la mayoría, no siendo necesario un acuerdo unánime. El acuerdo de mayoría como acuerdo válido y obligatorio para todos, reducirá los costes de transacción existentes pues, convencer a la mayoría es sin duda más sencillo que convencer al cien por ciento. Si se estableciera la necesidad de acuerdo unánime para conformar un acuerdo válido y obligatorio, simplemente nunca habría acuerdo.

Finalmente, si las partes hubieran estado en la posibilidad de contratar, seguramente hubieran

(2) Ver: ADLER, Barry E. *A Theory of Corporate Insolvency*. 72 N.Y.U. L.Rev. 343, 360, n. 62 (1997), y JACKSON, Thomas H. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. 7-19 (1986).

(3) Será decisión eficiente la decisión de reestructurar el negocio cuando el valor de negocio en marcha sea mayor que el valor del negocio en liquidación. También será eficiente la decisión de liquidar cuando el valor del negocio en liquidación sea mayor que el valor del negocio en marcha.

(4) Ver: EZCURRA, Huáscar. *La Ley de Reestructuración Patrimonial: fundamentalmente un instrumento de reducción de costos de transacción*. En: *Gaceta Jurídica: Estudios sobre Reestructuración Patrimonial*. Lima. Tomo 57, 1998.

contratado por que una autoridad técnica e imparcial sea la que supervise la legalidad de los acuerdos adoptados por los acreedores y, más importante, sea la que haga valer los acuerdos adoptados.

Es entonces a través de todas estas reglas que nacen del Estado y no de las partes, que se simula aquellas reglas que las partes hubieran contratado de haber sido ello posible. Todas estas reglas contribuirán a reducir el problema de elevados costes de transacción existentes una vez que se ha verificado la insolvencia, y tendrán el efecto de reducir tales costes, permitiendo que las partes se encuentren en la posibilidad de contratar por aquella decisión sobre el negocio que les garantice obtener mayor valor, ya sea reestructurándolo o liquidándolo.

De esa forma, vemos que en insolvencia -por los elevados costes de transacción existentes- sí se encontraría justificada la mayor intervención estatal. Veamos ahora qué ha pasado en los últimos años en el Perú. Observemos qué tanto ha intervenido y qué tanto interviene hoy el Estado en los procesos concursales.

3 Del Poder Judicial al INDECOPI, y del INDECOPI a las Oficinas Descentralizadas.

A continuación, haremos un muy breve repaso de las legislaciones concursales vigentes en el Perú desde el año 1932 hasta la fecha, refiriéndonos a cuánto Estado hemos tenido en cada caso y a cuánto fue dejado a la libre iniciativa privada.

3.1 Del Poder Judicial al INDECOPI: la desjudicialización de los procesos concursales y la privatización de la decisión sobre el destino del deudor.

De 1932 a 1992 estuvo vigente en el Perú la Ley Procesal de Quiebras, Ley No. 7566. Dicha ley contenía un régimen concursal fundamentalmente liquidatorio. La respuesta del sistema concursal a la problemática de la insolvencia era, en la generalidad de los casos, vender los activos del deudor a fin de pagar sus pasivos con los recursos que se obtuvieran como consecuencia de la liquidación. El proceso era dirigido y supervisado por el Juez de Quiebra, y la liquidación era administrada por el Síndico de Quiebras. Si bien los acreedores tenían la posibilidad de aprobar una reestructuración, en la práctica, tal opción raras veces era utilizada con éxito, considerando las altas mayorías que se exigían para formar una decisión válida.

La intervención estatal en este proceso era marcada, tanto por la importante participación del Juez

en el desarrollo del proceso, así como por la participación del funcionario estatal Síndico de Quiebras en el desarrollo e implementación de la liquidación de los activos del deudor. En suma, el proceso concursal contenido en la Ley Procesal de Quiebras fue uno en el cual el Estado tuvo un rol protagónico, y los privados, por el contrario, tuvieron limitada participación.

En 1992 se dio en el Perú un cambio radical. Entró en vigencia la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley No. 26116 y, con ella, se derogó la Ley Procesal de Quiebras. Primer aspecto importante de este cambio radical lo constituyó el hecho de que el Poder Judicial dejó de tener competencia para pronunciarse sobre la problemática de la insolvencia. La insolvencia pasó a ser competencia de una entidad administrativa que acababa de ser creada: el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI en adelante). A partir de dicho momento el INDECOPI resolvería y supervisaría el desarrollo de los procesos de insolvencia, y el Poder Judicial, sólo quedaba como autoridad que podría revisar lo resuelto por el INDECOPI en la vía contencioso administrativa. El INDECOPI pasó a tener entonces el rol principal en la tramitación y supervisión del proceso, y el Poder Judicial pasó a tener un rol fundamentalmente subsidiario, revisando las resoluciones administrativas expedidas por el INDECOPI que fueran impugnadas en la vía contencioso administrativa. A partir de dicho momento la insolvencia fue desjudicializada para luego ser administrativizada.

Como parte de los cambios que introdujo el Decreto Ley No. 26116, es pertinente referirse al mayor rol que dentro del desarrollo del proceso se atribuyó a los privados. En efecto, dentro del proceso de insolvencia instaurado por el Decreto Ley No. 26116, los acreedores son los que toman las decisiones dentro del proceso. El INDECOPI decide si hay o no insolvencia, pero luego, una vez que la Junta de Acreedores se reúne e instala, corresponde a ésta (y no al Estado ni al deudor) decidir lo más conveniente a los intereses de los acreedores. La Junta de Acreedores tenía tres opciones de decisión sobre el destino: (i) la continuación de las actividades de la empresa bajo un proceso de reestructuración; (ii) la liquidación extrajudicial de activos bajo un proceso de disolución y liquidación; y, (iii) la liquidación judicial de activos bajo un proceso de quiebra judicial. Los acreedores tomaban decisiones por mayoría. El deudor solamente podía proponer. Y el Estado solamente podía supervisar el cumplimiento de las formalidades y la legalidad de los acuerdos.

