

“VALLAS DONDE VAYAS”: EL COSTO SOCIAL DE LA VALLA CONCURSAL EN EL PERÚ

LUIS CARLOS ADRIANZÉN RODRÍGUEZ*

Resumen

El presente trabajo pretende revisar la valla de acceso al sistema concursal peruano desde una perspectiva relacionada con el análisis económico del derecho, llamando la atención respecto de los efectos en materia del costo social que están relacionados con el nivel de dicha valla. Para ello, se divide el trabajo en cuatro secciones. En la primera se revisa la discusión relacionada con las funciones del sistema concursal en beneficio de la sociedad. En segundo término, se presentan brevemente los mecanismos a través de los cuales se accede al sistema concursal en el Perú, a fin de explicar las vallas de acceso que existen. A continuación, se revisa la teoría económica desarrollada respecto a la función de los procesos legales para, finalmente, analizar el costo social de la valla concursal en el caso de Perú. La idea central es determinar los efectos del nivel de la valla concursal sobre el sistema peruano y, en particular, si dicho nivel es adecuado a la luz de los objetivos que el proceso concursal debería perseguir.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master in Laws por la Katholieke Universiteit Leuven, Bélgica. Profesor de los cursos de Análisis Económico del Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y su Escuela de Postgrado, así como de Economía y Derecho en la Universidad del Pacífico. Se ha desempeñado como abogado en temas relacionados con la competencia y la regulación de mercados en el sector público y privado. Actualmente es Gerente de Temas de Competencia y Regulatorios de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. Las opiniones vertidas en el presente artículo son de exclusiva responsabilidad del autor.

Agradezco los valiosos aportes brindados por Daniel Schmerler, Renzo Canalle y Paola Montalvo para la elaboración de este artículo.

I. ¿Para qué sirve el sistema concursal?

1.1 Las funciones “fantasma” del sistema concursal

A pesar de que debería ser una discusión superada hace algún tiempo, es común escuchar o leer nuevamente a políticos y expertos concursualistas reclamarle al sistema concursal una serie de funciones que tienen que ver con supuestas necesidades redistributivas.

En estas opiniones se hace referencia a la protección de trabajadores, del interés de la comunidad, del salvataje de empresas e, inclusive, de salvataje de toda una industria. Nada más lejos de la realidad. No sólo por tener un efecto contrario a lo que debería propender un sistema concursal, sino también porque se trata de objetivos que corresponden a otros campos de acción y que son difícilmente alcanzables desde la orilla concursal.

En atención a que el foco de atención del presente trabajo no es el abundar en esa discusión, a continuación nos limitaremos a exponer las dos posturas contrapuestas con relación a los fines del sistema concursal y manifestaremos nuestra adhesión a la que consideramos tiene mayor sustento y fundamento económico.

Empecemos por la posición de quienes Douglas Baird (2002)¹ llama expertos tradicionales del derecho concursal. Éstos señalan básicamente lo siguiente:

- a. que la conservación de las empresas (y por lo tanto, de los puestos de trabajo) es una meta importante e independiente del sistema concursal;
- b. que la contemplación de los derechos y necesidades de las partes que comparecen ante el tribunal importa más que los efectos *ex-ante* que se puedan causar en los incentivos; y,
- c. que los jueces concursales deben gozar de amplia discrecionalidad para implementar políticas concursales sustantivas.

De acuerdo con esa visión conservadora, la normativa concursal debe ser un mecanismo de asignación de pérdidas vinculadas al fracaso comercial de un agente económico entre las partes afectadas según metas particulares, que incluyen –entre otras, pero no única ni principalmente– a la eficiencia económica².

¹ Baird,(2002), pp.11-12.

² Schwartz (2002), pp.124-125.

Se ofrecen dos justificaciones para proteger a los empleados y a la comunidad. La primera es la distribución de pérdidas (preferencia de trabajadores frente a acreedores). La segunda está justificada en razones redistributivas y en que la comunidad internaliza los costos de fracaso comercial³.

Pero utilizar el sistema concursal para proteger a los trabajadores resulta ineficiente, tal como en el ámbito local lo afirma Huáscar Ezcurra (2002)⁴, para quien el capital humano específico, que comprende aquellas habilidades del trabajador que tienen mayor valor para la empresa que para el mercado, también será mejor aprovechado si es reasignado a otra actividad. Así, resulta ineficiente reestructurar empresas para salvar puestos de trabajo, por la gran cantidad de limitaciones que ello genera, inclusive a los propios trabajadores.

Añade Schwartz (2002)⁵ que usar los sistemas concursales para proteger puestos de trabajo es ineficiente porque existe un conflicto entre la meta de preservación del trabajo y la maximización de la recuperación del crédito concursal sólo con respecto a empresas cuyo valor en liquidación excede su valor en marcha.

Con relación a la protección de las comunidades, el mismo autor señala que es innecesario que las normas concursales protejan a las comunidades cuando existen mercados amplios en los que hay buenos sustitutos para la actuación de la empresa. La objeción en términos de equidad a la práctica de reestructurar empresas para ayudar a las comunidades es que los costos recaen sobre los acreedores y las empresas, mientras que los beneficios recaen sobre las comunidades. Ante ello, parecería más equitativo hacer que paguen aquellos que ganan⁶.

En la misma línea, Ezcurra (2002)⁷ considera que, en mercados amplios y con competencia, no es necesario que el sistema concursal proteja a los intereses de la comunidad, pues, salvo el caso de la insolvencia de una empresa monopólica, siempre existirán sustitutos adecuados para la empresa insolvente. Añade que desde el punto de vista de la eficiencia, no conviene mantener vivo un negocio cuyo Valor del Negocio en Marcha (VNM) sea menor que su Valor del Negocio en Liquidación (VNL), pues tal negocio no satisface adecuadamente los intereses de la comunidad.

³ Ibidem, p.125.

⁴ Ezcurra (2002), p.158.

⁵ Schwartz (2002), p.127.

⁶ Ibidem, p.126.

⁷ Ezcurra (2002), p.157.

La única manera de mantener con vida estos negocios será a través de un subsidio. Y de subsidios y sus perniciosos efectos sabemos ya bastante en el Perú.

Si se observa con cierto detenimiento, las funciones del sistema concursal que plantean los conservadores tienen que ver exclusivamente con los efectos *ex post* de la insolvencia y con aquellos relacionados exclusivamente con el caso concreto. Y es ahí donde radica gran parte de su error. No se detienen a reflexionar sobre los efectos *ex ante* que tendría un sistema concursal que pretendiera cumplir dichas funciones ni tampoco respecto de los efectos que dicho sistema tendría a futuro, más allá del caso concreto. Esto quedará mucho más claro cuando presentemos a continuación la posición que tienen quienes Baird (2002) llama procedimentalistas.

1.2 Protección del crédito mediante la reducción de los costos de transacción ente acreedores y deudores en situaciones de crisis

Baird (2002)⁸ formaría parte del grupo que él denomina procedimentalistas. Se trata de autores que tienen una visión bastante más funcional que los tradicionalistas respecto de los objetivos que debe cumplir un sistema concursal. Para ello, los sistemas concursales sólo deben funcionar para reducir los costos del crédito para las empresas.

¿Cómo es que el sistema concursal logra reducir los costos del crédito para las empresas? Lo hace mediante la previa reducción de los costos de coordinación entre los acreedores en situaciones de crisis empresarial, lo que a su vez les permite a dichos acreedores maximizar el valor *ex post* de la insolvente y distribuir su valor entre los acreedores según una regla de prioridad. Mientras mejor sea el mecanismo existente para recuperar el crédito, menor será el costo de acceder a dicho crédito.

Afirma Schwartz (2002)⁹ que un sistema concursal aumentaría el valor de la empresa en estado de insolvencia resolviendo el problema de coordinación de los acreedores –es decir, asegurando que las empresas insolventes no siempre se liquiden. El valor de las empresas insolventes también aumentaría si sólo se reestructuran las empresas cuyo valor en marcha excediera su valor en liquidación.

En resumen, en el enfoque económico, el objetivo último de las normas concursales es ayudar a la maximización del bienestar social. Este objetivo

⁸ Baird (2002), pp.11-12.

⁹ Schwartz (2002), p.124.

implica la meta instrumental de minimizar el costo del acceso al crédito. Esta meta instrumental, a su vez, se facilita maximizando el retorno esperado de los acreedores cuando la empresa deviene en insolvente. Por consiguiente, un sistema concursal eficiente maximiza el valor que las empresas tienen dentro (y como consecuencia fuera) del sistema y minimiza los costos de ejecutar ese valor¹⁰.

En ese sentido, los procedimentalistas consideran que:

- a. La conservación de las empresas no es un bien independiente en sí mismo;
- b. Los efectos *ex-ante* son importantes; y,
- c. El juez, después de resolver las disputas legales, debe permitir que las partes tomen sus decisiones y, de esta manera, escojan sus destinos.

Para el procedimentalista, el derecho concursal existe para resolver el problema de la crisis financiera. Fuera del ámbito concursal, nuestro sistema legal no interviene para mantener operativas a las empresas en crisis económica. Así, el objetivo debe ser asegurar que los activos de la empresa sean asignados a su mejor uso, y la mejor manera de hacer esto es preguntar lo que alguien haría si esta persona fuera el único dueño de la empresa¹¹.

¿Qué pasaría si no hubiera sistema concursal? Sin un tercero que ordene a los acreedores para que éstos se acerquen al patrimonio del insolvente de manera ordenada, los acreedores iniciarían en todos los casos de crisis una carrera por cobrar¹². La consecuencia lógica de esta carrera por cobrar es que todos los negocios se liquidan, independientemente de que se trate de negocios viables esto es, negocios con problemas financieros en los que el valor del negocio en marcha es superior que el valor del negocio en liquidación (VNM (mayor que) VNL), o de negocios inviables, es decir, negocios cuyos ingresos no cubren sus costos de producción (VNM (menor que) VNL)^{13, 14}.

