

LA MUERTE DEL SISTEMA CONCURSAL

HUÁSCAR EZCURRA R.♦

Resumen

La Ley General del Sistema Concursal peruana tiene una serie de características deseables que la hacen atractiva y ventajosa frente a esquemas vigentes en otros países. Las principales son que las decisiones respecto al destino de la empresa insolvente recaiga fundamentalmente en los acreedores, que la protección legal de los activos del deudor concursado sea efectiva, que lo pactado contractualmente sea respetado ex post en el marco de un concurso y que el Estado tenga facultades efectivas para sancionar a los infractores. A pesar de ello, el presente artículo identifica una serie de factores que hacen que en la práctica, los costos que actualmente enfrentan los acreedores de acudir al procedimiento administrativo del INDECOPI, sean elevados y tornen poco atractivo el uso del Sistema Concursal frente a la alternativa de la negociación privada.

I. Introducción

Tenemos una de las mejores leyes concursales del mundo. Sin embargo, consideramos que el Sistema Concursal ha fracasado y va ineludiblemente camino a su fin debido a que no cumple con su finalidad y, en su aplicación, genera más costos que beneficios. Ello explica en buena parte por qué la gran empresa ya no encuentra en el Sistema Concursal una alternativa atractiva para una reorganización empresarial o incluso para una liquidación ordenada. La gran empresa prefiere mantenerse alejada del Sistema Concursal. La razón es simple: el procedimiento concursal resulta más oneroso frente al valor esperado que le genera a estos agentes.

Como resultado de lo anterior, los procesos concursales que hoy se presentan son los de “menor cuantía”. Fundamentalmente, terminan ante el INDECOPI los

♦ Socio Estudio Bullard, Falla & Ezcurra. Ha sido Profesor de Derecho Concursal en la PUCP, la UPC y la Universidad de Piura. Actualmente es Profesor de Destreza Legal en la PUCP, y de Análisis Económico del Derecho en la PUCP; UPC; ESAN y ESEN en el Salvador.

procesos de cobranza iniciados bajo el Código Procesal Civil. El resultado es que, contrariamente a su objetivo inicial, el Sistema Concursal se ha convertido en un mecanismo de cobranzas de poco monto. El Sistema Concursal es hoy por hoy, en lo que a cobranzas respecta, un simple brazo del Poder Judicial. El fracaso es visible. Y si el estado de las cosas se mantiene, el fin del Sistema Concursal es inevitable.

Y ¿cómo puede tenerse una de las mejores leyes concursales del mundo y tener al mismo tiempo un Sistema Concursal que fracasó y va paso firme al encuentro de su muerte? Así, como no es suficiente tener a los mejores jugadores del planeta para asegurar el triunfo y ganar el campeonato mundial de fútbol, tampoco es suficiente tener una de las mejores leyes concursales del mundo para lograr que el Sistema Concursal funcione. Una buena ley concursal es solamente una parte de la tarea necesaria para lograr un Sistema Concursal que funcione.

Para una mejor comprensión de la diferencia entre *ley concursal* y *Sistema Concursal*, en el presente trabajo, primero, cabe preguntar si es necesaria una ley concursal; luego, con el beneficio de la reflexión anterior (que consideramos fundamental), explico por qué creemos que sí es necesaria una ley concursal y cómo debe ser dicha ley concursal para que funcione. Finalmente, se explicará que se requiere más que una buena ley para lograr un Sistema Concursal que funcione.

El objetivo central del presente artículo es contribuir a un debate que permita entender qué se requiere para construir también el mejor Sistema Concursal.

II. ¿Es necesaria una Ley Concursal?

La relación entre el deudor y su acreedor nace de un contrato. Y lo usual es que sea dicho contrato el que establezca, con toda precisión, las reglas que rigen la relación entre ambas partes, tanto mientras el contrato se cumple, como cuando el contrato es incumplido por alguna de ellas. Así, en el contrato se prevé, entre otros, el monto del préstamo, la tasa de interés compensatoria, la tasa de interés moratorio, las penalidades, las garantías acordadas, etcétera. El contrato, entonces, usualmente regula cuál es la consecuencia del incumplimiento del deudor y cuáles son los derechos que el acreedor puede exigir cuando ello ocurre. El contrato establece las reglas para proteger al acreedor frente al riesgo del incumplimiento del deudor. Para establecer dichas reglas no se requiere de una ley. Basta que el sistema legal reconozca el derecho de contratos y su carácter obligatorio, para que los privados en ejercicio de su autonomía privada establezcan las reglas más adecuadas a su caso concreto.