Otro cambio adicional que se enmarcó dentro de esta tendencia a tener menos Estado dentro del proceso y tener un rol más importante para los privados, fue que la administración del negocio en crisis quedaba en manos del administrador que la propia Junta de Acreedores designara. Tal administrador sería un privado; ya no un funcionario estatal. En reestructuración, la Junta de Acreedores tenía la posibilidad de ratificar a la misma administración que estuvo en ejercicio antes de la insolvencia, o cambiarla por una nueva. En liquidación la Junta designaba como liquidador a alguna de las entidades calificadas por el INDECOPI para esos efectos.

En resumen, el proceso establecido bajo la Ley de Reestructuración Empresarial fue un proceso en el cual, además de desjudicializar los procesos para administrativizarlos, se comenzaron a dar pasos importantes hacia la privatización de las decisiones dentro del proceso. Las decisiones de negocio correspondían únicamente a los acreedores; al Estado solamente le correspondía supervisar, fiscalizar y sancionar, de ser el caso.

3.2 Del INDECOPI a las Oficinas

Descentralizadas: la descentralización de los procesos concursales y la privatización de las facultades del INDECOPI.

Desde 1992, con la entrada en vigencia de la Ley de Reestructuración Empresarial, se consagró la posibilidad de que el INDECOPI delegara funciones en materia de reestructuración patrimonial. Dicha facultad de delegación fue fortalecida en 1996, con la entrada en vigencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo No. 845.

En el transcurso del año 1992 hasta la fecha, hemos pasado de un régimen concursal que concentraba la autoridad para tramitar, resolver, supervisar y sancionar los casos de insolvencia en el INDECOPI sede central de San Borja, Lima, a un régimen en el cual el Estado ha delegado en un cien por ciento sus facultades para tramitar, resolver, supervisar y sancionar, en entidades de la sociedad civil de reconocido prestigio.

En los primeros años de la delegación en Lima, INDECOPI sede central concentraba el mayor número de los casos y sólo una pequeña parte era delegada en

el Colegio de Abogados de Lima y el Colegio de Contadores Públicos. Hoy en Lima, la sede central del INDECOPI en San Borja ya no tramita casos⁽⁵⁾. La sede central monitorea el sistema concursal a nivel de todo el país. Los casos son tramitados en su totalidad en las Oficinas Descentralizadas⁽⁶⁾.

A través del esquema de descentralización de las facultades del INDECOPI, no sólo se ha ampliado en forma importante la posibilidad de que los beneficios de la Ley de Reestructuración Patrimonial lleguen a más lugares del país, sino que además, se ha creado un modelo único a través del cual el Estado se asocia con la sociedad civil y le delega sus atribuciones para tramitar y resolver sobre temas que antes eran de competencia exclusiva del INDECOPI. A través del modelo de descentralización de las funciones del INDECOPI referido, se ha dado un paso importante hacia la privatización de la insolvencia. Se ha demostrado que para que la tramitación y resolución de los casos de reestructuración patrimonial sea técnica, imparcial y eficiente, no necesariamente tales funciones deben estar concentradas en el Estado (INDECOPI). La descentralización de funciones implementada por el INDECOPI, trasladando a las entidades de la sociedad civil con quienes decide asociarse todo su *know how* para tramitar y resolver casos de reestructuración patrimonial, es una muestra palpable de que privatizar la insolvencia sí es posible, sin que por ello se pierda en tecnicismo, imparcialidad y eficiencia. Por el contrario, a través de la descentralización se ha ganado en eficiencia: el Estado tiene límites naturales para crecer al ritmo del incremento geométrico de los procesos de insolvencia; con la descentralización, ha sido posible atender más casos y con mayor agilidad.

Luego de este muy breve repaso de lo ocurrido en la legislación concursal peruana desde 1932 hasta la fecha, hemos observado que se ha transitado de un modelo en el cual había mucho Estado (Ley Procesal de Quiebras) a un modelo en el cual se han privatizado las decisiones de negocio al interior del proceso atribuyendo tales decisiones a los acreedores (Ley de Reestructuración Empresarial y Ley de Reestructuración Patrimonial) y, además, se han privatizado inclusive las facultades para tramitar, resolver y sancionar

(5) Ver: ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. *Documento de Trabajo No. 008-2000: Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico de una Década*. En: *Separata especial del Diario Oficial El Peruano*, 27 de agosto de 2000.

(6) Son Oficinas Descentralizadas de Reestructuración Patrimonial en Lima, el Colegio de Contadores Públicos de Lima, la Cámara de Comercio de Lima, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Lima. Al interior del país, son Oficinas Descentralizadas de Reestructuración Patrimonial la Universidad de Piura, la Cámara de Comercio de Arequipa, Lambayeque, Iquitos, Cuzco y Trujillo.

procesos de insolvencia. Nuestros legisladores han trazado un camino en el cual cada vez hay menos Estado, y en el que cada vez se asignan roles más importantes a los privados.

¿Es posible privatizar aún más? ¿Es ello necesario? Tales interrogantes son las que procuraremos responder en los acápite siguientes.

4 Definiendo roles del Estado y de los privados en los procesos concursales⁽⁷⁾.

En la tarea de diseñar un adecuado régimen concursal, resulta muy importante tener un marco conceptual claro sobre los roles que dentro del modelo que se proponga, deben corresponder al Estado y a los privados. En el acápite anterior, hemos observado que en el Perú hemos ido de más a menos Estado en los procesos concursales. Para estar en aptitud de responder a la pregunta de si es posible y conveniente privatizar aun más, primero tengamos claro qué es privatizable y qué no, y qué es necesario seguir manteniendo bajo el ámbito de la decisión estatal.