¹⁰ Loc cit.

¹¹ Baird (2002), p.13.

¹² Ezcurra (2002), p.153.

¹³ Loc cit.

¹⁴ Los costos sociales que se generan ante la ausencia del derecho concursal pueden dividirse en costos *ex ante* y costos *ex post*. Los costos *ex ante* son claramente mayores cuando no existe un sistema concursal. En este caso, los acreedores, ante la incertidumbre sobre el recupero de su crédito, no prestarán, o prestarán más caro. Menos créditos y créditos más caros, van a traer como consecuencia el que diversos proyectos de inversión no resulten rentables para las empresas. Esto, a su vez, va a disminuir los niveles de empleo, porque las empresas, en lugar

¿Cuál es entonces el problema de fondo? El tema esencial que intenta resolver el derecho concursal, es el problema de los costos de transacción (costos de coordinación) que se presentan. Estos costos de transacción, que se derivan de la dificultad para identificar y reunir a las partes involucradas, de los costos del proceso de negociación, de los costos de información sobre VNM y VNL y los costos de hacer obligatorio el acuerdo al que lleguen los acreedores, les impiden a éstos determinar los valores de VNM y VNL para cada caso concreto¹⁵.

Ezcurra (2002)¹⁶ reconoce a la eficiencia como la gran meta del sistema concursal y agrupa los siguientes objetivos como parte de esa finalidad:

(i) Reducción de los costos *ex post* insolvencia: Maximización del valor del negocio insolvente

El derecho concursal debe procurar la maximización del negocio, estos es, debe incrementar el tamaño de la torta a ser repartida entre los acreedores. ¿Cómo se logra este objetivo? Un sistema concursal aumentaría el valor de la empresa en estado de insolvencia resolviendo el problema de coordinación de los acreedores. Una vez que se asegura una reducción de los costos de coordinación entre los acreedores se conseguirá que las empresas insolventes no sean siempre liquidadas, como ocurría inevitablemente en un mundo sin derecho concursal. Asimismo, los acreedores podrán ponerse de acuerdo sobre la reestructuración de aquellos negocios cuyo valor en marcha sea mayor¹⁷.

de destinar sus recursos a mayores inversiones y, por consiguiente, a la contratación de una mayor cantidad de trabajadores, se van a ver obligadas a utilizarlos para el pago del crédito encarecido. Pero no sólo los empresarios y los acreedores se van a ver perjudicados en un mundo sin derecho concursal. También lo serán los consumidores, quienes tendrán menos opciones para elegir debido a la disminución de proyectos asumidos por las empresas.

Por otro lado, los costos *ex post* también sufren un fuerte incremento. Los acreedores, en este escenario, no se encontrarían en capacidad de asignar valores a los diversos negocios, es decir, no podrían distinguir una situación en la que VNM (menor que) VNL, de una en la que se presente la situación inversa. Esta falta de regulación generará que los acreedores no puedan maximizar el valor del negocio *ex post* la insolvencia. De esta forma, los recursos no se asignan a sus usos de mayor valor, lo que genera una pérdida social neta. Ver: Ezcurra (2002), p.154.

15 Ezcurra (2002), p.155.

16 Op Cit, pp.155-156.

17 *Ibidem*, p.155.

(ii) Reducción de los costos *ex ante* la insolvencia: Abaratamiento del crédito

Una vez que se cumpla con el objetivo de reducir los costos *ex post* de la insolvencia para los acreedores, se logrará también la reducción de los costos de acceso al crédito. Ello implica que las empresas pagarán menos por los créditos que se les presten. En otras palabras, si la torta es más grande *ex post* la insolvencia, los acreedores cobran más. Si los acreedores saben que *ex post* la insolvencia cobrarán más, *ex ante* cobrarán menos por otorgar crédito a las empresas. En este escenario, el crédito será más barato *ex ante*, porque se sabe que *ex post* resulta más sencillo recuperarlo¹⁸.

(iii) Reducción de los costos administrativos del procedimiento concursal

Los procesos largos y costosos abren la posibilidad de que el deudor pueda postergar indefinidamente el pago de sus obligaciones y, de esta forma, trasladar el costo de la insolvencia a sus acreedores, lo que creará incentivos perversos para el sobreendeudamiento. Los costos administrativos del proceso de reestructuración o liquidación no son sólo un aspecto adicional para lograr la meta de la eficiencia, sino que se convierten en requisito indispensable para la reducción de costos *ex ante* y costos *ex post*¹⁹.

Así, la función del derecho concursal, de acuerdo con esta perspectiva eficientista, es proteger el crédito. Esta protección se consigue reduciendo los costos de coordinación que impiden que los acreedores tomen decisiones eficientes sobre el destino de la empresa, es decir, que la empresa sea reestructurada cuando el VNM sea mayor que el VL y que la empresa sea liquidada cuando el VNL sea mayor que el VN. Una vez que se ha logrado garantizar esta reducción de costos de coordinación entre los acreedores, el costo del crédito disminuye, pues los propietarios internalizan el costo esperado de sus decisiones y los acreedores gozan de mayor predictibilidad acerca de cuándo y cómo cobrarán. Si quien presta sabe que en caso de crisis del deudor cobrará rápido, entonces el costo del crédito será menor²⁰.

18 *Ibidem*, pp.155-156.

19 *Ibidem*, p. 156.

20 *Loc cit.*

Sobre este particular, el Banco Mundial ha elaborado los Principios para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores (Principios), que constituyen una síntesis de las mejores prácticas internacionales sobre los aspectos del diseño de estos sistemas, poniendo de relieve soluciones integradas y contextuales así como elecciones de políticas comprometidas en el desarrollo de estas soluciones²¹.

En dicho documento, el Banco Mundial²² adhiere a los postulados de los procedimentalistas sobre las funciones y efectos en el mercado del sistema concursal al señalar que, a pesar de que los enfoques varían, los sistemas de insolvencia efectivos tienen una cantidad de propósitos y objetivos entre los que destacan:

- i. Maximizar el valor del activo de la empresa y el recupero de los acreedores;
- ii. Proveer incentivos tanto para la liquidación eficiente de las empresas inviables y la de aquellas cuya liquidación probablemente produzca un mayor retorno a los acreedores, como para la reorganización de las empresas viables;
- iii. Evitar el uso indebido del sistema de insolvencia;
- iv. Evitar el desmembramiento prematuro del activo del deudor por parte de los acreedores individuales que persiguen sentencias rápidas²³.

Señala el Banco Mundial (2005)²⁴ que cuando una empresa no es viable, el impulso central de la ley debe ser la liquidación rápida y eficiente para maximizar el recupero en beneficio de los acreedores. Por otro lado, cuando la empresa es viable, entendiéndose que puede ser reorganizada, sus activos tienen frecuentemente más valor si se los conserva en la empresa reorganizada que si se los vende en liquidación.

El efecto que tiene un sistema concursal débil sobre el mercado de crédito ha sido verificado por el Banco Mundial (2005)²⁵ en los países en desarrollo –en comparación con los países industrializados– que generalmente tienen garantías legales, institucionales y regulatorias más débiles para brindar a los prestamistas (nacionales y extranjeros) la confianza de que las inversiones pueden ser controladas, o que los derechos de los acreedores se respetarán, particularmente para el cobro

²¹ Banco Mundial (2005), p.1.

²² *Ibidem*, p.7.

²³ *Loc cit.*

²⁴ *Loc cit.*

²⁵ *Ibidem*, p.10.

de la deuda. Existe una incertidumbre sustancial con relación a la materia y a la aplicación práctica del derecho contractual, del derecho de insolvencia y de las reglas de administración societaria. Por su parte, los acreedores perciben que carecen de suficiente información y control sobre el proceso utilizado para el cumplimiento de las obligaciones y el cobro de las deudas. La falta de transparencia y certeza erosiona la confianza entre los acreedores extranjeros y mina su voluntad de otorgar crédito.

Ante la ausencia de leyes y procedimientos suficientes y predecibles, los acreedores tenderán a prestar fondos sólo a cambio de primas por riesgo innecesariamente elevadas. En tiempos de crisis pueden retirar el apoyo financiero en su conjunto. En tal sentido, según el Banco Mundial, los países se beneficiarían sustancialmente si los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores se clarificaran y se aplicaran en forma coherente y totalmente transparente²⁶.

II. El ingreso al sistema concursal

Reconocidas las bondades que tiene la existencia de un sistema concursal sobre el bienestar social, toca ahora revisar la forma en que el Estado decide permitir el acceso a dicho sistema de las empresas y personas naturales en crisis.

El Banco Mundial sugiere un acceso rápido y fácil al proceso; proteger a todos los sujetos involucrados; permitir la negociación de un plan; habilitar a que la mayoría de los acreedores, que estén a favor de un plan u otro curso de acción, obligue a todos los demás acreedores (con sujeción a adecuadas protecciones); y prever mecanismos de supervisión para asegurar que el proceso no sea objeto de abusos²⁷.

En ese sentido, con relación al inicio del concurso, señala que el *test* preferido para la apertura de un proceso de insolvencia debe ser la incapacidad del deudor para pagar sus deudas a la fecha de su vencimiento. Este problema puede ser originado por un asunto de iliquidez (transitorio) o por uno de insolvencia que se da cuando el valor del pasivo del deudor supera el valor de sus activos²⁸.

²⁶ *Ibidem*, p.11.

²⁷ *Ibidem*, p.7.

²⁸ *Ibidem*, p.20.

Los deudores deberían tener acceso fácil al sistema concursal, tras demostrar los criterios básicos (insolvencia o dificultad financiera)²⁹.

