

Comisión N° 5:

Armonización de normas concursales en el Mercosur.

Colaboración internacional en materia de quiebra.

LA CRISIS DEL DERECHO DE LA CRISIS EN EL PERU

Por Jean Paul Brousset^{*}

I. INTRODUCCION

El presente trabajo parte de un análisis general sobre las teorías que modernamente han abordado el tema de la justicia a nivel filosófico (específicamente la teoría de la justicia de John Rawls, y la teoría del análisis económico del derecho), para luego centrar su análisis en la realidad del derecho concursal peruano, verificando en concreto su fracaso como herramienta de solución de las crisis de las empresas, postulándolo así como uno de los generadores fundamentales de inequidades dentro de nuestra sociedad en general.

El trabajo está compuesto por dos partes, siendo la primera un análisis teórico del problema planteado, para culminar con la reflexión sobre la norma concursal peruana y su sustancia injusta no solo en los postulados teóricos, sino en su aplicación práctica.

La motivación para escribir estas líneas nace de mi permanente frustración en el ejercicio de mi profesión de abogado y de especialista en derecho concursal, ante la constatación del absurdo: Concursos amarrados, pactos entre acreedores principales y deudor, trabajadores sin beneficios sociales luego de largos años de trabajo, empresas depredadas por liquidadores inexcrupulosos, estado maniquí que ve pasar la injusticia sin mover un músculo, han sido los motivadores fundamentales de estas líneas, que pretenden racionalizar los porqués de las injusticias en los concursos peruanos, intentando finalmente proponer soluciones a las mismas.

Quiero precisar –porque resulta pertinente– que no todos los actores concursales en el Perú han actuado de manera injusta. Existieron –y existen– personas y

^{*} **BROUSSET, Jean Paul**, Catedrático de derecho concursal de la Universidad Tecnológica del Perú

empresas (deudores, acreedores, liquidadores) que han y vienen demostrando ética en su accionar. Pero estas son, lastimosamente, contadas excepciones.

Sobre el particular yo tengo una visión algo hobbesiana: el hombre en estado natural busca su propio bienestar a cualquier costo. Es la sociedad (a través del Estado) la llamada a compatibilizar esos impulsos. Es el Estado en concreto el llamado a hacer respetar el pacto social mínimo de convivencia mutua. Y –como veremos- el Estado Peruano, apegado a doctrinas de *laissez faire*, ha tenido una actitud estática en todo este proceso que ha motivado que los actores concursales se desborden. Esta es, al final, una de las grandes críticas que contiene el presente trabajo. Con el advenimiento del desastre neoliberal estadounidense, este rol estático debió de ser replanteado en muchas áreas –entre ellas la concursal-, pero por cuestiones políticas (TLC de por medio), nuestro legislador optó por la fórmula demandada por la superpotencia, reiterando su error de apreciación, a pesar del claro requerimiento de rectificación que el contexto mundial exigía (rectificación hacia un estado más actuante).

Me disculpo anteladamente por los excesos que pueda cometer en mis apreciaciones personales. La reiterada contemplación de las miserias humanas hace que a veces nos volvamos demasiado sensibles cuando tenemos la oportunidad de expresar nuestra desazón por cierto estado de cosas. Pero trataré de ser lo más objetivo posible. Como diría Tomás Salvador: “las ideas puras pueden ser dinamita”.

II. REFLEXIONES DE UN PÉNDULO FILOSOFICO ALREDEDOR DE LA JUSTICIA

1. Una cuestión de método: Las teorías neoplatónicas y el despertar de la intuición.

Considero relevante iniciar la exposición haciendo un primer deslinde con el racionalismo puro que a mi concepto es sustento fundamental del neoliberalismo que hasta el año pasado (cuando acaeció la crisis económica mundial) era la corriente filosófica y económica que venía liderando al mundo moderno.

Ese racionalismo descartiano, con algunos matices, es el que sustenta el científicismo de la visión económica del derecho, científicismo que llevó a Calabresi y a Coase a asimilar el derecho a la economía, con la idea de que todo fenómeno humano es racionalmente economizable (léase matematizable), y que por lo tanto, las leyes de la economía –que se sustentan fundamentalmente en la maximización de los recursos- debían de enmarcar todo fenómeno humano, entre ellos, el jurídico.