Ahora bien, cuando hablamos de concurso de acreedores hablamos justamente de contratos incumplidos. Se trata de un colectivo de acreedores que nacen de un colectivo de contratos incumplidos. Y lo que une a este colectivo de acreedores y contratos incumplidos es que el deudor es el mismo.

La pregunta de sentido común es si las reglas para el escenario de incumplimiento pueden establecerse por contrato. ¿Cuál es la razón de una Ley Concursal? Dicho de otra forma, ¿no sería suficiente el contrato y las reglas supletorias de contratos del Código Civil para resolver el problema del incumplimiento del deudor? Si la respuesta es que el contrato es un mecanismo capaz y eficaz para proteger a los acreedores del riesgo del incumplimiento del deudor, entonces no habría razón para tener Ley Concursal. Bastaría el derecho contractual para atender los problemas de incumplimiento colectivo y la autoridad judicial (o arbitral, según el caso) para hacer valer lo pactado en el contrato. No necesitaríamos derecho concursal ni de un procedimiento administrativo ante el INDECOPI.

El derecho contractual sería suficiente para resolver el problema del concurso (incumplimiento colectivo de contratos e insolvencia del deudor), sólo si los costos de contratar las mejores reglas para dicho escenario de insolvencia (e incumplimiento colectivo) son sustancialmente bajos. Aquí está la clave de la cuestión.

No cabe duda de que los costos de contratar sobre el riesgo de incumplimiento son bajos cuando los intereses en juego son exclusivamente los intereses del deudor y el acreedor, individualmente considerados. Si sólo sus intereses están en juego, y ya se conocen, y están contratando, lo hacen justamente porque contratar es posible. Entonces, son bajos los costos también para contratar *ex ante* las mejores reglas para el escenario de incumplimiento. Ronald Coase (1960) diría que si los costos de contratar son bajos, las partes por sí solas (sin necesidad de una regla legal) contratarían por las reglas más eficientes para regular la situación concursal. Basta con que el sistema legal reconozca el derecho a contratar y haga valer el carácter obligatorio de los contratos, para que los privados establezcan las mejores reglas.

No obstante, la situación cambia drásticamente cuando surge un problema de insolvencia. Aquí, sin perjuicio de que el deudor es el mismo, el incumplimiento contractual deja de ser individual para convertirse en colectivo. Los acreedores podrían ser una docena, cientos o incluso miles. Los intereses en juego son los de todos ellos y del deudor.

¿Podrían el deudor y todos sus acreedores contratar (*ex ante* el incumplimiento) bajo mejor regla para protegerse del riesgo de incumplimiento colectivo? La respuesta es no. Y la razón es que los costos de contratar son muy altos.

Por eso justamente es que las partes que celebran un contrato de préstamo no contratan *ex ante* sobre las reglas del concurso aplicables al escenario de insolvencia. Ronald Coase (1960) diría que en este caso los costos de contratar sobre el concurso son elevados.

¿Por qué son elevados los costos de contratar? Las partes que contratan no saben (ni tienen cómo predecir) quiénes son sus contrapartes con las cuales contratar *ex ante*. Si no tienen cómo saber hoy qué acreedores tiene su deudor, menos tienen cómo saber quiénes serán sus acreedores cuando la empresa devenga en insolvencia, si ello ocurre. Los acreedores suelen cambiar durante la vida de la empresa. Los acreedores que la empresa tiene hoy (y el monto de lo que se les debe) no necesariamente se mantendrá igual en el futuro. Es más, lo usual es que dicha situación varíe constantemente. Entonces, los costos de identificar con quién debo contratar *ex ante* son simplemente prohibitivos.

Tampoco saben *ex ante* qué tan grave será la insolvencia (de ocurrir ésta) y la mejor forma de enfrentarla. No saben cuál será la mejor regla ante el escenario de insolvencia ¿convendrá reestructurar? O más bien ¿será preferible liquidar? Imposible saberlo *ex ante*. Nadie puede predecir el futuro.