A continuación se revisan los mecanismos de acceso al sistema concursal en el Perú

2.1. Procedimiento concursal ordinario

Conforme a la Ley General del Sistema Concursal³⁰ (en lo sucesivo, la Ley), el procedimiento concursal ordinario puede ser iniciado a solicitud del propio deudor, del acreedor o por mandato judicial, para lo cual se deberán cumplir determinados presupuestos que se describirán en el presente acápite.

2.1.1. Inicio a solicitud del propio deudor

Los deudores pueden solicitar el inicio de un procedimiento concursal ordinario siempre que se acredite que se encuentra en alguno de los siguientes presupuestos³¹:

- (i) Que más de un tercio de sus obligaciones se encuentran impagas y vencidas por más de treinta (30) días calendarios; o,
- (ii) Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo monto sea mayor al tercio del capital social pagado.

Como se puede advertir, el supuesto descrito en el numeral (i) es aplicable a toda clase de deudores establecidos en la Ley (personas naturales, personas jurídicas, sociedades conyugales y sucesiones indivisas); mientras que la situación patrimonial descrita en el ítem (ii) sólo resulta aplicable al caso de las personas jurídicas que poseen un capital social, tales como las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, las asociaciones, etc.

En su solicitud de inicio de procedimiento concursal ordinario el deudor debe manifestar si desea ser sometido a un régimen de reestructuración patrimonial o, por el contrario, si su intención es que se declare su disolución y liquidación; para lo cual deberá tener en cuenta lo siguiente:

²⁹ Loc cit.

³⁰ Ley N° 27809, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 8 de agosto de 2002.

³¹ Ver Artículo 24 de la Ley.

- Para efectos de la reestructuración, debe acreditar que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan el total de su capital social pagado, a través de un informe suscrito por su representante legal y por un contador público colegiado. En tal sentido, debe precisar los mecanismos y requerimientos necesarios para hacer viable el reflotamiento, debiendo presentar una proyección preliminar de sus resultados y flujo de caja por un periodo de dos (2) años.

- De no encontrarse en el supuesto anterior, sólo podrá solicitar su disolución y liquidación, lo cual será declarado con el pronunciamiento de la Comisión que declare la situación de concurso del solicitante³².

³² Según el artículo 25 de la Ley, la información que el deudor debe adjuntar a su solicitud es la siguiente:

- a. Un resumen ejecutivo fundamentando el inicio del procedimiento concursal ordinario, la viabilidad económica de sus actividades, de ser el caso, y los medios para solventar sus obligaciones adeudadas;
- b. Copia del Acta del órgano correspondiente en la que conste el acuerdo de acogerse al procedimiento concursal;
- c. Nombre o razón social, domicilio, actividad económica y las provincias en las que mantenga sedes administrativas o realice actividad productiva;
- d. Copia del documento de identidad y poder del representante legal;
- e. Copia del Balance General; Estado de Ganancias y Pérdidas; Estado de Cambios en el Patrimonio Neto y del Estado de Flujos de Efectivo, de los dos (2) últimos años, así como de un cierre mensual con un antigüedad no mayor de dos (2) meses a la fecha de presentación de la solicitud. Si los montos de las obligaciones supera las quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, la documentación contable debe estar debidamente auditada y debe presentarse con el dictamen correspondiente;
- f. Un listado de las fuentes de financiamiento a las que haya accedido durante los dos últimos ejercicios, así como sobre la forma en que se ha acordado el retorno de dicho financiamiento y el tiempo que se ha destinado para ello;
- g. Copia de las fojas del libro de planillas correspondientes al último mes;
- h. Un listado de sus obligaciones de toda naturaleza, precisando la identidad, domicilio de cada acreedor, los montos adeudados por capital, intereses y gastos y la fecha de vencimiento de cada una de ellas. Dicha relación debe incluir aquellas que se encuentran contingentes precisando en estos casos la posición de ambas partes respecto de su existencia y cuantía;
- i. Una relación detallada de sus bienes muebles e inmuebles y de sus cargas y gravámenes, así como los titulares y montos de los mismos. Dicha información debe estar ajustada a valores contables o de tasación, debiendo indicarse por cuál de ellos se optó;
- j. Un listado de los créditos por cobrar, indicando las posibilidades de recuperación;
- k. La documentación que acredite ser contribuyente activo ante la administración tributaria; y,
- l. La declaración jurada de la existencia o inexistencia de vinculación, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 12 de la Ley.

2.1.2. Inicio a pedido de acreedores

Uno o varios acreedores pueden solicitar el inicio de un procedimiento concursal ordinario contra su deudor en los siguientes supuestos³³:

- (i) Que sus créditos sean exigibles y se encuentren vencidos e impagos por más de treinta (30) días calendarios siguientes a la fecha de su vencimiento; y,
- (ii) Que en conjunto dichos créditos superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación de la solicitud.

En este caso, no procede el inicio de un procedimiento concursal ordinario por obligaciones impagas que se encuentran garantizadas con bienes del propio deudor o de terceros, salvo que el proceso de ejecución de garantías respectivo haya resultado infructuoso³⁴.

Una vez verificada la existencia de los créditos invocados, la autoridad concursal emplazará al deudor quien podrá optar por alguna de las siguientes alternativas:

- (i) Pagar el íntegro de los créditos³⁵, con lo que concluirá el procedimiento.
- (ii) Ofrecer pagar el íntegro de los créditos invocados por el solicitante, quien deberá manifestar su conformidad. La conformidad del acreedor con el ofrecimiento de pago dará por concluido el procedimiento.
- (iii) Oponerse a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos invocados. Esta opción no menoscaba el derecho del emplazado de plantear subordinadamente la opción anterior.
- (iv) Allanarse a la solicitud del acreedor.

Así, una vez apersonado el deudor al procedimiento, la autoridad concursal declarará la situación de concurso si se advierte cualquiera de los siguientes supuestos:

Cabe precisar que si el solicitante fuese una persona natural, sociedad conyugal o sucesión indivisa, no estará obligada a presentar la documentación descrita en los literales e), f) y g)

³³ Ver Artículo 26 de la Ley.

³⁴ Asimismo, tampoco procede el inicio del procedimiento si el deudor se encontrara tramitando ya su disolución y liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades. Ver: Artículo 26.3 de la Ley.

³⁵ Si el deudor se niega a recibir los créditos podrá consignar el íntegro del monto emplazado, conforme a lo establecido en el Código Civil y el Código Procesal Civil.

- (i) Que el acreedor solicitante rechace el ofrecimiento de pago formulado por el deudor emplazado.
- (ii) Que la oposición formulada por el deudor sea declarada infundada o improcedente y, en caso hubiera optado subordinadamente por presentar un ofrecimiento de pago, éste haya sido rechazado por el acreedor.
- (iii) Que el emplazado haya reconocido los créditos invocados objeto del emplazamiento y se allane a la solicitud formulada por el acreedor.
- (iv) Que no se haya pronunciado sobre ninguna de las alternativas previstas en el párrafo anterior.

En cualquiera de los casos previstos en el párrafo precedente, además de la situación de concurso, la autoridad concursal declarará la disolución y liquidación del deudor si advierte que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, superan el íntegro de su capital social pagado.

2.1.3. Inicio por mandato judicial

El procedimiento concursal ordinario también puede ser iniciado por mandato judicial que declare la disolución y liquidación del deudor.

En efecto, el artículo 692-A del Código Procesal Civil prescribe que si en un proceso de ejecución, el demandante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, puede solicitar al Juez para que le requiera que dentro del quinto (5) día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados que resulten cuantitativamente suficientes para, cuando menos, igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento de que la autoridad jurisdiccional declare su disolución y liquidación del deudor o de su patrimonio, en caso de tratarse de una persona natural.

En tal sentido, consentida o ejecutoriada la resolución que declara disolución y liquidación del deudor, concluirá el proceso ejecutivo y el juez ordenará la remisión de copias certificadas de los actuados a la Comisión para que proceda a la publicación de dicho estado.

2.2. Procedimiento concursal preventivo

Cualquier deudor puede solicitar el inicio de un procedimiento concursal preventivo, siempre que no se encuentre en algunas de las situaciones previstas en el primer párrafo del artículo 24 del mismo dispositivo, es decir, las siguientes:

- Que más de un tercio de sus obligaciones se encuentran impagas y vencidas por más de treinta (30) días calendarios; o,
- Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo monto sea mayor al tercio del capital social pagado³⁶.

El deudor puede solicitar, en su escrito de inicio del procedimiento concursal preventivo, que a la fecha de publicación indicada en el párrafo precedente se suspenda la exigibilidad de todas las obligaciones que tuviera pendientes de pago hasta dicho momento. Esta situación durará hasta que se apruebe el Acuerdo Global de Refinanciación (AGR) en el que se fijen las nuevas condiciones de las obligaciones comprendidas en el procedimiento así como la tasa de interés aplicable, de ser el caso.

De no haber solicitado la suspensión de las obligaciones, será el Acuerdo Global de Refinanciación, debidamente aprobado por la Comisión de Procedimientos Concursales, el que determinará las nuevas condiciones de todas las obligaciones devengadas hasta la fecha de publicación.

En caso que el deudor haya solicitado la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones y la Junta no haya aprobado el AGR, la Comisión emitirá una resolución disponiendo el inicio del procedimiento concursal ordinario del concursado, si más del 50% del total de créditos reconocidos y asistentes acordaran el ingreso a dicho procedimiento, en la Junta donde se desaprobo el referido instrumento concursal.

III. El proceso legal y su relación con el costo social

3.1. Función económica del derecho en materia de procesos legales

En principio, un proceso legal debería crearse con el fin de alcanzar una mejor situación que aquella en la que se estaría si dicho proceso no existiera. La idea es que, cuando el sistema sea utilizado, arroje un resultado neto positivo a favor de la sociedad.