Parte central (si no la más importante) de los procesos de insolvencia de empresas es la decisión de negocio relativa a si conviene la continuación de las actividades de la empresa (reestructuración) o si, por el contrario, conviene su liquidación, así como todas aquellas decisiones relacionadas a ésta (valuación de negocio en marcha y negocio en liquidación, decisión sobre régimen de administración, decisión sobre plazos y forma de pago, etcétera).

El Estado no tiene los incentivos adecuados para tomar decisiones de negocio correctas, pues no gana por una decisión correcta, así como tampoco pierde por una decisión incorrecta⁽⁸⁾. Como el Estado no se ve afectado por las decisiones que tome, hay el riesgo de que tome la decisión incorrecta.

Los privados (acreedores), en cambio, sí tienen los incentivos adecuados para tomar decisiones correctas. Los acreedores perderán si se equivocan al tomar su decisión, pues recuperarán una menor parte de sus

créditos. Y ganarán si toman la decisión correcta pues incrementarán sus posibilidades de recupero. En ese sentido, los privados tienen los incentivos adecuados para informarse sobre la realidad del negocio, valorarlo adecuadamente y, optar, en función de ello, por la reestructuración o la liquidación, según cuál opción les dé mayor valor. Asimismo, tienen los mejores incentivos para designar a la administración que les dé mayores garantías de generar valor, y establecer la forma de pagos más conveniente a sus intereses, etcétera.⁽⁹⁾

Lo anterior no quiere decir que los privados (acreedores) nunca se equivocarán al tomar decisiones de negocio, sólo quiere decir que, por sus incentivos, tienen una tendencia a equivocarse menos. El Estado, en cambio, por sus incentivos, tiene una tendencia a equivocarse más⁽¹⁰⁾.

Por ello, lo que respecta a las decisiones de negocio y todas aquellas otras decisiones relacionadas con éstas, debe ser dejado a la exclusiva decisión de los acreedores. El Estado no debe tener ninguna intervención.

Entonces, ¿cuál es el rol que debe corresponder al Estado en los procesos concursales?

Existen decisiones o roles que los privados no están en condición de realizar en términos eficientes. Nos referimos fundamentalmente a la tarea de fiscalizar el comportamiento de los privados, evitar abusos, y sancionar ejemplarmente a los privados cuando se viole la ley o los principios consagrados en la ley. Los privados no tienen los incentivos adecuados para fiscalizar pues ello los convertiría en juez y parte de sus propias decisiones. Resulta obvio que los privados no son los mejores para fiscalizarse a sí mismos. El Estado, en cambio, como entidad imparcial y técnica, sí tiene los incentivos para decidir mejor en cuanto al comportamiento de las partes con arreglo a ley.

Por ende, el rol de fiscalizar y sancionar debe ser tarea del Estado, y no de los privados. Ejemplo claro de lo anterior en la Ley de Reestructuración Patrimonial, sería la tarea de fiscalizar y sancionar a las entidades liquidadoras en el desempeño de sus funciones.

(7) En este punto, ver: RASMUSSEN, Robert y SKEEL JR., David A. *The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy Law*. 3 Am. Bankr. Inst. L.Rev. 85,1995.

(8) Llamamos decisión correcta en estos casos, a la decisión de optar por el mayor valor entre valor de negocio en marcha y valor de negocio en liquidación. Si valor de negocio en marcha es 100 y valor de negocio en liquidación es 50, decisión correcta en tal caso sería aprobar la reestructuración del negocio. Decisión incorrecta, en cambio, sería aprobar la liquidación, pues en tal caso la sociedad deja de ganar 50.

(9) Ver: SKEEL JR., David A. *Rethinking the Line Between Corporate Law and Corporate Bankruptcy*. 72 Tex. L. Rev. 471,475 n.7 (1994); SKEEL JR., David A. *The Nature and Effect of Corporate Voting in Chapter 11 Reorganization Cases*. 78 Va. L. Rev. 461, 463 (1992).

(10) No olvidemos además que el Estado puede preferir reestructurar negocios en crisis porque ello "beneficia" el empleo. El Estado puede estar sujeto a presiones de índole político que lo hagan tender a promover la reestructuración, aun cuando el negocio en cuestión tenga un mayor valor liquidado que como negocio en marcha; solución ineficiente en términos económicos.

5 Sí es posible privatizar la insolvencia.

Siempre fuimos de la firme convicción de que una vez verificada la insolvencia, por los elevados costes de transacción existentes, correspondía ubicarnos en la segunda formulación del Teorema de Coase y, por ello, que era necesario una regla estatal que permitiera llegar a la solución eficiente. Entendimos siempre que tales elevados costes de transacción entre acreedores, hacían inviable la posibilidad de un acuerdo entre ellos que les permitiera llegar a soluciones eficientes⁽¹¹⁾. En esa perspectiva, la única solución, entendíamos, era aquella que debía establecerse a través de una regla legal que, administrada y aplicada por el Estado, tuviera por efecto reducir tales costes de transacción y permitir que las partes finalmente arriben a la solución eficiente. Una aplicación pura y simple de la segunda formulación del Teorema de Coase.

Sin embargo, hoy, luego de haber revisado nuestras antiguas convicciones, haberlas cuestionado, desarmado y rearmado, somos de la opinión que sí es posible dar una solución a la problemática concursal a través de la primera formulación del Teorema de Coase (y no ya de la segunda).