Una de las ramas del derecho que más se vió influenciada por estos pensamientos fue –como vamos a ver- el derecho concursal. En el Perú de los años 90, la primera norma concursal (Ley 26116), tuvo toda la influencia filosófica

de la Teoría Económica del Derecho, dado que jóvenes y destacados juristas peruanos que vinieron de efectuar estudios en prestigiosas universidades de Estados Unidos, postularon dicha teoría como el último y mayor avance en materia jurídica. Las sucesivas normas concursales se han alineado con dicha influencia. Es más, como vamos a demostrar, la vigente norma concursal es mucho más radical en su afirmación de las tesis económicas. Pero vamos por partes.

Las modernas teorías filosóficas han rebatido al cientificismo en muchos de sus ámbitos, habiéndose generado un desarrollo que los historiadores de filosofía han denominado neoplatonismo. Personalmente postulo que uno de los puntos de partida fundamentales de este moderno pensamiento filosófico –a parte de las iniciáticas ideas de Shopenhauer y de Whithenstein sobre la intuición- es la constatación matemática hecha por Goedel de la limitación de las ciencias para llegar a la verdad absoluta. En efecto, a inicios del siglo pasado Goedel demostró matemáticamente la teoría de la incompletitud, la misma que señalaba en términos resumidos que ningún sistema de variables múltiples puede ser entendido totalmente desde dentro. La ciencia, por lo tanto, podía palpar sus límites. Esta constatación científica dejó un hondo vacío en los filósofos hasta ese momento científicas. Es –intuyo, para concordar con el pensamiento que desarrollo- a partir de dicha constatación, que la filosofía comienza a repensar el racionalismo y a buscar completar las verdades con la intuición. Así, filósofos de avanzada como Husserl y Heidegger logran postular la fenomenología que relativiza las verdades absolutas, exhaltando las verdades del individuo consciente (que contienen mucho contenido intuitivo) como las verdades más próximas a la realidad.

En conclusión, había caído estrepitosamente la corriente filosófica que pretendía que lo científico era lo correcto. Este descubrimiento filosófico no fue tomado en cuenta por la gran potencia americana, que continuó aferrada a sustentos científicas, uno de los cuáles es justamente el análisis económico del derecho. Es por esta razón –de método o de fundamento sustancial- que postulo que el análisis económico del derecho es una corriente racional, en materia de definición de justicia, desfasada con las realidades sociales actuales, mucho más cuando su postulado fundamental –la maximización de los recursos sustentada en el libre mercado y por lo tanto en el libre accionar de los actores económicos- ha traído como resultado la mayor debacle económica de todos los tiempos en razón a sus consecuencias.

2. La teoría de la justicia vs el análisis económico del derecho. La intuición vs la razón

Me interesa en este punto reflexionar –a la luz del novísimo contexto internacional- sobre la dicotomía dogmática que representan dos corrientes que han intentado explicar el mundo jurídico: La teoría de la justicia de Rawls y el análisis económico del derecho de Coase. Comencemos por esta última. Como bien sabemos, Coase –con su famoso teorema- postula que todos los procesos humanos, incluyendo los jurídicos, son economizables, es decir, que pueden ser vistos desde una óptica económica y explicados desde la misma, en un enfoque de maximización de

recursos. Este análisis científicista moderno, representa el lado extremo de un péndulo filosófico entre el platonismo y el aristotelismo, péndulo que Habermas explica –como todo fenómeno histórico- como un movimiento elíptico entre estos postulados fundamentales. En el otro extremo, John Rawls, dándole un valor fundamental a la intuición como definidora de verdades, plantea en su famosa teoría que la justicia como valor sustancial no puede definirse en función a valores meramente económicos que llevan a un utilitarismo absurdo. “Lo buen para la mayoría es lo justo” es el postulado democrático que Rawls rebate, partiendo de una base económica (analiza el óptimo de Pareto, al igual que Coase) pero obteniendo intuitivamente resultados radicalmente diferentes. La justicia no puede medirse en función a la masa, necesita medirse en función a cada individuo, de lo que deduce Rawls que en el supuesto de una mejora, basta que un sujeto de la peor posición pierda con esa mejora para que la misma sea injusta. La justicia no es, por lo tanto, un valor que pueda interpretarse científicistamente y pueda matematizarse de manera total para llegar a resultados de masa. La justicia necesariamente es del individuo, del yo personal, de cada mundo conciente (Husserl, Heidegger).