En el negado caso que supieran o pudieran prever todo lo anterior (remontando los altísimos costos mencionados), serían también altísimos los costos de celebrar *ex ante* un contrato colectivo en el que los acreedores definan con el deudor cómo enfrentar el concurso. Dicho contrato colectivo sería imposible *ex ante*, por la simple razón de que cada acreedor individualmente considerado querrá ver protegido su interés individual. Habría una variedad de intereses en juego, y a veces dichos intereses podrían ser contradictorios. Cada acreedor velará por su interés individual. Lo mismo ocurrirá con el deudor. Y como para formar un contrato que vincule y obligue a todos se requiere el acuerdo de todos (unanimidad), el resultado será que dicho contrato jamás se celebrará. Los costos de celebrar un contrato vinculante son también prohibitivos.

En suma, contratar *ex ante* sobre las mejores reglas del concurso de acreedores para el escenario de insolvencia es imposible por los elevados costos de contratar. Ronald Coase explica que en estos casos sí importa y es necesaria una regla que

defina el quién tiene derecho a qué y el cómo. Esa es justamente la necesidad de la Ley Concursal.

Quedando clara la necesidad de la Ley Concursal, debería quedar clara también su finalidad. La finalidad de la Ley Concursal es reducir los costos de contratar^{1,2}.

En el siguiente punto se profundiza más acerca de la necesidad de la Ley Concursal.

III. ¿Por qué es necesaria la Ley Concursal?

En el punto anterior se ha comentado que la Ley Concursal es necesaria así como que su finalidad es reducir los costos de contratar entre el colectivo de los acreedores y el deudor afectados por la situación de insolvencia. Creemos, sin embargo, que para una mejor comprensión de porqué es necesaria la Ley Concursal, es fundamental entender porqué es necesario reducir los costos de contratar.

La mejor forma de contestar la pregunta anterior es respondiendo a la pregunta de qué pasaría en un mundo sin Ley Concursal.

Un mundo sin Ley Concursal sería un mundo en el que, ante la situación de insolvencia del deudor, los acreedores impagos (*ex post* el incumplimiento) harían valer las reglas de sus respectivos contratos con el deudor. De esa forma, algunos acreedores ejecutarían las garantías pactadas para el incumplimiento. Los que no pactaron garantías seguramente intentarían embargar activos del deudor. De permitirlo el contrato, los acreedores también aplicarían penalidades, intereses moratorios, etc. En suma, una vez conocida la situación de insolvencia *todos* los acreedores harían lo mejor posible por presionar al deudor y cobrar. Y como el deudor, dada su situación de insolvencia, no podrá atender las exigencias de todos al mismo tiempo, el resultado final más probable será, inevitablemente, la liquidación de los activos del deudor.

Lo anterior podría no ser un problema cuando el valor del negocio en liquidación (VNL) es el mayor valor posible que los acreedores podrían obtener. No

¹ Para un mayor detalle al respecto ver “La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un Instrumento de Reducción de Costos de Transacción”. Huáscar Ezcurra. En Gaceta Jurídica, T 57, Lima, 1998.

² También es pertinente en este punto ver Schwartz, Alan. (1998).

obstante, también es cierto que la liquidación de activos, en algunos casos, podría ser un resultado que perjudique tanto a los acreedores como colectivo. Tal sería el caso cuando el valor del negocio en marcha (VNM) es mayor que el valor del negocio en liquidación (VNL). Aquí la liquidación de activos, que sería el desenlace inevitable si cada acreedor individualmente considerado hace valer la letra de su contrato, les daría un resultado menor que el que se hubiera obtenido si acordaban la reestructuración de la empresa (que les hubiera dado el VNM). Aquí está la clave para comprender porqué es necesario reducir costos de transacción o dicho en otros términos ¿porqué es necesaria una Ley Concursal para ese fin?

Las empresas en situación de insolvencia tienen dos valores. Uno es el Valor de Negocio en Marcha (VNM) que es el valor que puede generar el negocio a favor de los acreedores si el negocio se mantiene en funcionamiento y logra generar con ello ingresos suficientes como para atender la deuda dentro del plazo de reprogramación que podría aprobarse. El otro es el Valor del Negocio en Liquidación (VNL) que es el valor que podría obtenerse si se venden los activos al mejor postor.

Cuando $VNL > VNM$ los acreedores como colectivo están mejor si el negocio se liquida. La liquidación es la mejor decisión para sus intereses. En cambio, cuando $VNM > VNL$, los acreedores como colectivo estarán mejor si el negocio se mantiene en marcha a través de un proceso de reestructuración empresarial, siendo esta última la mejor decisión.