5.1 La insolvencia vista desde la perspectiva *ex ante* y la posibilidad de acuerdo.

La problemática de la insolvencia debe ser vista tanto desde la perspectiva *ex ante* la insolvencia, como desde la perspectiva *ex post* la insolvencia⁽¹²⁾. Ver la insolvencia sólo desde la perspectiva de sus efectos y consecuencias *ex post* es ver sólo una pequeña parte del problema. Lo que ocurre *ex post* la insolvencia siempre tiene un reflejo en aquello que ocurrirá *ex ante*. Un sistema concursal efectivo para proteger el crédito (efecto *ex post*) tendrá como consecuencia que el crédito será más barato (efecto *ex ante*). Un sistema concursal amigable al deudor (efecto *ex post*) tendrá como consecuencia deudores que tiendan al sobre endeudamiento y además un crédito más oneroso (efecto *ex ante*).

La posibilidad de que las partes se pongan de acuerdo *ex post* la insolvencia no existe. Esto ya lo explicamos en el acápite 2.2 anterior. Los elevados costes de transacción hacen inviable el acuerdo. Por ello

Es posible y, sobre todo,
conveniente permitir que los
privados opten por un sistema de
resolución de la problemática de la
insolvencia que sea alternativo al
INDECOP: un sistema arbitral
concursal

se requiere de una ley que regule el concurso y un Estado que aplique dicha ley.

Sin embargo, visto el problema desde la perspectiva *ex ante* tales costes de transacción pueden ser menores.

Vista la problemática de la insolvencia desde la perspectiva *ex ante* el escenario de insolvencia (y no ya desde la perspectiva *ex post* la insolvencia), creemos que sí es posible ubicarnos en la primera formulación del Teorema de Coase, de forma tal que los costes de transacción entre las partes sean iguales o cercanos a cero y ellas mismas (sin necesidad del Estado o una regla de Estado) se encuentren en la posibilidad de llegar a la solución más eficiente.

¿Cómo podrían las partes involucradas en un problema de insolvencia estar en la posibilidad de ponerse de acuerdo?

Si el sistema permite que el deudor al constituir su negocio, o en el transcurso de la vida de su negocio, incorpore en sus estatutos una cláusula por la que disponga cuáles serán las reglas de juego en el escenario de insolvencia, los acreedores de dicho deudor podrán contratar sobre dichas reglas con costes de transacción iguales o cercanos a cero⁽¹³⁾. El deudor podría prever en sus estatutos qué autoridad resolverá el conflicto en el escenario de la insolvencia, así como las reglas de proceso y de pago de los créditos que deberá aplicar dicha autoridad. Los estatutos, como es siempre el caso, serán inscritos en los registros públicos y con ello adquirirán publicidad. Todos los acreedores de dicho deudor (sean estos trabajadores, proveedores, acreedores financieros, Estado, etcétera) sabrán o, en todo caso,

(11) Por decisión eficiente entendemos reestructurar cuando el valor del negocio en marcha fuera mayor que el valor del negocio en liquidación, y liquidar cuando el valor del negocio en liquidación fuera mayor que el valor del negocio en marcha.

(12) Ver: RASMUSSEN, Robert y SKEEL Jr., David A. *The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy and Law*.

(13) Sobre el particular, ver RASMUSSEN, Robert. *Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy*. 71 Tex. L. Rev. 51, 100-02 (1992).

habrán tenido la oportunidad de saber, qué autoridad resolverá el proceso en el escenario de insolvencia, y qué reglas de proceso y de pagos se aplicarán para tal escenario.

De esa forma, siendo el deudor el núcleo que conecta a todos sus acreedores (los de hoy y los de mañana), a través de la decisión que el deudor incorpore en sus estatutos sobre autoridad concursal y reglas aplicables a la insolvencia, todos los acreedores estarán en posibilidad de contratar sobre tales mismos temas.

Ex ante la insolvencia, dado que la ley permite contratar a través del pacto que se incorpore en estatutos, acreedores y deudor habrán podido definir la autoridad concursal que conocerá del concurso y las reglas que serán aplicables a dicho concurso. Los costes de transacción en este sistema, visto desde la perspectiva *ex ante*, serían cero o cercanos a cero y, por ello, las partes habrían estado en la posibilidad de llegar por sí mismas a la solución más eficiente.

5.2 Las virtudes de permitir que las partes contraten *ex ante*.

Quien presta dinero hoy en el Perú, sabe que en el escenario de insolvencia su deudor podrá ir o ser llevado al INDECOPI (no existe otra opción) y sabe además que las reglas que se aplicarán al proceso serán las establecidas en la Ley de Reestructuración Patrimonial o las reglas que eventualmente pueda dar el Congreso en el futuro (no hay otras opciones). El monopolio para tramitar procesos de insolvencia que tiene el INDECOPI, así como el monopolio que tiene el Congreso para determinar las reglas concursales aplicables, ocasiona una serie de problemas.

En primer lugar, habrá siempre el riesgo de que el INDECOPI -aun a pesar de las mejoras logradas a través de la descentralización de sus funciones- enfrente problemas de sobrecarga administrativa que le impidan resolver en tiempo oportuno los casos a su cargo (como en efecto ocurre hoy). Habrá siempre el riesgo de que el Poder Judicial (que aún no se resigna a haber perdido competencia para resolver sobre temas concursales) dé trámite a acciones judiciales orientadas exclusivamente a entorpecer los procesos administrativos que se

encuentren en trámite en el INDECOPI (como en efecto ha ocurrido en ya varias oportunidades y sigue ocurriendo). Con estos problemas, y siendo el INDECOPI la única entidad competente para pronunciarse sobre la insolvencia, el sistema concursal existente será incapaz de atender en forma rápida, técnica y predecible los procesos que se inicien. El resultado será que el sistema ya no será efectivo para proteger el crédito. El sistema concursal colapsará. No siendo otra la opción, quien preste dinero -si prestará más caro.