¿Pero qué relevancia tiene esta discusión filosófica en nuestro derecho concursal?

III. EL OBJETIVO DEL DERECHO CONCURSAL PERUANO SU INFLUENCIA ECONOMICA Y SUS ERRORES SUSTANCIALES DE ENFOQUE

1. Ideas generales.

El derecho concursal peruano, fuertemente influenciado por la teoría económica del derecho, viene aplicando una normativa de corte económico que pretende un objetivo sustancial: Proteger al crédito. ¿Porqué? Porque consideran que de esta forma maximizan (palabra económica muy utilizada al respecto) los fenómenos económicos, pues el crédito viene a representar la posibilidad de desarrollo de una empresa, y desprotegerlo implica necesariamente desproteger al sistema en general. Ahora bien, si existen consecuencias negativas en esta aplicación normativa que privilegia antes que la protección a la empresa la protección del crédito en sí (y del acreedor por consecuencia lógica), estas constituyen males menores. Lo fundamental en este criterio económico, es que los acreedores estén debidamente protegidos.

Es por ello que teóricos peruanos de esta corriente filosófica vienen postulando ser inclusive más radicales: Algunos discuten la prioridad laboral dentro del concurso, pues genera inseguridad para el acreedor y distorsiona el sistema de garantías, algunos van más allá aún, precisando que no debería ni siquiera existir derecho concursal, debiendo regularse la situación de crisis en los contratos societarios de las empresas, con lo que los acreedores que quieran dar crédito puedan dar su conformidad con los mecanismos propuestos por la empresa *ex ante* (otra terminología muy en boga dentro del análisis económico del derecho).

Es decir: El acreedor es el ente económico más importante de todo el circuito (además del más poderoso o influyente) por lo que hay que blindarlo a capa y espada.

En este punto, me permitiré regresar a Rawls y me preguntaré: ¿Esta posición es justa? ¿es justo proteger a raja tabla a los que de por sí pueden protegerse mejor ante las contingencias de una quiebra? ¿es el rol del estado centrarse en abrirle todas las puertas a los más pudientes para que hagan y desagan de los recursos económicos a su real saber y entender? ¿No es este el anti mensaje que debimos de aprender a evitar luego de la crisis de los créditos hipotecarios?

Es claro, según lo expuesto, que la teoría de la justicia señala claramente esta como una situación radicalmente injusta. Un beneficio normativo (la norma concursal) que produce ventajas a las posiciones sociales más elevadas y que al mismo tiempo genera desventajas (como veremos en el transcurso de la exposición) a las posiciones sociales más bajas es injusto por principio de equidad.

A remarcar estas desventajas en la norma y en la práctica es que nos vamos a abocar en las siguientes líneas.

2. El análisis de las desventajas (inequidades) identificadas en la norma concursal peruana

El inicio de la inequidad ya ha sido precisado. La norma concursal peruana ha ratificado recientemente como objetivo único la protección del crédito. Hasta hace algunos meses (antes de las normas que modificaron todo nuestro sistema jurídico para adaptarlo a los requerimientos de Estados Unidos por el TLC), si bien también se señalaba como objetivo fundamental la protección del crédito, se incluía de manera subrepticia la protección del trabajador y la empresa. Ahora el tema ya está claro (en la práctica lo estaba como vamos a ver en el acápite pertinente). El legislador peruano ha decidido privilegiar la posición del acreedor en el concurso.

¿Y quiénes son los principales acreedores en el concurso? las grandes empresas son las que toman las decisiones fundamentales de reestructuración o liquidación, es decir, son los que –en virtud a la norma- tienen el control de la situación y pueden proteger adecuadamente sus intereses. Entonces, reformulemos el objetivo del sistema concursal: la protección de los intereses de las grandes empresas. Punto.