El problema de un mundo sin Ley Concursal es que la respuesta al problema de la insolvencia del deudor es siempre la misma. Cada acreedor hará valer su contrato cuando se produzca el incumplimiento del deudor. Y si cada acreedor hace valer la letra de su contrato, cuando el incumplimiento es generalizado se producirá necesariamente el mismo resultado: la liquidación de los activos del deudor. El fin de cada insolvencia será el mismo. Y en algunos casos dicho final no brindará a los acreedores el mejor resultado posible.

Imaginemos que el caso es el de una empresa con $VNM = 200$ y $VNL = 100$. Dicha empresa tiene además dos acreedores, y a cada uno de ellos le adeuda 80 (160 en total). En un mundo sin Ley Concursal, como los costos de transacción son altos, y no pueden contratar entre ellos, cada acreedor individualmente considerado hará valer la letra de su contrato. El resultado final será que obtienen el VNL, es decir, obtienen 100. Con eso cobran en parte sus acreencias. Sin coordinar obtienen el valor de 100. Y no coordinan porque los costos de contratar (coordinar) son muy altos. En ese sentido, sin Ley Concursal, los acreedores “optan” por VNL y obtienen

100. Decimos “optan” porque en realidad eligen sin siquiera haber conocido el VNM de 200 que hubiera sido una opción que claramente les daba (como colectivo) un mayor valor y les permitía recuperar el total de sus acreencias (160) e incluso generar un remanente (40) para los accionistas.

Como se puede observar, los altos costos de coordinar hacen imposible que se celebre el contrato que generaría más valor para los acreedores (VNM). En un mundo sin Ley Concursal los altos costos de contratar determinan que los acreedores pierdan 100. En otros términos, nuestro ejemplo refleja que sin Ley Concursal se producen pérdidas sociales de 100.

Entonces, es necesaria una Ley Concursal que ataque el problema de elevados costos de transacción para evitar que se produzcan tales pérdidas sociales. Esa es la razón de ser de la Ley Concursal. Reducir costos de transacción para evitar dichas pérdidas sociales. O dicho de otra forma, reducir costos de transacción para que los acreedores puedan contratar y elegir el valor que a su criterio resulte el mayor, sea éste el VNM o el VNL.

IV. ¿Cómo debe ser una Ley Concursal que funcione?

Primero, la decisión sobre si se reestructura o se liquida el negocio debe ser de los acreedores. Ellos deben decidir, y lo deben hacer sin intromisiones del deudor, INDECOPI o el Poder Judicial. Si los acreedores (principales perjudicados) deciden, su decisión será la mejor para proteger sus créditos. Si ellos optan por liquidar, a buena hora. Si optan por reestructurar, igualmente³.

Ello no implica que los acreedores en su conjunto no puedan equivocarse. Sin embargo, las probabilidades de ello son significativamente menores teniendo en cuenta que éstos se encuentran en mejor capacidad para adoptar la decisión que maximice el valor de la empresa, teniendo los mayores incentivos para ello.

La Ley Concursal peruana (Ley General del Sistema Concursal, en adelante, LGSC⁴) es muy clara en este punto. En el Perú los acreedores deciden por mayoría,

³ Para la explicación y sustento de las razones por las cuales es más eficiente que los acreedores decidan (en lugar del deudor o el Estado) ver Ezcurra, Huáscar “El derecho de voto de los acreedores vinculados al deudor insolvente: Aproximación al Tema a partir de un Análisis Económico del Derecho”, Themis, Revista de Derecho, No. 42, Lima, pp. 247-264.

⁴ Ley 27809, aprobada el 2 de agosto del 2002.

y su decisión obliga a todos (a los acreedores que no asistieron o asistiendo votaron en contra, y al deudor). En este punto, entonces, la ley peruana está a la vanguardia pues atribuye el poder de decidir a quien tiene los mejores incentivos para decidir correctamente (y maximizar valor). En efecto, si los acreedores deciden mal pierden y si deciden bien ganan. Tienen por ello los incentivos correctos para tomar decisiones que maximicen valor⁵. Esto es fundamental para una buena Ley Concursal.