Pero así como hay beneficios, también hay costos relacionados con el uso del sistema procesal. De hecho, todas las reglas que se utilizan en el proceso legal –tanto sustantivas como adjetivas– generan costos sociales en su aplicación. Así, podemos afirmar que una sociedad estará en mejor situación, en términos paretianos, si los

³⁶ Ver Artículo 103 de la Ley.

costos que generan sus procesos legales son menores que los beneficios que éstos procuran por cada caso resuelto.

Siendo así, Cooter y Ulen (1999)³⁷ proponen una medida simple de los costos sociales relacionados con el proceso legal, denotados por CS , y combina los costos administrativos, por c_a , y los costos de los errores, denotados por $c(e)$. Desde un punto de vista económico, los autores asumen que el objetivo económico del derecho procesal es minimizar la suma de los costos administrativos y los costos de los errores:

$$\text{mín } CS = c_a + c(e).$$

Coincide con ello Richard Posner quien señala expresamente que el objetivo de un sistema procesal, desde el punto de vista económico, es minimizar la suma de ambos tipos de costos³⁸.

A continuación se desarrollan los elementos de esta formulación, para luego extrapolarla al sistema concursal peruano.

a. ¿Qué es el costo social?

Los economistas definen al costo social como el total de costos asociados a una actividad, lo que incluye aquellos costos asumidos por el agente que realiza determinada actividad (costos privados), así como aquellos que son de cargo de la sociedad en su conjunto (externalidades).

A pesar de existir abundante literatura sobre el particular, no nos detendremos más en ello porque bastará, para efectos de este trabajo, reconocer la existencia de costos de alcance individual o particular y, por otro lado, de costos que son trasladados a la sociedad en su conjunto.

Medir los costos sociales no es tarea sencilla, por lo que Cooter y Ulen (1999)³⁹ proponen el uso de una medida simple de los costos sociales del proceso legal y sugieren que consideremos las reglas procesales como instrumentos para la aplicación del derecho sustantivo.

³⁷ Cooter y Ulen (1999), p. 477.

³⁸ Posner (1992), p. 516.

³⁹ Op Cit., p. 476.

En materia procesal, los autores referidos han señalado que el costo social del proceso legal estaría conformado por dos subgrupos:

- a. los costos administrativos; y
- b. el costo de error, del cual adelantaremos que, a su vez, estaría dividido en dos,
 - el costo privado del error; y,
 - el costo de error que asume la sociedad en su conjunto (externalidades).

A continuación se discuten y detallan los componentes de este costo social.

b. Los costos administrativos (c_a)

Usar el andamiaje procesal que pone a nuestra disposición el Estado, así como la oferta de bienes y servicios necesarios para intervenir en un proceso, cuesta algo que los estudiosos del análisis económico del derecho denominan “costos administrativos”. Es decir, se trata de la suma de todos los costos en que incurren los involucrados, léase partes y Estado, cuando las primeras recurren a las autoridades judiciales o administrativas a fin de que se avoquen a un proceso legal. En términos simples, es el precio que pagan particulares y Estado por resolver disputas legales.

Siendo así, el costo administrativo está conformado, de un lado, por lo que las partes deberán asumir en asesoría legal, tasas judiciales, tiempo invertido en la disputa, etc. Por otra parte, el costo administrativo incluye los costos en que incurre el Estado desde antes que exista dicha disputa, tales como la generación de las normas legales respectivas, diseño e implementación de un órgano resolutorio, y por aquellas en que incurra desde que se le plantea el proceso, tales como las horas hombre del personal de dicho órgano que se avoca al caso, uso y desgaste de maquinaria, equipos y útiles, costo de oportunidad de no dedicarse a otros casos, etc.

Este tipo de costos, como se puede apreciar, pueden ser aproximados a través de metodologías estándar de costeo o de manera indirecta, pueden derivarse a partir de los recursos presupuestados por el Estado para el cumplimiento de dichas funciones.

c. El costo de error ($c(e)$)

Pasamos a un tipo de costo que tiene algunas aristas adicionales y que, en determinadas situaciones, presenta mayores dificultades para su cálculo e, incluso, para su detección; nos referimos al costo de error.

El costo de error tiene que ver con el hecho que la utilización de los instrumentos procesales provoca a veces algunos errores en la aplicación del derecho sustantivo.

Por ejemplo, podría considerarse responsable a la parte inocente, o podría considerarse responsable a la parte culpable pero por una cantidad incorrecta⁴⁰. En este ejemplo, se trataría de errores derivados de la aplicación errada de la norma sustantiva o de la errada interpretación de los hechos. Más adelante veremos que el costo de error puede tener un origen adicional.

Sin embargo, la *extensión* del error, que la entendemos como la diferencia entre lo que acordarían las partes (que tienen información perfecta) y lo que decide un Juez (con información imperfecta) para el mismo caso, no es necesariamente igual a su *costo social*. El costo social de un error depende, adicionalmente, de las distorsiones que cause en los incentivos⁴¹, lo que denotábamos como el costo de error que asume la sociedad en su conjunto y que excede al ámbito particular de los involucrados directamente en el proceso. Cuando el error genera esta clase de costos estamos frente a un error que afecta la producción o el consumo, al tener fuertes efectos de incentivo sobre el comportamiento de los agentes económicos, como la invasión de propiedades, el incumplimiento o el manejo descuidado de automóviles. Por otra parte, si el error sólo genera efectos particulares, estamos frente a un error que afecta la distribución de la riqueza pues no causa cambios en el comportamiento que causa daños⁴².

En consecuencia, para medir el costo de error relacionado con el proceso legal, se debe tener en consideración que la generación de costos se da tanto en la parte afectada como en el resto de la sociedad, a través de incentivos o desincentivos socialmente no deseados.

Veamos un ejemplo. Imaginemos que exculpamos indebidamente al asaltante de un banco. El costo de error a nivel privado será el monto que el referido ladrón logró extraer y que no se verá obligado a devolver. El costo adicional que asume la sociedad por dicho error está referido a la generación de incentivos perversos en los ladrones para seguir robando bancos en la medida que ven que el sistema de administración de justicia no los está sancionando por ello.

⁴⁰ Ibidem, pp.476-477.

⁴¹ Ibidem, 478.

⁴² Ibidem, 486-487.

Siendo así, además de los costos particulares, los errores suelen distorsionar los incentivos e imponen diversos costos adicionales a la sociedad. Por ello, como en nuestro ejemplo, si declaramos inocente a un ladrón no logramos desincentivar el robo, o si otorgamos una indemnización ínfima por un homicidio culposo causado por un conductor, no generamos incentivos suficientes para que los ciudadanos sean más cuidadosos en el manejo de vehículos.

Para ilustrar este punto, Cooter y Ulen (1999) presentan como ejemplo un caso en que la compensación perfecta es igual a \$ 2.500 y la compensación efectiva es igual a \$ 2.000, donde el error de \$ 500 podría hacer que el fabricante de aditivos redujera su control de calidad. La valoración de dicho desincentivo debe ser sumada a los \$ 500 y así obtenemos el total del costo de error⁴³.

¿Podemos valorar dicho desincentivo? Sí, ensayando un mecanismo en el que se calcula que la reducción del control de calidad ahorra al fabricante \$ 1.000 y causa otros \$ 10.000 de pérdidas para los propietarios de automóviles. En este ejemplo, el costo social del error es igual a la pérdida neta de \$ 9.000 derivada del menor control de calidad: $c(500) = \$ 9.000$.

Con relación al origen del costo de error, inicialmente planteado como una interpretación errada de la norma positiva o de una valoración equivocada de los hechos, adelantamos que plantearíamos un origen adicional. En ese sentido, debemos adicionar, por nuestra parte, que el costo de error podría haberse generado también en el hecho que el juez se haya visto obligado a fallar de determinada manera a falta de un marco jurídico adecuado para acceder al sistema y obtener tutela.

Ello, a su vez, provoca un costo social que podría traducirse en la generación de incentivos o desincentivos inadecuados. El error en este caso no está referido a una aplicación errada de la norma o una valoración inadecuada de los hechos, sino a la imposibilidad de fallar adecuadamente por falta de legislación o deficiencia de ésta.

Por ejemplo, si el robo no estuviera proscrito y sancionado por nuestro ordenamiento legal, no habría forma de que un juez sancionara a un responsable de robo y, por ello, no habrían desincentivos –más allá de los morales– para no robar. Sucedería lo mismo si los requisitos para denunciar por robo implicaran, por ejemplo, tener una fotografía del ladrón, el número de su documento de identidad

⁴³ *Ibidem*, 478.

o demostrar que lo robado excede determinada porción de nuestro patrimonio, es decir por las dimensiones de la valla que hay que superar para solicitar la tutela jurisdiccional en el caso concreto. El costo de error, en este caso, estaría reflejado tanto en la pérdida del objeto robado como en la generación de incentivos al robo.

d. El costo social del proceso legal

Habiendo entendido qué son los costos administrativos y el costo de error, volvamos a la combinación que nos plantean Cooter y Ulen (1999) al desarrollar un mecanismo para medir el costo social del proceso legal. Como se ha señalado, dichos autores asumen que el objetivo económico del derecho procesal es minimizar la suma de los costos administrativos y los costos de los errores: $\text{mín } CS = c_a + c(e)$.

Para ilustrar su formulación, Cooter y Ulen (1999)⁴⁴ suponen que las partes se ponen de acuerdo en los mismos términos que se habrían obtenido en el fallo del tribunal si el caso hubiese sido juzgado. En virtud de que los resultados del arreglo o del juicio son los mismos por hipótesis –debido a que, por ejemplo, tenemos un Poder Judicial altamente predecible–, los costos del error (si hay un error) en el arreglo son iguales a los costos del error en el juicio. Sin embargo, los costos administrativos del arreglo son mucho menores que los de un juicio. En consecuencia, el arreglo ahorra costos sociales. En general, los arreglos que igualan los resultados de los juicios reducen los costos sociales de la resolución de disputas.