Ahora bien, ¿frente a quienes estos principales acreedores oponen sus intereses? Pues frente a los demás acreedores, los que quedan. Y por lógica de grupos, los que quedan son las medianas y pequeñas empresas, los trabajadores y el Estado. Respecto de las primeras podríamos aplicar la ley de la selva y decir “el que puede, puede”, pero es respecto de estos últimos que nos toca reflexionar, tratando de concordar con conceptos modernos de justicia.

Los trabajadores generalmente están ubicados en los estratos medios y bajos del escalafón social. Es por ello que el derecho laboral se plantea por esencia como supra protector de los mismos, pues generalmente el contrato de trabajo tiende a ser inequitativo por la pre-condición económica que el mismo tiene íncito. En palabras concretas, dentro de este grupo social es más que seguro que encontremos a personas de los estratos sociales más desfavorecidos por la sociedad. Respecto del Estado, el mismo debería –por posición teórica- ser el representante del íntegro de la comunidad, por lo que atentar contra sus intereses implica atentar contra los intereses sobre todo de los más desfavorecidos que son a los que el Estado moderno trata de atender con prioridad.

Así, y nuevamente reflexionando con Rawls, en la lucha por favorecer los intereses de un grupo de acreedores, la norma concursal ha privilegiado por favorecer el interés de aquellos acreedores de estratos socialmente altos, frente a los estratos de las últimas posiciones sociales.

Y en concreto, ya a nivel normativo aplicativo, esta situación se plasma al entregar a los acreedores en general la decisión del destino de la empresa. Es en la junta de acreedores como ente jurídico que se concreta el injusto. Teóricamente, la junta de acreedores tiene una estructura que pretende ser similar a la junta de accionistas. Pero hay un tema fundamental que escapa a esta similitud. Los accionistas tienen generalmente un claro interés común que es el desarrollo de la sociedad. Los acreedores no tienen un interés común identificable. Su interés es cobrar su crédito, y este interés no puede ser calificado como interés común, sino más bien como interés contrapuesto entre ellos. En efecto, si un acreedor cobra primero, los demás tienen menos posibilidades de cobrar. Hay por lo tanto, más que una conjunción de intereses una contraposición de los mismos.

Es por ello que la junta de acreedores en un organismo amorfo, donde se trata de juntar –en un dicho peruano que alude al milagro de San Martín de Porres- a perro, pericote y gato.

Cada acreedor elaborará una estrategia para dejar de lado al otro, para cobrar con prioridad, cualquiera sea la situación que se plantee. En ese sentido, no podemos esperar que la junta de acreedores tome decisiones técnicas, sino decisiones interesadas, es decir, decisiones de parte. Y eso es algo natural. No podemos criticar a los acreedores por comportarse de esa forma, pero sí podemos reparar la esencia que está atrás de este objetivo. Empresas que debieron de ser reestructuradas se liquidan porque los acreedores principales estimaron que de esa forma cobrarían más rápido su crédito, al existir activos que permitieron con su remate la cancelación del íntegro de sus obligaciones; o empresas que debieron liquidarse se reestructuran, porque los acreedores principales de esa forma paliaron de mejor forma sus contingencias contables.

Pero dentro del análisis económico del derecho esto es justificable. Se solucionaron de manera armoniosa y eficiente los conflictos (claro, perjudicando a los menos favorecidos, pero es el precio que se tiene que pagar por un sistema

pragmático), y se protegió de manera eficiente el crédito, que es el motor que mueve a la sociedad capitalista actual. Los teóricos de esta corriente reflexionan y dicen: ¡Pero si los acreedores son los más afectados por la crisis!, ¡a ellos les corresponde tomar la decisión del destino de la empresa!; ellos son los que maximizarán la decisión! Falacia sobre falacia. Y los resultados... desastrosos como lo vamos a ver en el análisis práctico que plantea este trabajo.