Por otro lado, siendo que las únicas reglas aplicables al proceso serán las establecidas en la Ley de Reestructuración Patrimonial, quien preste dinero en el Perú sabrá que en el escenario de la insolvencia se aplicará dicha ley, pero no sabrá si el proceso terminará en una liquidación o en una reestructuración, ni cuánto tardará el proceso de cobro de su acreencia en uno u otro escenario⁽¹⁴⁾. No sabrá si tendrá la mala suerte de que su proceso en INDECOPI, como muchos, se vea afectado y retrasado por intromisiones ilegales del Poder Judicial. Tal falta de predictibilidad sobre lo que finalmente ocurrirá *ex post* la insolvencia, vendrá a un costo *ex ante*: muy pocos estarán dispuestos a prestar, y quienes presten prestarán más caro.

Otro gran problema que introduce aun mayor impredecibilidad sobre lo que ocurrirá *ex post* la insolvencia, será el riesgo político al que se encuentran siempre sometidas las normas de insolvencia. En efecto, quien preste dinero en el Perú, podrá siempre temer que el Congreso modifique la ley vigente y vuelva a introducir normas pro deudor orientadas a salvar empresas a cualquier costo⁽¹⁵⁾. A quien preste dinero hoy nadie podrá asegurarle que las normas de hoy seguirán siendo las normas que se apliquen en el futuro. El sistema concursal, siempre estará sujeto al riesgo de que se dicten normas que pretendan salvar empleo, o salvar negocios a cualquier costo. Siempre existirá el riesgo de que el beneficio político (y no el beneficio social) sea el móvil de nuestros legisladores.

En conclusión, quien presta dinero hoy en el Perú no puede predecir cuál es el verdadero riesgo de su crédito. En todo caso, lo único que puede predecir es

(14) De acuerdo a estadísticas preparadas por el INDECOPI los procesos de reestructuración tienden a durar en promedio ocho años. Asimismo, los procesos de liquidación tienden a durar en promedio tres años. Ver: ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. *Documento de Trabajo No. 008-2000*.

(15) El Procedimiento de Saneamiento Transitorio regulado por Decreto de Urgencia No. 064-99-EF constituye un ejemplo claro de lo anterior. Dicho dispositivo distorsionó el sistema pro acreedor consagrado en la vigente Ley de Reestructuración Patrimonial, y lo transformó en un sistema pro deudor extremo. Afortunadamente el Saneamiento Transitorio ya no está vigente. Han sido tremendos los daños que dicha norma ocasionó a nuestro sistema de créditos, al brindarle al deudor la posibilidad de, en la práctica, obtener un plazo de gracia por un año para pagar sus obligaciones.

que, potencialmente, dicho riesgo es muy alto. Tal es una de las razones principales de que en el Perú exista un limitado acceso al crédito.

¿Cómo lograr dicha predictibilidad? Permitiendo que las partes se encuentren en aptitud de pactar *ex ante* sobre la autoridad ante la cual se resolverá la insolvencia (que podrá ser alguien distinto al INDECOPI), así como establecer las reglas del proceso y formas de pago (que no necesariamente serán las reglas de la Ley de Reestructuración Patrimonial).

La mayor virtud de permitir que las partes contraten *ex ante* sobre la autoridad que resolverá la insolvencia, así como las reglas que serán aplicables en tal escenario, será que ello brindará a quienes presten dinero la posibilidad de predecir con mayor claridad el riesgo de su crédito en la insolvencia. En efecto, quien preste dinero podrá saber, por ejemplo, si la autoridad que resolverá el conflicto le brinda mayores garantías de celeridad, autonomía y tecnicismo. Quien preste dinero podrá además establecer las reglas del proceso y las reglas de pago que le garanticen un proceso célere y efectivo para la tarea de proteger el crédito.

Evaluemos a continuación la posibilidad y las ventajas de que *ex ante*, las partes pacten que será una autoridad distinta al INDECOPI la que resolverá la problemática de la insolvencia. Asimismo, evaluemos la posibilidad así como los beneficios de que las partes pacten *ex ante* las reglas de pago a las que someterá el proceso una vez verificada la insolvencia.

5.3 La posibilidad y conveniencia de someter a arbitraje la insolvencia.

Es posible y conveniente permitir que las partes pacten someter la problemática de la insolvencia a una autoridad distinta al INDECOPI. Bajo la perspectiva explicada líneas arriba de que *ex ante* la insolvencia los costos de transacción son cercanos a cero (primera formulación del Teorema de Coase), una ley podría permitir al deudor establecer en sus estatutos sociales que en el escenario de insolvencia su proceso será decidido por una autoridad arbitral. Con ello, el deudor tomaría la decisión de someterse a una autoridad distinta al INDECOPI en sus estatutos sociales y dicha decisión se haría pública y oponible a todos a partir de la correspondiente inscripción registral.

Los acreedores que contraten con tal deudor, o que se vinculen con el mismo de una u otra forma (sean estos acreedores financieros, acreedores comerciales, acreedores laborales, acreedor tributario) sabrán cuál

será la autoridad que resolverá el proceso una vez que se verifique la insolvencia.

Como los costos de transacción bajo tal mecanismo de contratación son cercanos a cero, los acreedores se encontrarán en la posibilidad de valorar de mejor forma el riesgo de su crédito al momento de contratar. Los bancos, seguramente, tendrán estadísticas que les permitan identificar cuánto se demoran en cobrar y qué proporción cobran bajo un sistema en donde resuelve el INDECOPI, así como cuánto cobran y en qué tiempo bajo un sistema donde resuelve una autoridad arbitral.