Segundo, la protección de los activos del negocio en crisis debe ser efectiva. Por un lado, declarada la crisis los activos deben ser intocables. Nadie debe poder ejecutar. Por el otro, antes de la crisis (periodo de sospecha), sólo se deberá permitir que el deudor disponga de los recursos que requiere para el curso normal de sus actividades. Actos de disposición de activos que vayan en detrimento de los acreedores como colectivo, para favorecer al deudor o a algunos acreedores “amigos” deben ser nulos. Y tal declaración de nulidad debe darse rápido y ser efectiva, además de imponerse sanciones ejemplares a los infractores. Si antes y después de la declaración de crisis, los activos están efectivamente protegidos, quienes lleguen al INDECOPI llegarán todavía “en forma”. Habrá más para repartir entre los acreedores y, con ello, el crédito estará mejor protegido. Aquí la LGSC peruana también va en el sentido correcto⁶.

Tercero, el principio debe ser: aquello que se contrató antes de la crisis se respetará después de la crisis, salvo excepciones indispensables para cumplir con la protección de activos arriba referida. Esto significa que si hoy se pacta una garantía real para proteger un crédito, aun en INDECOPI mi garantía debe ser respetada. El efecto de respetar *ex post* los contratos celebrados *ex ante*, será que nadie se verá incentivado a ejecutar antes de llegar al INDECOPI porque sabrá que en INDECOPI se respeta lo pactado⁷. Entonces, nuevamente más empresas llegarán a INDECOPI “en forma” y el crédito estará mejor protegido.

⁵ Para un mayor desarrollo sobre el tema ver Easterbrook y Fishel (1983). Ver también Nitzan y Procaccia, (1986).

⁶ El detalle y sustento de nuestra propuesta para reformar la Ley Concursal de tal forma de hacerla más efectiva para proteger el patrimonio del concursado se encuentra en Egúsqiza Mori, Maria Luisa y Ezcurra, Huáscar, “¿Porqué tan pocas reestructuraciones?”. En Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal – Análisis Económico del Derecho. Palestra Editores. Lima – 2002, pp 93-126.

⁷ Para mayor detalle sobre el tema ver Baird y Jackson (1984).

Cuarto, el Estado (en el caso del Perú, INDECOPI) debe tener facultades efectivas que le permitan sancionar ejemplarmente a los infractores. Un Estado que fiscaliza *ex post* y que da señales claras de que los vivos “no la hacen”, es vital para el buen funcionamiento del sistema.

Como se ha mencionado anteriormente, consideramos que en la letra y el espíritu de la ley se cuenta con una de las mejores leyes concursales del mundo, justamente porque la Ley Concursal peruana cumple (en buena parte) con estos cuatro requisitos. Lo anterior no significa que no existan observaciones a la ley y crea que esta puede y debe mejorarse. Tenemos muchas observaciones y sugerencias para una reforma legal de la LGSC. No obstante, ese no es el objetivo del presente artículo.

La tesis que planteamos es que, en lo que a sus principios y filosofía respecta, la Ley Concursal peruana no sólo es muy buena sino que es una de las mejores del mundo. Creemos en lo anterior, principalmente, por el valor e importancia que la Ley otorga a la autonomía privada (representada por la mayoría de los acreedores). Bajo la Ley peruana los acreedores deciden. Y se considera que lo que ellos deciden es el mejor indicador de lo más conveniente. Es el respeto a dicha libertad y las garantías que la ley busca dar para que dicha libertad se ejerza, la que en mi opinión convierte a la Ley peruana en una ley de avanzada.

V. ¿Qué se requiere además de una buena Ley para lograr un Sistema Concursal que funcione?

Una Ley Concursal, su filosofía y sus principios, sin embargo, no funcionan en el vacío. Funcionan en el mundo real y ello significa costos. Aplicar la Ley Concursal, utilizando para ello el aparato concursal, tiene costos.

Los costos de administrar el Sistema Concursal son, indudablemente, un costo relevante para efectos de evaluar si el sistema que se diseña es efectivo o no para el objetivo de reducir los costos de contratar mencionados.

En nuestra opinión allí radica el gran problema de nuestro Sistema Concursal. Aquí está la razón de fondo que explica porqué a pesar de tener una de las mejores leyes concursales, tenemos un Sistema Concursal fallido.

Siguiendo con nuestro ejemplo anterior para graficar este punto⁸, imaginemos que hay Ley Concursal (como que la hay en el Perú), y esa ley justamente busca promover y facilitar que los acreedores se reúnan y contraten (ese es el objetivo actual de nuestra ley).

De esa forma, el objetivo de la LGSC es permitir que los acreedores de nuestro ejemplo celebren un contrato de reestructuración con el que obtienen 200 (VNM según nuestro ejemplo) en vez de 100, que es lo que hubieran obtenido si liquidaban (VNL de nuestro ejemplo).

