

Derecho Contractual y Derecho Concursal

¿Puede Contratarse el Concurso?

Cuando dos partes contratan un préstamo puede asumirse que los costos de transacción que enfrentan son lo suficientemente bajos como para que el contrato regule todos los aspectos importantes de su relación (monto de la deuda, garantía, plazo, intereses, convenio arbitral, etc.) No obstante, el contrato de préstamo no regula cómo se afectará el contrato (y el pago de la deuda contraída, o la ejecución de las garantías pactadas, entre otros) si el deudor deviene en insolvencia y, por ejemplo, ingresa a un proceso de concurso ordinario en el Indecopi, al que concurren todos los de más acreedores. Lo más que algunas veces dirá el contrato en este aspecto es que se considerará como causal de resolución que el deudor devenga en insolvencia (legalmente declarada) y que las cuotas pendientes de pago devendrán (todas) en vencidas y exigibles. No conozco ningún contrato de préstamo que regule que en caso de insolvencia del deudor los acreedores serán convocados, sus créditos verificados, y que por acuerdo de la mayoría de los acreedores la deuda del insolvente será reprogramada, o sus activos liquidados, para pagar a todos hasta donde fuere posible.

La pregunta es entonces ¿Por qué, si los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para que las partes celebren un contrato de préstamo, sin embargo, las partes no contratan sobre las reglas de concurso de acreedores que se aplicarían a su relación en caso su deudor devenga en situación de insolvencia o cesación de pagos?

Ronald Coase diría que si los costos de contratar son bajos (como que lo son este caso, pues las partes ya se conocen, están negociando y celebrando un contrato de préstamo) entonces las partes por sí solas (sin necesidad de una regla legal) contratarían por las reglas más eficientes para regular la situación concursal. Y si esto fuera así, entonces, en teoría, la Ley Concursal no sería necesaria pues cada parte pactaría la “ley concursal” que considere mejor en su contrato de préstamo. Entonces por qué los contratos de préstamo no regulan este aspecto a pesar que el mismo resulta vital para la ejecución y cumplimiento del contrato.

Una de las razones por las que las partes que celebran un contrato de préstamo no contratan sobre las reglas del concurso aplicables al escenario de insolvencia, es justamente – como diría Coase- por que los costos de contratar dicho aspecto puntual (el concurso entre acreedores) son elevados ¿Por qué son elevados los costos de contratar? Las partes que contratan no saben (ni tienen como predecir) si realmente su deudor devendrá en insolvencia, qué tan grave será su insolvencia (será recuperable o habrá que liquidarlo), qué otros acreedores tendrá, cuál será el monto total de los créditos, cuál será la relación activos/pasivos, serán acreedores preferentes o no, etc. Justamente por que no saben todo lo anterior (pues nadie puede predecir el futuro), los costos de transacción – costos de

información- son muy elevados y no pueden contratar sobre cuáles serían las mejores reglas a aplicar en el escenario de concurso.

La otra razón por la que no se puede celebrar dicho contrato es por las externalidades que este generaría. No es sólo que los costos de transacción referidos sean muy elevados y ello impida celebrar dicho contrato, sino que además contratar sobre las reglas aplicables al concurso sólo entre un acreedor y deudor (sin que en este contrato participen los otros posibles acreedores), generaría externalidades o costos no contratados sobre aquellos terceros (dichos otros acreedores) que se verían afectados (para bien o para mal) por las reglas del concurso de acreedores que por definición (para que tengan alguna utilidad) se les aplicarían y estarían obligados a respetarlas.

La existencia de costos de transacción elevados y la existencia de externalidades son las razones que – diría Coase- justifican la existencia de la ley concursal que regule una situación que las partes involucradas, por acuerdo, no pueden regular. Es entonces por ello que los contratos de préstamo serán siempre “incompletos”, pues no regulan cómo se afectará el contrato en el escenario de insolvencia del deudor, un aspecto que, como hemos explicado, resulta de vital importancia para asegurar el cumplimiento del contrato.

Es sabido que cuando un deudor se concursa en Indecopi y con ello se aplica la ley concursal al pago de sus obligaciones, los acreedores terminan participando en un proceso que suele ser muy largo y engorroso, en el que sus garantías pierden efectividad y en el que usualmente todos pierden, deudor y acreedores. Sólo ganan los abogados (ganamos debiera decir). Esto nos debe llevar entonces a reflexionar más profundamente sobre el tema. Pareciera que la ley que simula lo que las partes hubieran contratado si hubieran estado en posibilidad de hacerlo (la ley concursal) no es la regla más eficiente.

¿Qué hacer? ¿Existe alguna forma de “completar” el contrato de préstamo privadamente, sin necesidad de recurrir a la ley concursal oficial, salvando el problema de costos de transacción elevados y los problemas de externalidades referidos? No existe nada en la ley concursal que impida que el deudor renuncie a su derecho de acogerse a la ley concursal, ni tampoco nada que impida que los acreedores renuncien a su derecho a llevar a su deudor al Indecopi ¿Usted señor acreedor no se sentiría mejor protegido si su deudor antes de recibir el préstamo pactado renuncia a su derecho de acogerse al Indecopi, usted a su vez renuncia a su derecho de llevarlo al Indecopi y, a su vez, su deudor se obliga a sólo contratar nuevos préstamos si sus nuevos acreedores renuncian también a llevarlo al Indecopi? Un pacto de este tipo “blindaría” su contrato frente al riesgo Indecopi y quizá permitiría que los privados pacten un mejor mecanismo concursal que el oficial ¿Es entonces posible contratar el concurso? ¿Qué diría Coase?