En *Mathews vs. Eldridge*⁴⁵ se sostuvo que, al decidir cuándo un proceso se debe a que alguien se queja de que el gobierno lo ha privado de su propiedad, los tribunales deberían considerar el valor de la propiedad, la probabilidad de una privación errónea, porque se omitió la salvaguardia procesal que se buscaba, y el costo de la salvaguardia. En los términos de la fórmula Hand, se niega el debido proceso cuando $B < PL$ donde B es el costo de la salvaguardia procesal, P es la probabilidad de error si se niega la salvaguardia y L es la magnitud de la pérdida si se materializa el error⁴⁶.

⁴⁴ *Ibidem* p. 477.

⁴⁵ 424 U.S. 319 (1976).

⁴⁶ Posner (1992), p. 516.

Por supuesto, como ocurre con la misma fórmula Hand, raras veces es posible cuantificar los términos de dicha ecuación. Sin embargo, la fórmula es valiosa aun cuando se usa en forma cualitativa más que cuantitativa⁴⁷.

Se extrapolará luego este razonamiento al sistema concursal peruano a fin de determinar si se ha decidido adecuadamente respecto de cuándo se le permite el uso del sistema concursal a la sociedad peruana, considerando el costo social involucrado.

3.2. La tasa como precio por presentarse ante el órgano resolutorio

Los costos de presentación de una demanda son un mecanismo que hace las veces de filtro y que marca la diferencia entre lo que el Estado considera una reclamación legal con valor de una sin valor.

Así, como el ciudadano accede al sistema de justicia cuando el valor esperado de su reclamación⁴⁸ supera el costo de presentación de la demanda, el Estado decide implementar un sistema de resolución de controversias cuando los costos de implementarlo son menores a los beneficios que genera. En este sentido, la tasa judicial o administrativa le sirve al Estado para que el acceso al sistema se dé sólo en aquellos casos en que los costos de error superan los costos administrativos, pues en el caso contrario estaríamos en una situación sub-óptima en términos paretianos al invertir mayores recursos en solucionar una situación que nos reportará beneficios menores.

Cooter y Ulen (1999) señalan que las autoridades deberían fijar los honorarios que cobran los tribunales por presentar una reclamación legal, de modo que se minimice la suma de los costos administrativos y los costos del error.

Por lo que toca a los costos del error, los autores consideran el remedio perfecto para un daño desde un punto de vista del derecho existente. El remedio perfecto es una resolución en términos iguales al del fallo que un tribunal podría otorgar con información perfecta acerca de los hechos del caso y acerca del derecho (el fallo con información perfecta). La resolución de la disputa en cualesquiera otros términos crea costos de error, $c(e)$ ⁴⁹.

⁴⁷ Loc cit.

⁴⁸ Lo que espera obtener si gana el proceso, multiplicado por la probabilidad de que lo gane.

⁴⁹ Cooter y Ulen (1999), pp. 485-486.

La conclusión a la que arriban es simple pero muy gráfica y útil: el tribunal impone honorarios óptimos por la presentación de una reclamación cuando los costos administrativos son iguales a los costos del error de no proveer ningún remedio para el daño en el caso marginal⁵⁰. La lógica detrás es que la resolución del caso no genere más costos que beneficios para la sociedad.

En ese sentido, debemos verificar los costos administrativos involucrados en la resolución de un caso, es decir, sumar los costos de las partes involucradas y además adicionarles el costo administrativo, y proceder a comparar dicha cifra con el costo de error total, que involucra lo que hemos llamado costo de error privado y el costo de error de dimensión social –aquél relacionado con incentivos o desincentivos no deseados. La idea es que se permita el acceso al sistema de resolución de controversias implementado por el Estado en aquellos casos en que los beneficios superen dichos costos, y la forma en que la tasa ayuda a lograrlo es cuando ésta permite resolver el caso marginal, que en este caso sería el primero cuyo costo de error supera al total de los costos administrativos involucrados.

Es importante no caer en el error de afirmar que ello significa que la tasa siempre se deba equiparar al costo administrativo estatal del proceso. De hecho, justificada o injustificadamente, en algunas situaciones las tasas judiciales son inexistentes, están subvencionadas o, por el contrario, son particularmente altas al ser usadas como una barrera para el ingreso al sistema con el fin de evitar congestión. La determinación errada de la tasa genera, ya sea costos de error o costos administrativos que superan los costos de error evitados.

En ese sentido, podemos concluir que la tasa podría ser incluso de menor valor que los costos administrativos en que incurre el Estado por avocarse a resolver una disputa legal, a fin de lograr la reducción del costo de error total (privado y social, digamos), en atención a que el error en el caso concreto afecta a “la producción” (es decir, tiene un efecto de dimensiones sociales), generando incentivos no deseados.

Así, se sostiene que si los errores tienen grandes efectos de incentivo sobre la producción, los honorarios de presentación deberán mantenerse bajos, y si los errores afectan a la redistribución pero no los incentivos, la eficiencia económica requerirá que los honorarios de presentación se mantengan elevados⁵¹.

⁵⁰ Loc cit.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 486-487.

Veamos un ejemplo para aterrizar y graficar lo señalado hasta ahora. Supongamos que el costo administrativo de una disputa legal es de 0,5 para cada parte involucrada y de 4 para el Estado. Y del otro lado, el costo de error para el particular afectado es de 2. De no haber, además, un costo de error social que afecta a la producción, no habría razón para no igualar la tasa a los costos administrativos estatales, es decir, a fijarla en 4.

Pero la situación cambia si es que el error tiene efectos sociales (incentivos perversos al robo, por ejemplo) en, digamos 10 (con lo que, obsérvese, el costo total del error sube a 12). Si mantenemos la tasa igualada al costo administrativo estatal, entonces todos los casos que generen como costo total de error privado una cifra inferior a 4,5 (que es el costo administrativo del demandante más el costo de la tasa), se quedarán sin resolver y la sociedad se encontrará en una situación peor a la que podría estar si decide resolver dichas disputas legales. En esos casos, tiene sentido poner la tasa por debajo del costo administrativo estatal y, asimismo, también por debajo que el costo de error privado, a fin de incentivar demandas que reduzcan los altos costos de error en materia de producción. En nuestro ejemplo, la tasa debería ser menor a 2.

En consecuencia, es en atención a los costos de dimensión social que la tasa deberá ser tal que, aunque no refleje el costo administrativo estatal, permita lograr la sumatoria más baja de costos administrativos y costos de error.

En el sistema concursal peruano, ¿hemos analizado y comparado los costos de error y administrativos involucrados al fijar las tasas y requisitos de acceso al procedimiento concursal?

3.3. Los requisitos de acceso al sistema como componente del precio

Cooter y Ulen (1999) nos ponen en un escenario en el que el precio de presentarse ante el Estado para solicitarle su intervención está determinado por los costos privados referidos a la asesoría legal de cada parte y por sus tasas u honorarios.

Sin embargo, obvian el hecho que el costo de ingreso al sistema está también determinado por otros factores, como los requisitos de acceso al sistema legal específico para el caso, aunque su imposición no esté destinada necesariamente al financiamiento de gastos administrativos.

Los requisitos legales son también una forma de elevar el precio de acceder al sistema. Mientras más exigentes los requisitos, más gravoso resulta el acceso. En ese sentido, consideramos que dichos requisitos forman parte, junto a la tasa, del precio o costo de acceso al sistema de administración del proceso o procedimiento.

Siendo así, si bien los honorarios o tasas de presentación tienen, ciertamente, una incidencia en el valor social esperado de la intervención estatal para resolver el caso, pueden incluso pasar a un segundo plano frente a los requisitos de acceso al sistema estatal de justicia. Dichos requisitos de acceso pueden ser también fuente de costos de error, en la medida que el Estado deja de prestar servicios cuyos costos administrativos resultan menores que el valor social esperado de su intervención.

No intervenir en dichas situaciones tiene un efecto similar en materia de costo de error, a hacerlo indebidamente, ya sea aplicando mal una buena norma o interpretando mal los hechos. En estos casos que planteamos, se deja de aplicar una buena norma, simple y llanamente porque es inexistente (la norma no existe) o imposible su aplicación (no es posible cumplir los requisitos para acceder a su aplicación).

IV. La valla concursal en el Perú y sus efectos sobre el costo social

4.1. El sistema concursal y la reducción del costo de error ante situaciones de crisis empresarial

Como hemos visto, la función económica de un sistema procesal debe ser la minimización de la suma de los costos administrativos y los costos de los errores.

En el caso del sistema concursal, los costos administrativos deben estar relacionados directamente con los costos de error que pretende evitar. Sólo tendrá sentido incurrir como sociedad en una serie de costos administrativos, cuando el costo de error que se evite sea mayor. En ese sentido, cuando el sistema concursal verifique que los costos de error superan a los costos administrativos, deberá procurar establecer la valla concursal –tanto en tasa, como en requisitos– en un lugar tal que le permita dar cabida al caso marginal, aquel primer caso cuyo costo de error supera a los costos administrativos.

¿Cómo se puede establecer la valla concursal en el lugar correcto para lograr dicho objetivo? Primero, deberá tenerse claridad con relación a los costos administrativos involucrados en el procedimiento concursal, tarea que no debería

ser particularmente complicada. En segundo lugar, deberá también calcularse el costo de error generado por no brindar acceso al sistema a una serie de casos bajo los diferentes estadios posibles de la valla concursal. Esta segunda tarea es algo más complicada, pero no imposible de llevar a cabo, inclusive si sólo nos permite hacer una valoración cualitativa y no certeramente cuantitativa.