No olvidemos sin embargo que utilizar la maquinaria concursal tiene un costo. Asumamos entonces –para completar nuestro ejemplo– que en el Perú contratar acogándose a la Ley Concursal genera costos de 120.

Entonces, si bien los acreedores de nuestro ejemplo contratan por la reestructuración y obtienen 200, a dichos beneficios tendrán que descontar el costo de celebrar dicho contrato que no es sino el costo de utilizar el aparato concursal que, para fines de nuestro ejemplo, hemos fijado en 120. Entonces los acreedores no obtendrán los 200 del VNM, sino que a tales 200 habrá que restarles los 120 que es lo que cuesta negociar y contratar bajo el proceso administrativo. Los acreedores entonces, si votan por un acuerdo de reestructuración a fin de obtener el VNM, obtendrán $200 - 120 = 80$.

¿Acaso ganaron algo acogéndose a la Ley Concursal y negociando bajo el ámbito del proceso administrativo seguido ante INDECOPI? No. Por el contrario, los acreedores perdieron. Con el proceso concursal como instrumento para negociar obtuvieron 80. En cambio, si no se hubieran acogido al mecanismo concursal habrían obtenido 100 (simplemente liquidando).

Estamos convencidos de que esto es lo que actualmente viene ocurriendo en el Perú. Tenemos una Ley Concursal muy buena (aunque mejorable por cierto) pero que, lamentablemente, se aplica en un sistema en el que las acciones de amparo y medidas cautelares se utilizan a diestra y siniestra como el mecanismo más eficaz para dejar sin efecto los acuerdos de los acreedores. Ello, naturalmente, determina que en lugar de tener un Sistema Concursal efectivo para la tarea de reducir los costos de transacción entre los acreedores, tengamos hoy más bien un Sistema Concursal que incrementa los costos de contratar.

8 Ver ejemplo de acápite 3.

Además, todo lo que decide el INDECOPI (luego de dos instancias administrativas si hay impugnación) puede igualmente impugnarse en el Poder Judicial mediante una acción contencioso administrativa. ¿Cuánto tiempo demora obtener una decisión final entonces? Podrían ser dos años en el mejor de los casos. Aunque lo más probable es que sean varios más.

Si a lo anterior le sumamos que nuestro sistema prefirió mantener en INDECOPI el monopolio para administrar procesos concursales (frente a otras vías, como por ejemplo, la arbitral⁹), ello termina trasladándole a los usuarios del sistema los elevadísimos costos de tener que esperar “en cola” largos meses hasta que INDECOPI pueda resolver, o pueda dar fecha de reunión de junta de acreedores, según el caso. En efecto, actualmente INDECOPI se encuentra con una carga sumamente elevada de procesos. Ello es indiscutible. Y lo peor es que dicha situación se deriva del hecho de que la mayor carga proviene de procesos de reconocimiento de créditos (la mayor parte de los cuales son laborales). Es decir, la mayoría de las veces dichos procesos versan sobre temas de puro trámite que terminan por distraer sus escasos recursos de los temas de fondo. Evidentemente, estar “en cola” encarece sustancialmente los costos de negociar bajo la LGSC.

Todo lo anterior nos lleva a pensar que la LGSC, no obstante sus bondades, en su aplicación, no contribuye para reducir costos de transacción. La razón de ello es que negociar en sede administrativa tiene actualmente un costo muy alto. Eso ya lo comenzaron a percibir los agentes de mercado y ello explica por qué hay menos casos¹⁰.

¿Qué se requiere entonces para que el Sistema Concursal funcione? Se requiere pensar en un sistema cuyos costos de aplicación no sean prohibitivos. Esa es la tarea fundamental pendiente.

Para dicha tarea, se nos ocurre que debería trabajarse la siguiente agenda:

- i) Evaluar la conveniencia de permitir que los acreedores y el deudor *ex ante* el concurso, tengan la posibilidad de pactar en estatutos someter a arbitraje el concurso del deudor si este deviene en insolvencia. Es necesario permitir que surja el arbitraje

9 Nuestra propuesta sustentando las bondades de permitir que los acreedores acuerden someter el concurso del deudor insolvente a un mecanismo arbitral se encuentra en Ezcurra (2002) pp. 198-210. Es pertinente para este punto también ver Rasmussen (1992).