En esa medida, los bancos estarán dispuestos a establecer una menor tasa de interés a cambio de un sistema de insolvencia en donde la autoridad que resuelve les da mayores garantías de un proceso célere que podría terminar en una mayor recuperación de créditos.

El resultado será que aquellos deudores que quieran obtener financiamiento a costos más bajos, tendrán que optar en sus estatutos por la autoridad concursal (sea esta INDECOPI o autoridad arbitral) que resulte más ágil y efectiva para resolver los casos: más efectiva para proteger el crédito.

Es cierto que ni los trabajadores ni el Estado (ni los acreedores por responsabilidad extracontractual) estarán en la posibilidad de contratar con el deudor, motivándolo a que opte por una u otra autoridad para resolver el proceso de insolvencia. Los trabajadores (por su débil posición negociadora) rara vez podrán ejercer presión sobre el deudor para que éste se acoja en estatutos a la autoridad más efectiva para proteger el crédito. El Estado no contrata con el deudor, sino que es un acreedor que nace en virtud del incumplimiento de obligaciones tributarias. Con ello tampoco puede influir en modificaciones estatutarias en pro de una autoridad concursal más efectiva para proteger el crédito. El tema es aun más claro con los acreedores que surgen por responsabilidad civil extracontractual del deudor. Ellos tampoco contratan con el deudor, sino que nacen como acreedores cuando el deudor les causa un daño indemnizable bajo las reglas de responsabilidad civil de nuestro Código Civil⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, es cierto también que la presión que ejerzan los bancos a través de su contratación con el deudor, será una presión a favor de sistemas de insolvencia más ágiles y con ello efectivos para proteger el crédito. De esa forma, cuando el banco opta (motivando al deudor a cambiar estatutos) por un

(16) Ver artículos 1969 y 1970 del Código Civil de 1984.

sistema que favorece el crédito, con ello se favorece a sí mismo, pero también a todos los demás acreedores (sean estos trabajadores, Estado y acreedores por responsabilidad civil extracontractual) porque finalmente lo que se beneficia es el crédito, y ello involucra cualquier tipo de crédito, sea este laboral, tributario, extracontractual o financiero.

¿Cuáles serían las ventajas de someter el proceso de insolvencia a una autoridad distinta al INDECOPI, digamos a una autoridad arbitral? Las ventajas son varias.

Por un lado, INDECOPI ya no tendría el monopolio para resolver y decidir sobre los procesos de insolvencia. Los usuarios (deudores y acreedores) podrían optar entre el sistema donde decide el INDECOPI (o sus entidades descentralizadas) y el sistema donde decide una autoridad arbitral. El INDECOPI competiría con las autoridades arbitrales por captar procesos de insolvencia. Tal competencia motivaría al INDECOPI así como a las autoridades arbitrales a ser cada vez más efectivas en la tramitación de los procesos a su cargo. Los usuarios preferirían a la autoridad que les brinde más calidad a menor precio. Ambos sistemas de insolvencia, en competencia, tenderían a brindar cada vez un mejor servicio a menor precio. Los grandes beneficiados serían los acreedores y con ello el sistema de créditos. El crédito tendería a ser más barato y con ello se beneficiarían las empresas. Habría mayor actividad económica pues las empresas podrán emprender mayor cantidad de proyectos de inversión -que antes quizá no emprendían por un crédito que escaseaba o que era muy caro- y con ello, al final del día, también se sentiría un impacto positivo en los niveles de empleo.

Además, los casos que hoy solamente pueden tramitarse en el INDECOPI o en sus entidades descentralizadas, se distribuirían entre el sistema INDECOPI y el sistema arbitral. Con ello INDECOPI tendería a mantener una menor sobrecarga administrativa. El resultado sería un INDECOPI que se fortalece, pues está en mejor capacidad de atender en forma celeré los casos a su cargo. Asimismo, INDECOPI tendría la posibilidad de destinar mayores horas hombre y recursos a tareas de fiscalización y sanción, que hoy quizá no realiza por falta de recursos. En suma, un INDECOPI que desempeña mejor sus funciones porque parte de ellas serían atendidas por autoridades arbitrales.

Otra ventaja es la relativa a la mayor seguridad que brinda una decisión arbitral frente a eventuales

intromisiones del Poder Judicial. En efecto, cualquier decisión final del INDECOPI podrá ser siempre cuestionada ante el Poder Judicial en la vía contencioso administrativa y, con ello, podrá revisarse nuevamente el fondo de la decisión. Además, siempre estará latente el riesgo de que a través de una acción de garantía se pretenda restar eficacia a una decisión del INDECOPI o de la propia Junta de Acreedores. Las decisiones de un Tribunal Arbitral en cambio, serán siempre más seguras frente al Poder Judicial, pues la única posibilidad de impugnación será en la vía de anulación por las causales establecidas en la Ley General de Arbitraje, Ley No. 26572⁽¹⁷⁾.

Vemos entonces que someter el proceso de insolvencia a la decisión de una autoridad arbitral brinda varias ventajas, que finalmente resultan en un sistema más predecible y, por ende, más efectivo para la tarea de proteger el crédito.

Ahora bien, habiendo verificado que es posible y conveniente someter la insolvencia a la decisión de una autoridad privada (autoridad arbitral) resta determinar si es posible someter la insolvencia a reglas privadas, distintas a las reglas que pueda haber establecido el Congreso.

5.4 La posibilidad y conveniencia de pactar reglas privadas del concurso.

Así como en sus estatutos sociales el deudor podría establecer que la autoridad que resolverá la insolvencia será una autoridad arbitral, el deudor también podría prever en sus estatutos las reglas que se aplicarán al proceso que se tramite bajo la competencia de la autoridad arbitral. Dichas reglas del proceso, una vez publicitadas a través de la inscripción registral, serán conocidas o conocibles por todos los acreedores que contraten con dicho deudor. En función de ello, los acreedores podrán motivar a su deudor (en un escenario de costes de transacción cercanos a cero) a escoger las reglas del proceso que consideran resultan más eficientes para su problema concreto: las reglas que consideren mejores para proteger el crédito.