Una vez que determinemos en qué momento los costos administrativos se igualan a los costos de error, habremos ubicado el lugar adecuado donde poner la valla. Así, lograremos que todos los procedimientos concursales que generan más beneficios que costos administrativos, ingresen al sistema y que los que no generan dichos beneficios mayores, queden fuera, por resultar ineficiente la intervención del Estado. En otras palabras, salvo que los costos administrativos que involucran los casos sean superiores al costo de error que se genera por cerrarles el acceso al sistema, no hay justificación en términos de eficiencia para cerrarles el camino.

¿Y cuál sería el costo de error generado por la valla del sistema concursal? ¿Dónde lo encontramos? ¿Cómo se verifica? Para ello, debemos empezar por reparar la función principal y las conexas que cumple el sistema concursal y pensar en todos los efectos que su inexistencia generaría en una sociedad moderna. Ello, toda vez que esos son precisamente los efectos que se generan cuando le negamos el acceso al sistema a un número determinado de casos que no superan la valla concursal.

Como hemos visto en la primera parte del presente artículo, desde la perspectiva económica a la que nos adherimos, la gran meta del sistema concursal es la protección del crédito. Ello se logra mediante la reducción de los costos de transacción en situaciones de crisis empresarial, lo que a su vez permite la maximización del valor privado de los activos de quienes participan, tanto como acreedores como deudores. Sin embargo, ello también permite generar en la sociedad externalidades positivas al resto de la economía al proteger de mejor manera el crédito, lo cual se verá reflejado en su consecuente abaratamiento. A mejor sistema concursal, menor costo del crédito, y viceversa.

En consecuencia, podemos concluir que el costo de error que genera la valla concursal tiene dos niveles: el nivel privado, donde los afectados son, básicamente, los acreedores que no pueden maximizar el patrimonio del deudor y, ante ello, ven ciertamente frustrado el mejor recupero de sus crédito; pero, adicionalmente, pierde la sociedad en su conjunto si es que por no poder acceder al sistema concursal termina saliendo del mercado una empresa que tenía mayor valor en funcionamiento que en

liquidación, con el consecuente perjuicio al mercado, sus trabajadores, proveedores y consumidores, en general.

Adicionalmente, como se mencionó, el costo de error es quizás el más complicado de percibir y es el que tiene que ver con los incentivos o desincentivos que se generan en el mercado del crédito en general. La imposibilidad de acceder al sistema concursal y de maximizar el valor del patrimonio de la concursada en aquellas situaciones que no superan la valla de acceso, tiene un efecto directo en el valor del crédito, el que evidentemente se hace más caro mientras más se complica su recupero.

4.2. Elección de casos por parte del sistema concursal peruano

¿Cómo ha decidido el Estado peruano qué casos de crisis empresarial pueden acceder al sistema concursal administrado por el INDECOPI?

Desde una perspectiva positiva, Posner (1992) afirma que la decisión de una agencia pública acerca de dónde concentrará sus recursos es interesante a causa de la posición monopólica que las agencias públicas ocupan con frecuencia en el campo de la aplicación legal. De hecho, las Comisiones de Procedimientos Concursales del INDECOPI son los únicos órganos legitimados para administrar un procedimiento concursal. Así, Posner (1992) señala que la agencia actúa como maximizador racional que compara los rendimientos esperados con los costos esperados de usos alternativos de sus recursos⁵².

Si bien Posner (1992) habla de la agencia pública, lo hace porque parte de un supuesto en que dicha agencia tiene cierto margen de discrecionalidad para decidir a qué casos se avoca y a cuáles no, es decir, se refiere a un modelo similar al de prosecución penal o tributario, pero no por ello su análisis es menos válido para analizar la forma en que el Estado peruano decide la selección de casos concursales que merecen la intervención estatal.

Se critica a las agencias públicas –en nuestro caso al Estado– porque destinan recursos desproporcionados a casos insignificantes o, por el contrario, escasos recursos a casos de gran importancia. El análisis económico permite afirmar que esta crítica es superficial. La importancia del caso –el interés de la agencia en un resultado exitoso– es sólo un criterio para la asignación eficiente de los recursos de

⁵² Posner (1992), p. 564.

agencia⁵³. Señala Posner (1992) que la utilidad esperada de un caso para la agencia es su ganancia si triunfa, descontada por la probabilidad de triunfo⁵⁴. Para efectos del sistema concursal peruano, la utilidad esperada del caso para la agencia estaría reflejada por el nivel de reducción de costos de error generado, tanto a nivel privado como social, frente a los menores costos administrativos incurridos.

De hecho, Posner (1992) hace hincapié en el hecho que un caso pueda ser importante para la agencia y no para el demandado porque, aunque los intereses monetarios –que quizás sean lo único que importa al demandado– sean reducidos, el caso ganado por la agencia será un precedente útil al incrementar la eficacia de los casos de litigio de la agencia en el futuro y al disuadir por completo algunas violaciones futuras. No obstante, el caso podría parecer insignificante para los observadores que ignoren la importancia de crear un precedente⁵⁵.

He ahí la importancia de considerar tanto los efectos en materia de costos privados como sociales para que el Estado elija adecuadamente las situaciones de crisis empresarial a las que se avoca. No sólo importa el efecto privado y distributivo, sino también el efecto social en la producción. Siendo así, el Estado debe considerar que la reducción de costos de transacción a favor de los acreedores frente a determinada crisis empresarial, no es el único beneficio que se obtiene con darle acceso al sistema concursal a determinados casos, sino en los efectos que se dan en el mercado en general, básicamente en lo referido al sistema crediticio.

Pero claro, no todos los casos de crisis empresarial resueltos dentro del sistema concursal generan los mismos beneficios sociales, pero muchas veces sí generan costos similares, al menos desde la perspectiva de los gastos administrativos estatales.

Dados los costos fijos que administrar un sistema concursal específico genera, el Estado suele invertir –hasta cierto estadio del procedimiento, ciertamente– recursos similares en atender un caso de una empresa pequeña con tres trabajadores y dos acreedores, que atender el caso de una empresa con cientos de trabajadores y decenas de acreedores. Y siendo escasos los recursos estatales, tiene sentido pensar que se debe priorizar la atención de aquellos casos que generan mayores beneficios

⁵³ Loc cit.

⁵⁴ Loc cit.

⁵⁵ *Ibíd*em, p. 565.

sociales o, dicho en otras palabras, aquellos cuya resolución reduce mayor cantidad de costos de error.

Sin embargo el presente análisis va más allá de los recursos actualmente destinados al sistema concursal. En efecto, la motivación del presente trabajo es precisamente cuestionar si los recursos destinados al sistema concursal, dado el ámbito de acción que se le da a partir de la valla concursal, es adecuado y pone a la sociedad en la mejor situación posible en términos paretianos. Es decir, nos cuestionamos si es que la valla concursal está ubicada en un lugar tal que reduce adecuadamente el costo social del procedimiento concursal. El lugar donde pongamos dicha valla determinará, naturalmente, el nivel de recursos que deben ser destinados al sistema para atender las situaciones que superen dicha valla. Mientras más alta la valla, menos recursos serán necesarios, porque tendremos menos casos que atender; mientras más baja la valla, más recursos deberán ser necesarios para atender los casos adicionales que se presentan.

4.3. La incierta reducción del costo social en el sistema concursal peruano

¿La valla concursal peruana logra reducir adecuadamente el costo social en el sistema concursal?

En el caso peruano existe una valla de ingreso al sistema concursal que podría estar generando costos de error importantes tanto en el plano distributivo, como en el plano de la producción.

Veamos a continuación algunas situaciones que constituyen vallas de acceso al sistema concursal y que son, al menos, cuestionables:

a. Acreedores con créditos garantizados

De acuerdo a nuestra norma vigente, no procede el inicio de un procedimiento concursal ordinario por obligaciones impagas que se encuentran garantizadas con bienes del propio deudor o de terceros, salvo que el proceso de ejecución de garantías respectivo haya resultado infructuoso.

Esta disposición fue introducida en nuestro sistema a raíz de que muchos acreedores con créditos garantizados venían utilizando el sistema concursal como un mecanismo de coacción para lograr el cobro de sus acreencias. Así, no recurrían a la ruta natural de cobro que les correspondía, es decir, el proceso judicial de ejecución

de garantía, sino que “amenazaban” a su deudor con procurar su declaración de insolvencia y, con ello, lograban muchas veces el cobro de su acreencia de manera mucho más rápida y efectiva que si lo hubieran procurado a través de la vía judicial ordinaria.

Ello llevó a los operadores locales del sistema concursal a cuestionar este uso supuestamente indebido del sistema y a procurar su proscripción. Hoy en día, un acreedor con un crédito garantizado no es capaz de solicitar la declaración de concurso de su deudor, sino que sólo podrá procurar el cobro de su acreencia a través de la vía judicial o, en todo caso, deberá esperar a que otro acreedor que no goce de una garantía, solicite el concurso de su deudor, para recién ahí poder servirse del sistema concursal para lograr el recupero de su acreencia.

Señala Ezcurra (2002)⁵⁶ sobre el particular, que las garantías ya no servirían para proteger al acreedor, sino que más bien ahora protegen a los deudores.

Si bien resulta cierto que el sistema concursal no es un mecanismo de cobro en sí mismo, hay que reconocer que, a la larga, termina por serlo, ya sea a través de la aprobación y ejecución de un plan de restructuración o de un convenio de liquidación. En ese orden de ideas, ¿cuál es el sentido de limitar el acceso de los acreedores garantizados a solicitar el concurso de su deudor, inclusive si no lo hiciera para que el sistema le permita a él y al resto de acreedores maximizar el valor del patrimonio en concurso, sino simple y llanamente para presionar a su deudor a pagarle de manera cuasi inmediata⁵⁷?