10 Por menos casos nos referimos a los casos de grandes empresas. De esos hoy existen muy pocos que llegan al INDECOPI. Hoy existe muchos casos en trámite y muchos casos nuevos. No obstante son casos de menor cuantía. Principalmente casos de deudores persona natural concursados por aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil.

concurzal. Si queremos que el Sistema Concurzal funcione mejor y los procesos de negociación que ofrece la LGSC sean menos costosos, es necesario ponerlo a competir. La competencia es buena y genera bienestar. Mejorará la vida de los usuarios del Sistema Concurzal.; *ii*) Revisar el proceso de disolución y liquidación concurzal a fin de simplificarlo. El proceso de disolución y liquidación de la Ley General de Sociedades es un muy buen ejemplo de lo que se debe hacer si se busca una liquidación más privada y de menores costos; *iii*) Revisar también el proceso de concurso ordinario en la modalidad de reestructuración empresarial a fin de simplificarlo. Aquí el procedimiento concurzal preventivo contenido en la propia LGSC es el ejemplo que se debe seguir si se quiere “privatizar” más el proceso y con ello lograr reducir sus costos de implementación; *iv*) Revisar el proceso de reconocimiento de créditos a fin de simplificarlo. Creemos que no tiene ningún sentido que las Comisiones del INDECOPI dediquen tiempo y recursos a, por ejemplo, reconocer créditos laborales. El trabajo de reconocimiento de créditos, en su mayor parte, es trámite. En aquella parte que así sea sugerimos evaluar que el INDECOPI pueda contratar empresas calificadas para ese fin, que hagan la tarea. Empresas auditoras como KPMG, PriceWaterhouseCoopers o similares podrían hacer dicha tarea mejor, más rápido y quizá a menores costos que el INDECOPI. Con ello los procesos ganarían en celeridad y menores costos, y el INDECOPI tendría más espacio para su tarea de fiscalización; *v*) Fortalecer las facultades del INDECOPI para darle mayor eficacia a las normas de la LGSC orientadas a garantizar la protección del patrimonio del deudor concursado; y *vi*) Revisar el criterio actual del INDECOPI según el cual los expedientes concursales son reservados (incluso después de publicado el concurso) y solamente pueden tener acceso a ellos las partes intervinientes. Creemos que, por el contrario, INDECOPI debería más bien apuntar a convertirse en una plaza a la que cualquier agente de mercado interesado en evaluar la compra de empresas en crisis (fondos de inversión), puede acercarse y obtener información muy detallada sobre todas las empresas en concurso. En este contexto, en lo que a empresas concursadas se refiere, INDECOPI debería facilitar la asignación de recursos a usos mejores. Y para ello generar información confiable y transparente sobre las empresas concursadas es un paso fundamental para darle dinamismo a dicho mercado.

No nos cabe la menor duda de que actualmente negociar fuera del Sistema Concurzal resulta más conveniente que negociar en sede administrativa. Ese es el balance. De mantenerse el sistema actual, la muerte del Sistema Concurzal es inevitable.

Referencias

- BAIRD, Douglas y Jackson, Thomas, “Corporate Reorganizations and The Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy”, 51 U. Chi. L. Rev 97 (1984).
- COASE, Ronald (1960) The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, Oct, pp. 1-44.
- EASTERBROOK, Frank y FISHEL, Daniel (1983), “Voting in Corporate Law”, 25 J.L. & Econ. 395.
- EZCURRA, Huáscar. “La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un Instrumento de Reducción de Costos de Transacción”. En Gaceta Jurídica, T 57, Lima, 1998.
- EZCURRA, Huáscar “El derecho de voto de los acreedores vinculados al deudor insolvente: Aproximación al Tema a partir de un Análisis Económico del Derecho”, Themis, Revista de Derecho, No. 42, Lima, pp. 247-264.
- EZCURRA, Huáscar. “Privaticemos la insolvencia”. Ius Et Veritas. Revista Editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No 24, Lima 2002, pp. 198-210.
- NITZAN, Schemuel y Uriel PROCACCIA (1986), “Optimal Voting Procedures for Profit Maximizing Firms”, 51 Public Choice 191.
- RASMUSSEN, Robert K. “Debtor’s Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy”, 71 Tex. L. Rev. 51, 100-02 (1992).
- SCHWARTZ, Alan. “A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy”, 107, Yale L.J. 1807, 1810-11 (1998).