El deudor estará motivado a incorporar reglas privadas del proceso que sean efectivas para proteger el crédito *ex post* la insolvencia, en la medida que dichas reglas le permitirán obtener un crédito barato *ex ante* la insolvencia. Motivar la adopción de reglas privadas eficientes para proteger el crédito generalmente será tarea de las instituciones financieras, pero finalmente, como ya se explicó en el acápite anterior, reglas mejores

(17) Ver causales de anulación previstas en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

para proteger el crédito serán mejores para todos los acreedores, sean estos bancarios, laborales, comerciales, tributarios o acreedores por responsabilidad civil extracontractual.

¿Qué tipo de reglas del proceso podría establecer el deudor en sus estatutos? ¿Qué tipo de reglas sería más eficiente que las que hoy contiene la Ley de Reestructuración Patrimonial?

Las reglas del proceso hoy son las que contiene la Ley de Reestructuración Patrimonial. En términos generales podría señalarse que dichas reglas son eficientes para proteger el crédito pues la decisión siempre se encuentra en manos de los acreedores por mayoría. En efecto, bajo insolvencia los acreedores por mayoría deciden si lo más conveniente es reestructurar o liquidar. Bajo Concurso Preventivo o Procedimiento Simplificado los acreedores por mayoría deciden si lo más conveniente es aprobar o no la propuesta de refinanciación efectuada por el deudor. Como siempre son los acreedores los que deciden, podríamos concluir que tales reglas (marcadamente pro acreedor) son efectivas para la tarea de proteger el crédito.

Sin perjuicio de lo anterior, el deudor podría muy bien establecer en sus estatutos reglas distintas y mejores para su caso concreto.

Por ejemplo, un proceso decidido por una autoridad arbitral en una sola instancia, sería aún más efectivo que el proceso que hoy contiene la Ley de Reestructuración Patrimonial. Las decisiones ya no serían apelables ante el Tribunal del INDECOPI, ni tampoco revisables a través de una acción contencioso administrativa. Todo se resolvería en una sola instancia. Por ende, un proceso más célere y de menores costos, lo que resulta fundamental para proteger adecuadamente el crédito.

El deudor podría igualmente pactar en estatutos que ante la insolvencia la empresa ingresará a un proceso de subasta pública que durará no más de 6 meses, y en el que una vez vendida la empresa, los acreedores cobran de los ingresos obtenidos por la subasta. Un proceso también más rápido y efectivo para proteger el crédito.

Otro tipo de reglas podría ser establecer que verificada la insolvencia las obligaciones pendientes de pago se convertirán automáticamente en acciones: canje automático de obligaciones por acciones. El proceso podría resolverse también en un plazo muy reducido (6 meses digamos) y la empresa saldría del mismo con un capital fortalecido y sin pasivos.

Finalmente, podría pactarse que verificada la insolvencia un solo acreedor (el acreedor más importante) decide el destino del negocio, sin necesidad

de que en dicho proceso de toma de decisiones participen el deudor y los demás acreedores. Los activos del negocio serían intangibles frente a los acreedores distintos del acreedor mayoritario, a la espera de que el acreedor mayoritario decida. Un proceso que también podría demorar alrededor de seis meses y que culminaría con la decisión que tome el acreedor más importante.

Vemos entonces que hay fórmulas de procesos, distintos a los que hoy contiene la ley, que pueden terminar siendo mucho más ágiles y efectivas para la tarea de proteger el crédito. Esas no serán por cierto las únicas opciones, la gran ventaja de permitir el pacto de reglas privadas es que los agentes podrán idear y crear las reglas mejores para cada problemática.

La mayor ventaja de permitir que las partes pacten las reglas que consideren mejores para su caso concreto es que dichas reglas de juego se pactarán *ex ante* el escenario hipotético de insolvencia. Así, cuando el acreedor decida prestar sabrá cuáles serán las reglas de juego en un escenario de insolvencia. Sabrá si la empresa será subastada, si habrá canje automático de obligaciones por acciones, o si será un solo acreedor el que tome la decisión. El que las reglas de juego se pacten *ex ante* la insolvencia brinda el claro beneficio de mayor predictibilidad sobre lo que ocurrirá *ex post* la insolvencia. El acreedor podrá calcular mejor el riesgo de su crédito y en función de ello establecerá un costo del crédito que incorpore dicho riesgo.



Podrá decirse que hoy, bajo un procedimiento en INDECOPI tramitado al amparo de la Ley de Reestructuración Patrimonial, los acreedores podrían también acordar una subasta o un canje automático de obligaciones por acciones. Entonces ¿para qué permitir que las partes pacten en estatutos algo que muy bien podrían pactar bajo el marco del INDECOPI?

Hay una gran diferencia. La diferencia radica en el beneficio que se logra cuando dicho pacto se determina *ex ante* la insolvencia. Si hoy un banco presta dinero sabe que en insolvencia se aplica la Ley de Reestructuración Patrimonial y las reglas de proceso que ésta contiene. Pero el banco no tiene cómo saber si el deudor irá a insolvencia o preventivo (lo que podría marcar la diferencia entre un proceso más o menos ágil); el banco tampoco sabe si en insolvencia se aprobará reestructuración o liquidación (lo que podría tener un impacto distinto en sus posibilidades de recuperación del crédito según el crédito sea uno garantizado o no); y, el banco tampoco sabe si en reestructuración se aprobará un canje automático de obligaciones por acciones o una subasta, por ejemplo (lo que también podría ponerlo en una mejor o peor situación para recuperar la acreencia). Dicha falta de predictibilidad sobre lo que ocurrirá *ex post* la insolvencia tendrá por efecto un mayor riesgo y, con ello, un crédito más caro.

