

## **El Fin del Derecho Concursal**

Hablar de la ley concursal que cumple un año y hacer un balance de su aplicación, a mi modo de ver las cosas, es hablar del comienzo del fin del Derecho Concursal en nuestro país ¿Por qué? Pues por que una ley a la que nadie (o muy pocos) se acogen es una ley que comienza a dar síntomas de que no es útil para su finalidad. Eso es justamente lo que está pasando en nuestro país. Las estadísticas del INDECOPÍ reflejan claramente que la nueva ley ha motivado una caída estrepitosa del número de procesos concursales ¿Y por qué la caída del número de casos debe considerarse un mal síntoma? Me explico.

El objetivo de una ley concursal es solucionar un problema de elevados costos de coordinación entre los acreedores de un deudor en crisis (o costos de contratar), facilitar la negociación y, de esa forma, permitir que los acreedores celebren un nuevo contrato que les permita maximizar el recupero de sus créditos. El fin es entonces proteger el crédito y, para ello, la ley concursal debe ser un instrumento efectivo para -reduciendo los costos de coordinación entre acreedores- permitir que ellos tomen la mejor decisión para proteger sus créditos, sea ésta reestructurar (cuando a su criterio el negocio en marcha vale más que liquidado) o sea ésta liquidar (cuando a su criterio el negocio liquidado vale más que en reestructuración).

Entonces, si el negocio en marcha vale, digamos 150, y si vendemos los activos en liquidación el negocio vale 100, obviamente los acreedores estarán mejor si contratan por una reestructuración. Esta es la alternativa que les permite maximizar valor y maximizar el recupero de sus créditos. La alternativa de la reestructuración les genera un valor de 150, en vez de un valor de 100. Es decir ganan 50. Ese contrato, sin embargo, no se podría celebrar sin una ley concursal que facilite la negociación entre acreedores. Sin ley concursal, ante el primer síntoma de crisis del deudor, cada acreedor haría valer los derechos que le brinda su contrato individual, ejecutando sus garantías, o trabando embargos. Todos los acreedores buscarían hacer lo mismo, y la negociación sería imposible. Sin ley concursal, por tanto, la respuesta al problema de la crisis sería siempre la liquidación (es decir 100 en nuestro ejemplo), a pesar que los acreedores como colectivo hubieran estado mejor si contrataban, pues podrían haber obtenido un valor de 150. En conclusión, una ley concursal busca atacar el problema de elevados costos de contratar para así evitar esas pérdidas sociales de 50.

Sin embargo, es claro que utilizar el aparato concursal tiene un costo. Los costos de administrar el sistema concursal son entonces 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.

Aquí radica el gran problema de nuestro sistema. Sigamos con nuestro ejemplo para graficarlo. Imaginemos que sí 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 (como que ese es el objetivo teórico de nuestra ley), y de esa forma permitir que los acreedores de nuestro ejemplo celebren un contrato de reestructuración con el que obtienen 150, en vez de 100 que era lo que hubieran obtenido si liquidaban. No olvidemos sin embargo que utilizar la maquinaria concursal tiene un costo. Asumamos entonces -para completar nuestro ejemplo- que en el Perú contratar acogiéndose a la ley concursal cuesta 70.

Entonces, si bien los acreedores de nuestro ejemplo contratan por la reestructuración y obtienen 150, a dichos beneficios tendrán que descontarle 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 70. Entonces los acreedores no obtendrán ya 150, sino 150 menos 70, esto es 80 ¿Acaso ganaron algo? No. En realidad 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).

Eso es lo que está pasando en nuestro país. Una ley concursal (como la actual) que le pone trabas al deudor que quiere acogerse por que establece que si tiene patrimonio neto negativo no puede siquiera negociar una reestructuración; una ley que establece que si no cierras rápido el acuerdo de reestructuración o liquidación, el Indecopi te liquida; una ley que dispone que el acreedor garantizado en INDECOPI es un “minusválido” pues su garantía no vale nada y por el contrario lo perjudica; es una ley que en lugar de aparecer como un instrumento idóneo para facilitar y promover la negociación entre los acreedores, hace en realidad todo lo contrario, complica la negociación y la hace más costosa.

De otro lado, una ley concursal que lamentablemente se aplica en un sistema en el que las acciones de amparo y medidas cautelares se “venden” a diestra y siniestra como el mecanismo más eficaz para dejar sin efecto los acuerdos de los acreedores, en lugar de reducir los costos de la negociación entre los acreedores, los incrementa. Finalmente, una ley que por haber querido mantener en Indecopi el monopolio para administrar procesos concursales nos traslada a todos el costo de tener que esperar “en cola” largos meses hasta que Indecopi pueda resolver, o pueda dar fecha de reunión de junta, es también una que encarece la negociación. La ley actual, bajo la mentira de que el Indecopi es más barato que mecanismos alternativos como el arbitraje (como si nuestro tiempo no valiera nada), nos privó del arbitraje y hoy nos obliga a contratar en Indecopi aunque éste sea más caro.

Todo lo anterior y muchos motivos más que no podremos desarrollar aquí, me llevan a pensar que la nueva ley no reduce costos de transacción, sino que los incrementa. Negociar en Indecopi tiene un costo muy alto y eso ya lo comenzaron a percibir los agentes de mercado. Por eso hay menos casos. Por ello la nueva ley concursal ha marcado el comienzo del fin del Derecho Concursal. Hoy negociar fuera del Indecopi es más conveniente que negociar bajo el auspicio del Indecopi. Ese es el balance. El Derecho Concursal ya no existe en el Perú.