Pero ¿hacia donde mirar si no son los acreedores los que toman la decisión? El derecho comparado (sobre todo el europeo) da múltiples salidas a esta supuesta encrucijada. Yves Guyon plantea un abanico de posibilidades: Un juez especializado que tenga el apoyo de entes técnicos que evalúen el plan de reestructuración planteado, un ente estatal especializado autónomo que cumpla la misma función, o un ente privado especializado supervigilado por el estado que tenga el mismo objetivo. Lo fundamental es que un ente técnico (conformado por administradores, contadores, economistas, etc.) evalúe de manera técnica y objetiva la propuesta del deudor, y tome una decisión imparcial y profesional, que le asegure a la sociedad que las empresas reestructurables continúen su camino y que las empresas que ya no tienen posibilidades de competir se retiren ordenadamente del mercado.

3. El análisis de la práctica, luego de 16 años de derecho concursal en el Perú

En la práctica –y hay que decirlo con todas sus letras- el sistema concursal peruano es liquidatorio y fraudulento.

Respecto de lo primero, un reciente trabajo de un profesor peruano, el Dr. Pinkas Flint, ha establecido teóricamente lo que ya era una verdad a gritos en la práctica. Más del 90% de las empresas que se sometieron a concurso, en los años de vigencia de las distintas normas concursales, terminaron en liquidación. Esta conclusión es dramática. Resulta evidente que los acreedores (los grandes acreedores, como ya señalamos) han decidido –en el caso peruano- que antes que arriesgarse y darle la confianza al deudor para que demuestre su viabilidad, prefieren recuperar de la manera más rápida su crédito. Y la manera más rápida es el remate de los bienes del deudor en el más corto plazo posible. Yo me pregunto ¿cuántas de esas empresas eran realmente viables? ¿cuántos puestos de trabajo se eliminaron? ¿cuántos potenciales negocios que iban a dar beneficios a la sociedad peruana e impuestos al Estado peruano se vieron truncados por una decisión interesada y, en consecuencia, nada técnica de la junta de acreedores?

Respecto de lo segundo, enumeraremos las distorsiones que hemos identificado como fraudulentas en los años que tenemos de ejercicio profesional en materia concursal:

- a. Colusión entre acreedores y deudor para rematar activos antes del concurso.

- b. Colusión entre liquidadores y deudores para efectuar una “liquidación amistosa” que pase por agua tibia los delitos societarios cometidos por los administradores de la empresa que llevaron a la situación de crisis.
- c. Funcionarios estatales que votan en función a intereses de terceros por los créditos que representan, permitiendo que “liquidadoras amigas” sean designadas para manejar el proceso liquidatorio.
- d. Entidades liquidatorias que alargan fraudulentamente el proceso liquidatorio con el objeto de generar gastos que licuen el patrimonio de la empresa a su favor, con lo que el remanente a pagar resulta irrisorio en perjuicio, sobre todo, de los trabajadores y del mismo Estado, que son los que generalmente quedan impagos ante una quiebra.
- e. Una entidad estatal que se limita a verificar la parte procedimental del proceso concursal, pero que en la práctica no sanciona –o lo hace tibiamente- a los agentes que vienen distorsionando los objetivos sustanciales del concurso.

Al final, como ya lo comentamos, los principales perjudicados son fundamentalmente los trabajadores y el Estado. En pocas palabras, el proceso concursal peruano está encaminado a dejar impagos sustancialmente a estos dos grupos de acreedores, que son, por ilógica consecuencia, los que representan a las clases menos favorecidas de la sociedad peruana. Para la teoría de la justicia rawseliana, una norma y un sistema absolutamente injustos.

IV. CONCLUSIONES Y SOLUCIONES PLANTEADAS

1. El Objetivo del sistema concursal peruano debe de ser la protección de la empresa, protección que se debe de plantear con prioridad en el esquema preventivo de la crisis más que en el sistema de constatación y regulación de la misma.
2. La decisión del destino de la empresa no puede estar en manos de los acreedores, al tener estos intereses en conflicto que llevan a decisiones de parte, sino que debe de recaer en entes técnicos que analicen de manera profesional el plan de reestructuración planteado por el deudor.
3. Se deben ampliar los plazos del período de sospecha, con el objeto de evitar colusiones fraudulentas entre deudor y acreedores que perjudiquen el cobro de las demás acreencias.
4. El Estado debe de asumir de una manera mucho más eficiente la fiscalización del concurso, identificando los actos fraudulentos y sancionándolos en las vías civiles, administrativas y penales pertinentes.