Podrán intentar sostener algunos que el Estado estaría utilizando indebidamente recursos destinados a fines de naturaleza colectiva para lograr un fin eminentemente particular. ¿Pero acaso el solicitante no paga una tasa por su solicitud de emplazamiento que cubriría de largo los costos relacionados con dicho acto? Es más, la tasa que se paga por el emplazamiento no depende de si el procedimiento se agota en dicho acto de emplazamiento o de si éste continúa con sucesivas juntas

⁵⁶ Ezcurra (2002), p.161.

⁵⁷ Cabe recordar que hasta el año 2002, en nuestro sistema concursal no era siquiera necesario que el deudor pagara efectivamente la acreencia invocada por el solicitante de su concurso, pues existía una figura que la actual Ley ya no contempla entre los mecanismos de defensa del deudor llamada “acreditación de capacidad de pago” que, de demostrarse, (mediante la existencia de bienes susceptibles de cubrir la acreencia materia de la solicitud de inicio de la insolvencia/concurso) daba lugar a la conclusión del trámite postulatorio sin apertura de concurso.

de acreedores por las que el Estado no cobra sumas adicionales por los servicios de vigilancia que presta.

¿Qué daño se genera en el hecho de que un acreedor utilice la solicitud de concurso como un mecanismo de cobranza? Creemos que ninguno, independientemente de cuál sea el derrotero de la solicitud. Si es que el deudor decide pagar la deuda para no ser declarado en concurso, los costos de la solicitud ya han sido cubiertos por la tasa. Y si el deudor es finalmente declarado en concurso, ello ratifica que, en efecto, existía un estado de insolvencia que requiere del procedimiento concursal.

¿Y los beneficios? En ambos casos, más que evidentes. En el primero, el beneficio social está marcado por la reducción de costos de error tanto a nivel particular como colectivo. En el plano particular, el valor del crédito recuperado, y en el plano social, el desincentivo que se genera a la morosidad y el efecto positivo que ello tiene en el precio del crédito en el mercado. En segundo lugar, está el hecho de posibilitar la maximización del valor del patrimonio concursado a través del sistema concursal, en beneficio de todos los acreedores.

De acuerdo a la legislación vigente, esta valla concursal sin duda reduce los costos administrativos a cero, en la medida que ni el Estado ni las partes incurrir en costos de tramitar una solicitud de concurso cuando el acreedor goza de una garantía, pero no nos queda claro que los costos de error que se generan por no admitir a trámite esa solicitud ni tramitar el eventual concurso, sean menores⁵⁸.

b. Las siempre discutibles 50 UITs

Desde los inicios del sistema tal como lo conocemos ahora en el Perú, es decir, desde que se tramita en sede administrativa, no se ha discutido mayormente la valla referida a que el crédito que un acreedor puede invocar para solicitar el concurso de su deudor sea mayor a 50 unidades impositivas tributarias. ¿Por qué 50 y no 100 o 25 UIT?

⁵⁸ Esta distorsión tiene relación directa con el hecho que tanto los costos administrativos como los costos de error relacionados con la ejecución de garantías ante el Poder Judicial son particularmente altos. Es claro que dichos costos deberían reducirse y el recupero de créditos garantizados debería tornarse expeditivo en la vía judicial. Sin embargo, ello no enerva el hecho que la valla concursal para los créditos garantizados genere costos de error importantes que afectan no solo el recupero del crédito sino también la potencial maximización del valor del patrimonio del deudor.

Aparentemente, la opción legislativa tendría como fundamento que, bajo ese monto, no se justifica incurrir en los costos administrativos relacionados con el procedimiento concursal. Pero ¿existe un cálculo al respecto? ¿Qué efecto tiene ello en el mercado del crédito?

Pensemos en un acreedor que le prestará menos de 50 UIT a un cliente. Conocedor de que el retraso en el pago de su acreencia no le permitirá solicitar el concurso de su deudor, seguramente decidirá cubrir ello con un valor mayor del crédito o buscando mayores recaudos como podrían ser la exigencia de garantías adicionales, por ejemplo. El no poder ser sometido a concurso por deudas menores a 50 UIT “libera” al deudor del riesgo de concurso, pero probablemente lo condene a tener que pagar un crédito más caro o, simplemente, a no tener acceso a éste.

El monto de 50 UIT se torna aún más discutible si pensamos en que las dimensiones de las empresas en el Perú y el mundo varían diametralmente. Así, un crédito de 50 UIT puede ser insignificante para alguna empresa y, en cambio, una deuda de 25 UIT puede significar la ruina de otra. ¿Hemos medido el tamaño del mercado empresarial peruano para decidir que es mejor dejar fuera a aquellas potenciales situaciones de concurso en que la deuda no excede las 50 UIT?

Nuevamente el costo administrativo se reduce a cero, pero no parece haber estudios relacionados con el costo de error que se genera por no atender dichas situaciones.

Quizás sea momento de evaluar una alternativa que ya fue esbozada en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial, publicada en setiembre de 1996, consistente en desechar el procedimiento concursal de “talla única” y establecer diversos procedimientos –o al menos, requisitos diferenciados– por tipos de agente deudor (MYPES, PYMES, etc., por ejemplo).

Lo señalado se torna inclusive absurdo cuando verificamos que nuestro sistema concursal tiene una especie de “puerta falsa”, que es el ingreso previsto en el artículo 692-A del Código Procesal Civil luego de un frustrado proceso de ejecución. De hecho, hoy en día un porcentaje mayoritario de deudores que ingresan a concurso en el Perú lo hacen por esta vía judicial y, en muchos de esos casos, las obligaciones a su cargo son bastante menores a 50 UIT. ¿De qué ahorro de costos administrativos hablaríamos si se terminan tramitando cientos de procedimientos concursales que provienen de ejecuciones judiciales fallidas por montos inferiores a las 50 UIT?

c. Riesgo liquidatorio o imposibilidad de reestructurar un patrimonio concursado

Un desincentivo importante, para quienes pretenden acceder al sistema concursal por voluntad propia a fin de lograr un acuerdo con sus acreedores que les permita reestructurar sus obligaciones, es el hecho que si acumulan pérdidas superiores a su capital social pagado, su único camino posible es la disolución y liquidación.

Para que sus acreedores puedan optar por la reestructuración, el deudor debe acreditar que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan el total de su capital social pagado, a través de un informe suscrito por su representante legal y por un contador público colegiado. De no encontrarse en este supuesto, sólo podrá solicitar su disolución y liquidación.

Sobre este aspecto, tenemos dos cuestionamientos. El primero tiene que ver con el hecho que el Estado decide imponer su voluntad incluso por encima de una eventual voluntad en contrario más informada por parte de quienes están más interesados en el destino de la concursada, es decir, sus acreedores. No importa si éstos desean reestructurar la empresa porque consideran que su valor se maximiza de esa manera y no a través de la liquidación. En este caso, el Estado les dice que no pueden hacerlo, a pesar de poseer menor información para el caso concreto.

El segundo aspecto cuestionable es la base sobre la cual el Estado decide el destino liquidatorio del concursado: la relación entre pérdidas y capital social, cuando es ampliamente conocido que el capital social no necesariamente tiene relación directa con la solvencia o viabilidad de una compañía. De hecho, existen muchas empresas con capitales sociales particularmente pequeños para los niveles de endeudamiento que manejan. Abunda en ello que la legislación societaria peruana no exige un determinado monto de capital mínimo para constituir una sociedad mercantil. Asimismo, esta disposición no resulta aplicable a las empresas que no poseen capital social propiamente dicho, como las sociedades de responsabilidad limitada, las empresas individuales de responsabilidad limitada, entre otras.

En el fondo, con esta disposición, el Estado exige indirectamente una mayor capitalización de las compañías. En principio, no existe razón para que ello sea así y se debería dejar a los acreedores, principales perjudicados con una eventual crisis empresarial, que decidan si le otorgan crédito a una empresa que posee un capital pequeño, toda vez que son ellos quienes van a correr con el riesgo derivado de dicha situación.

Este necesario destino liquidatorio constituye parte de la valla de acceso al sistema concursal, pues una serie de deudores dejan de acudir a él a pesar de que tanto ellos como sus principales acreedores puedan considerar que se maximiza el patrimonio a través de una reestructuración. ¿Cuánto pierde la sociedad por no permitir indirectamente el acceso de estos deudores al sistema?

De similar manera sucede en aquellos concursos iniciados a pedido de un acreedor en los que se presenta la misma relación entre capital y pérdidas. No habrá posibilidad de reestructuración si las pérdidas superan al capital, a pesar de que acreedores y deudor consideren viable dicha reestructuración. Esto puede desincentivar a que algunos acreedores soliciten el concurso de deudores que se pretende reestructurar, si es que presentan el desbalance de capital previsto en la ley.

Nuevamente casos en los que el costo administrativo se reduce a cero, pero en los que existen dudas de si los costos de error involucrados no ameritan reducir los requisitos.

d. Riesgo de ir al concurso preventivo con suspensión de obligaciones

Uno de los avances más rescatables del sistema concursal en el mundo es el desarrollo de los concursos preventivos, es decir, aquellas convocatorias a los acreedores a reestructurar obligaciones de un deudor que visualiza entrar en suspensión de pagos en un futuro cercano pero que aún no se encuentra en un estado de insolvencia.

Es un procedimiento donde se ingresa por voluntad propia y que no involucra el desapoderamiento del patrimonio concursado. Así, el deudor con aversión al riesgo se ve incentivado a acceder al sistema porque no corre el riesgo de salir del mercado.

A fin de coadyuvar a una mejor negociación entre acreedores, los concursos de naturaleza preventiva suelen venir aparejados de la suspensión de obligaciones del deudor y marco de protección patrimonial, hasta que se apruebe la refinanciación de obligaciones planteada por el deudor. Si ésta no es aprobada, el concurso se levanta y con ello también se levanta la suspensión de obligaciones, por lo que todo vuelve a su punto de origen y las obligaciones vencerán en las fechas originalmente programadas para ello.