En cambio, si el pacto de las reglas del proceso se establece *ex ante* (en los estatutos sociales) el banco, al momento de desembolsar el financiamiento solicitado, sabrá exactamente que ocurrirá *ex post*. Ello le permitirá optar por las reglas que considere mejores para una rápida recuperación de su acreencia y evaluar mejor su riesgo crediticio. Dicha mayor predictibilidad es el gran aporte de la propuesta.

Otra gran ventaja de permitir que el deudor establezca en sus estatutos las reglas del proceso para el escenario de insolvencia, es que dichas reglas formarán parte de cada contrato que celebren deudor y acreedores. Estos contratos podrán ser los contratos de préstamo que celebre el deudor con los bancos, los contratos de trabajo que celebre con sus empleados, los contratos de suministro, los contratos de servicios. Para los casos de los acreedores tributarios, así como para los acreedores por responsabilidad civil, nacida la obligación tributaria o civil, su pago en un escenario de insolvencia se regulará también por las mismas reglas, pues éstas habrán sido incorporadas por el deudor en sus estatutos.

Tales reglas serán ley entre las partes y, como tales, no podrán ser modificadas por el legislador. El riesgo de que la Ley de Reestructuración Patrimonial vigente

sea modificada y sustituida por un nuevo régimen que protege al deudor y desprotege el crédito habrá sido eliminado. Las modificaciones a la legislación de insolvencia ya no afectarán al deudor y acreedores, pues ellos habrán establecido sus propias reglas de juego. Tal eliminación del riesgo político del sistema aportará en una reducción sustancial del riesgo del crédito. Con ello, se producirá una reducción paulatina de las tasas de interés.

Finalmente, otra gran ventaja del sistema será que las reglas para procesos de insolvencia serán creadas según las necesidades de cada sector. Los pequeños empresarios seguramente tendrán sus propias reglas para la insolvencia, los pesqueros que tienen una problemática distinta podrán también crear sus propios sistemas para la insolvencia, lo mismo harán los agricultores, los azucareros, los mineros, etcétera. El límite de reglas para la insolvencia no será más la imaginación de nuestros legisladores o de los técnicos del INDECOPI. Los privados se constituirán en pequeños Congresos de la República que determinen las mejores reglas para su caso concreto.

6 Conclusiones.

La insolvencia en el Perú es un área en la que hemos dado pasos importantes hacia la privatización. Hoy los privados deciden si conviene reestructurar o liquidar, y el Estado solamente supervisa. Además, el INDECOPI ha descentralizado sus facultades para resolver los casos de insolvencia, delegando tales atribuciones en Cámaras de Comercio y Universidades. La sociedad civil participa y colabora activamente con el Estado en la resolución de conflictos. Han ocurrido avances claros hacia la privatización y ello hay que resaltarlo como un gran acierto de nuestras autoridades.

Sin embargo, cada vez son más y más los casos de insolvencia que se presentan ante el INDECOPI o sus entidades descentralizadas, y cada vez es menos lo que se puede hacer para que tales casos sean atendidos en forma oportuna. Un sistema de insolvencia que no resuelve los procesos a su cargo en forma celeré, es un sistema que no será efectivo para proteger el crédito. El problema se agrava cuando es cada vez más frecuente que el Poder Judicial admita acciones de garantía orientadas a entorpecer el desarrollo de los procesos de insolvencia a cargo del INDECOPI.

Si no hacemos cambios importantes ahora, en algunos años el sistema que con tanto esfuerzo hemos construido colapsará y quizás comience a padecer de

los mismos problemas que padecía cuando era enteramente judicializado.

En el presente trabajo hemos sostenido y sustentado que sí es posible privatizar la insolvencia. Es posible y, sobre todo, conveniente permitir que los privados opten por un sistema de resolución de la problemática de la insolvencia que sea alternativo al INDECOPI: un sistema arbitral concursal. Ello promoverá competencia entre el INDECOPI y las autoridades arbitrales que asuman el reto, y la competencia redundará en beneficios para los usuarios del sistema. Ello, además protegerá los procesos frente a caprichosas revisiones del Poder Judicial. INDECOPI se verá aliviado de la sobrecarga administrativa que hoy lo agobia, y podrá dedicar mayores recursos y esfuerzos a fiscalizar y sancionar a los infractores.

Los privados habrán recuperado su libertad para contratar sobre algo que siempre fue un problema privado: la insolvencia. Y con ello se encontrarán en aptitud de establecer reglas que les darán predictibilidad sobre lo que ocurrirá en un escenario de insolvencia. Tendrán flexibilidad frente a los cambios y el único límite para encontrar las reglas mejores será el límite que les imponga su propia creatividad. Las reglas que se pacten serán ley entre las partes y, como tales, no podrán ser afectadas por las “buenas intenciones” de nuestros congresistas.

Privatizar la insolvencia sí es posible. Sólo hace falta voluntad política para dar el gran paso y, con ello, ubicar nuestra legislación en materia de insolvencia empresarial entre las legislaciones más modernas del mundo. 卐

Rodrigo, Elías & Medrano

Abogados

Felicita a los señores Lenka López Verástegui, Priscilla Valle Tantavilca y Alejandro Manayalle Chirinos, alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por haber obtenido la beca de estudios “Luis Carlos Rodrigo Mazuré” en el año 2002.

Av. San Felipe 758, Lima 11. Teléfono 219-1900. Fax 463-7300
<http://www.estudiorodrigo.com>