En el Perú, y a raíz del uso abusivo del concurso preventivo para lograr la suspensión de la exigibilidad de obligaciones, se dispuso que dicha solicitud de suspensión de exigibilidad le diera a los acreedores, como contrapeso, la posibilidad de llevar al deudor a un procedimiento concursal ordinario. Es decir, de poner al deudor en riesgo de ser liquidado. Esto ha significado un sustancial descenso en las solicitudes de concurso preventivo y un cuasi abandono del sistema por la natural aversión al riesgo de los potenciales concursados a ser liquidados por pretender reprogramar sus obligaciones.

Esta disposición constituye una valla adicional que presenta el procedimiento concursal peruano, esta vez en su concurso preventivo, pues muchos deudores desisten de solicitar su ingreso a dicho mecanismo por el temor a terminar en un concurso ordinario, con el consecuente desapoderamiento y el riesgo de disolución y liquidación.

Si bien es entendible el desincentivo que se ha querido generar para el uso abusivo del concurso preventivo como medio para suspender obligaciones maliciosamente, no nos queda claro si una medida tan drástica era necesaria, por el costo de error que ella acarrea.

Una opción alternativa que podría evaluarse sería establecer que el procedimiento concursal preventivo lleve siempre aparejada la suspensión de la exigibilidad de obligaciones y marco de protección patrimonial, y que si no se alcanzara un acuerdo aprobatorio del acuerdo global de refinanciación propuesto por el deudor, el concurso culmine sin más, retomándose inmediatamente la exigibilidad de las obligaciones. Para que el sistema funcione y no sea utilizado maliciosamente por los deudores, deberá asegurarse que el trámite de esta clase de procedimientos sea muy célere y que el deudor no tenga posibilidad de acogerse nuevamente a un procedimiento preventivo por un periodo razonable de tiempo. ¿Tendría sentido incurrir en los costos administrativos de hacer más célere el procedimiento preventivo a fin de incentivar su uso con los efectos beneficiosos en la sociedad que acarrea? Da la impresión inicial de que, en efecto, la sociedad está en mejor posición cuando se dispone de un sistema preventivo célere y eficiente que cuando se bloquea en demasía su acceso para evitar su mal uso.

De otro lado, en el marco del procedimiento de concurso preventivo se ha proscrito hace algunos años el ingreso de deudores cuya situación patrimonial cae en los supuestos previstos para la declaración del concurso ordinario; es decir, no pueden acceder al concurso preventivo quienes tengan más de un tercio de sus

obligaciones impagas y vencidas por más de treinta días calendarios; o, quienes tengan pérdidas acumuladas cuyo monto sea mayor al tercio del capital social pagado. Su única opción es acudir al procedimiento concursal ordinario.

Esta disposición excluye nuevamente a la voluntad de los acreedores y del deudor, que podrían tener una mayor disposición a reestructurar las obligaciones dentro de un sistema preventivo en lugar de hacerlo dentro del sistema concursal ordinario. Si son los acreedores los principales afectados por la crisis de su deudor ¿por qué negarles la posibilidad de decidir qué tipo de reestructuración se adecua a sus intereses?

Asimismo, se ha cuestionado ya la relación que hace nuestro ordenamiento legal entre pérdidas y reducción de capital. No habrá posibilidad de utilizar el sistema preventivo si las pérdidas superan al tercio del capital, a pesar de que acreedores y deudor consideren viable la reestructuración dentro del concurso preventivo. ¿Es técnicamente sustentable que una empresa no pueda reestructurar exitosamente sus obligaciones dentro del sistema preventivo cuando tiene esa relación entre pérdidas y capital social? ¿No se debería dejar que ello sea decidido por los acreedores? De nuevo, se trataría de una valla para el acceso al concurso preventivo que puede generar costos de error.

4.4. Vallas donde vayas

La intención de haber colocado la valla concursal a la altura en que se encuentra actualmente, ciertamente algo más alta de cuando se dio inicio al sistema concursal en el ámbito administrativo a inicios de los años noventa, tiene como intención reducir el costo administrativo y el uso indebido del sistema.

El Estado consideraría que bajo esa valla los casos generan más costos administrativos que beneficios reflejados en la reducción de costos de error. Al menos, la valla debería tener ese fundamento, más allá de que el cálculo realizado pueda estar errado. Asimismo, se consideraría que los riesgos de mal uso del sistema que se corren superan los costos de error que se generan por dejar fuera de concurso a una serie de situaciones de crisis empresarial que bien podrían acceder al sistema y beneficiarse de él.

En su momento, el fundamento usado para elevar la valla estuvo relacionado con promover la diligencia de los deudores para acogerse al sistema concursal de manera oportuna, haciendo del sistema uno de naturaleza excepcional y no generalizado. Se

buscaba que los deudores tomaran las decisiones cuando les era posible visualizar la situación de crisis y no cuando la suerte ya estuviera echada. De hecho, se quiso cambiar el patrón de comportamiento de las empresas, generándoles incentivos para acercarse a los procedimientos oportunamente. En efecto, se percibía que la llegada tardía al sistema generaba una serie de costos sociales. El problema es que, en nuestra opinión, no existe evidencia de que la apuesta haya dado los resultados esperados. Quizás sea el momento de reevaluar el esquema de requisitos de acceso.

Lo que tenemos hoy, es que existe un costo de error que no está determinado por la incorrecta administración del sistema concursal o por la indebida resolución de las disputas que se generan a su interior sino más bien por la imposibilidad de las partes afectadas por la crisis del deudor para recurrir al sistema concursal como un mecanismo de reducción de costos de transacción que les permita tomar decisiones eficientes. Ello, a su vez, genera un potencial costo en el mercado crediticio, pues éste será consciente de que, antes de otorgar crédito, debe estimar en su precio final el riesgo de una crisis empresarial que no pueda ser abordada a través del sistema concursal. La mejor forma de proteger el crédito no parece ser diseñar un sistema que genera incentivos para elevar su valor en el mercado.

En todo caso, si el Estado no desarrolló una evaluación en el sentido planteado al fijar la ubicación de la valla, es momento de que lo haga, investigue, calcule y ratifique o modifique su decisión, según sea el caso.

Hoy en día, el diseño de nuestro sistema concursal permite reducir a cero el costo administrativo de potenciales casos concursales que no superan la valla y evitar el mal uso del sistema en diversos supuestos que antes se presentaban, pero al mismo tiempo eleva considerablemente el costo de error generado por la imposibilidad de que muchos casos accedan al sistema y se beneficien de él.

El Estado, ciertamente, ahorra recursos por tener la valla de ingreso al sistema concursal donde la tiene ahora. Asimismo, con dicha valla y sobre la base de la experiencia casuística inicial de tramitación de los procedimientos concursales, el Estado ha procurado evitar de forma generalizada que se presenten ciertos supuestos problemáticos de parte de los agentes privados (acreedores y deudores), cuando ello quizás podría ser corregido a través de mejores mecanismos de fiscalización y no mediante restricciones normativas, de modo que “justos no paguen por unos cuantos pecadores”. La fiscalización genera costos administrativos, sin duda, pero quizás incurrir en ellos nos permita bajar la valla concursal e incurrir, por ello, en costos de error menores que pongan a la sociedad en una mejor situación.

Creemos que la posición de la valla concursal peruana no ha partido de un análisis adecuado del costo social que su ubicación genera y, a primera vista, da toda la impresión de que el costo de error en que se incurre supera el ahorro en costos administrativos y el daño potencial del mal uso del sistema.

En todo caso, sólo un estudio técnico puede decirnos si la sociedad está en la mejor situación posible con la valla donde la ha puesto o si, como intuimos, hemos hecho incurrir al resto de la sociedad en costos mucho más gravosos simplemente para evitar un gasto como administración pública o el uso indebido del sistema concursal.

Referencias

- BAIRD, Douglas (2002). “Axiomas Concursales Aceptados”. En: Themis, Revista de Derecho. Segunda Época, N° 45.
- BANCO MUNDIAL (2005) “Principios para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores”.
En: http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20774194/IPG_Revised_Pples_FINAL_21_Dec_2005_SPANISH.pdf
- COASE, Ronald (1973). “El Problema del Costo social”. En: Breit y Hochman (Comp.) “Microeconomía”. México, Interamericana, Segunda Edición.
- COOTER Robert y Thomas ULEN (1999). “Derecho y Economía”. México, Fondo de Cultura Económica.
- CUBILLOS, Camilo Enrique (2004). “El procedimiento de insolvencia – Una visión comunitaria”. En: REVISTA@ e-Mercatoria Volumen 3, N° 2. <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen3/pdf02/procedimiento.pdf>
Última visita: 29.07.2011; 18.30h.
- EZCURRA RIVERO, Huáscar y Gerardo SOLÍS (2002). “El Estado Contraataca. La “múltiple personalidad” de un sistema concursal de ciencia ficción”. En: Themis, Revista de Derecho. Segunda Época, 2002.
- HYDE, Mark; Adrian COHEN; Stephen J TAYLOR (s/a). “The EU Insolvency Regulation”. En: http://www.europeanrestructuring.com/05intro/008_013.htm
Última visita: 29.07.2011; 16:39h.
- MALLOY, Robin Paul (1990). “Law and Economics. A Comparative Approach to Theory and Practice”. Minnesota, West Publishing Co.
- POSNER, Richard (1992). “El análisis económico del derecho”. México, Fondo de Cultura Económica.

- SCHWARTZ, Alan (2002). “Una aproximación contractual a la insolvencia empresarial”. En: Themis, Revista de Derecho. Segunda Época, N° 45.
- WORLD BANK (2004). “Report on Observance of Standards & Codes. Chile. Insolvency and Creditors Right Systems”.