

controlantes no tienen esta posibilidad, por tanto, sus intereses se asemejan más a los de un acreedor común que a los de un acreedor vinculado.

La opción legislativa expuesta será eficiente en tanto se cuente con dos elementos:

- Se establezca claramente qué presupuesto determina el control (que tendrá matices en cada caso concreto);
- Una autoridad concursal que haga previsible la administración del sistema mediante fallos coherentes.

Esta posibilidad de declarar como no vinculado un crédito que no tiene la capacidad de control contribuirá a la protección del crédito de los acreedores que, con una aplicación mecánica de los supuestos de vinculación previstos en una norma concursal, serían declaradas vinculados cuando en los hechos no tienen la capacidad de negociar en las condiciones en que un acreedor vinculado con capacidad de control hará; este supuesto sí puede convertirse en desincentivo del otorgamiento de créditos por parte de los socios.

4. ESTADOS UNIDOS

El sistema concursal en Estados Unidos se regula por el *Bankruptcy Code*³⁴; como en los sistemas revisados precedentemente dos son los principales procedimientos: la liquidación regulada por el *Chapter 7* y la reestructuración regulada por el *Chapter 11*.

La regulación concursal de los Estados Unidos tiene carácter federal, por lo que tiene principios aplicables en todo el país que se deben concordar con las reglas propias de cada distrito judicial.

³⁴ Ver <http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics/process.html>. Consultada el 24 de setiembre de 2009.

4.1 Los acreedores concursales

En el sistema estadounidense los acreedores se agrupan en clases como en el caso de los sistemas revisados en el presente trabajo. El *chapter 11* establece que el plan determina las clases de acreedores con lo que se determinará la forma en que el plan deberá ser aprobado por los acreedores.

De acuerdo a la norma, el deudor debe presentar la lista de acreedores con que cuenta a efectos de las notificaciones que se produzcan en el proceso.

El sistema estadounidense prevé la figura de los acreedores vinculados, denominados *insiders*. Se establece que los criterios de vinculación son, también, el parentesco, la propiedad y la administración³⁵. Así, el sistema estadounidense establece el deber de hacer una especial verificación de los acreedores vinculados, considerando como vinculados a los administradores, los familiares de los administradores y los socios de la empresa concursada.

4.2 El derecho de voto.

Como expusimos antes, el derecho de voto es ejercido por los acreedores para la aprobación de la propuesta de medidas necesarias para el saneamiento de la empresa en crisis. Sin embargo, como expusimos la decisión de los acreedores se encuentra subordinada a la opinión del juez del concurso quien puede desaprobar un acuerdo de los acreedores, si es que considera que no se cumple con los estándares exigidos por la regulación del sistema.

³⁵ Ver

http://www.law.cornell.edu/uscode/search/display.html?terms=insider&url=/uscode/html/uscode11/uscode11_uscode11_00000101----000-notes.html Consulta del 18 de setiembre de 2009.

El derecho de voto de los acreedores sólo es limitado a los acreedores que no son afectados por el contenido del plan (*impaired*)³⁶.

El sistema concursal estadounidense delega en los acreedores las decisiones sobre el destino del deudor, sin embargo la figura del juez del concurso es el principal órgano de decisión del procedimiento y es el filtro de la legalidad de los acuerdos, lo que constituye el principal elemento desincentivar del abuso de las mayorías, sean estas vinculadas o no vinculadas al deudor.

El juez está en aptitud de desaprobado los acuerdos de los acreedores si considera que no es la solución más eficiente; por otro lado, también tiene la facultad de convalidar un plan de reestructuración en contra de la opinión de algunos acreedores. En el sistema norteamericano se busca asegurar la eficiencia del sistema, para lo cual el Estado, a través del juez, podrá suplir las decisiones de los acreedores si considera que existen mejores alternativas para los fines del proceso.

³⁶ Ver

http://www4.law.cornell.edu/uscode/search/display.html?terms=impaired&url=/uscode/html/uscode11/us_c_sec_11_00001129----000-notes.html consulta del 18 de setiembre de 2009.

Consideramos adecuado para los efectos del presente trabajo, desarrollar los puntos citados. Podemos identificar estos temas en los aspectos que se debe analizar para determinar la eficiencia de un sistema concursal. Así, la igualdad de derechos y la representación en la junta, serán analizados al determinar la eficiencia *ex post* la declaración de concurso; los desincentivos a los préstamos en el punto referido a la eficiencia *ex ante* y lo referido a la autoridad para controlar conductas abusivas como parte de los costos de administración del sistema.

Será muy útil el análisis económico del sistema concursal pues nos dará una visión práctica de la necesidad y eficiencia de la eliminación del derecho de voto los acreedores vinculados; una norma legal crea incentivos para que los usuarios de la norma se comporten de una manera u otra, será necesario entonces identificar los incentivos que crea la eliminación del derecho de voto de los acreedores vinculados y cómo hacer que ellos contribuyan a la eficiencia del sistema.

1.2 Eficiencia *ex ante*.

Las relaciones de intercambio que se desarrollan en el mercado se basan en las reglas de los contratos. Para que se establezca un contrato las partes van a buscar darle a sus recursos el uso más eficiente, maximizando el beneficio que obtienen.

La celebración de los contratos supone asumir el riesgo de incumplimiento y la pérdida de los recursos cedidos al deudor; este riesgo es estimado e incorporado en el costo del crédito: a mayor riesgo, mayor costo; este es el

costo del crédito⁴². El riesgo de insolvencia del deudor forma parte del riesgo de crédito.

Dos aspectos son determinantes en el riesgo del crédito: la capacidad de pago y la voluntad de pago del deudor⁴³; la voluntad de pago del deudor se verá incentivada si no cuenta con mecanismos que le permitan evadir las obligaciones contraídas, en los términos pactados, obteniendo con ello mayores beneficios (principio de incentivos). La capacidad de pago está referida a la situación patrimonial del deudor, que le permitirá generar los recursos necesarios para honrar sus obligaciones.

La protección del crédito implica que acreedores y deudor cumplan con el rol que les corresponde: un adecuado análisis de los riesgos de contratar. En caso de una errada decisión, deberán asumir el costo de dicha decisión; en este sentido, la norma concursal debe ser equilibrada: el empresario-deudor que ha tomado decisiones equivocadas debe asumir el costo de sus decisiones; el acreedor que ha hecho una defectuosa evaluación del crédito, debe asumir el costo de esta decisión.

Otorgar un crédito implica una adecuada evaluación que permita reducir el riesgo de incumplimiento: verificar el historial crediticio, calcular cuál es la línea de crédito que la empresa puede otorgar y el deudor podrá asumir, crear políticas, hacer el seguimiento del crédito. El riesgo no desaparecerá, el acreedor debe implementar las medidas que permitan minimizarlo.

En el caso de los acreedores vinculados, la evaluación del crédito es menos estricta, desde el punto de vista objetivo, que la hecha por un acreedor no

⁴² SOTO, Robert. "El costo del crédito en el Perú". p. 8. Consulta 12 de diciembre de 2009. <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-134/Revista-Moneda-134-02.pdf>

⁴³ SOTO, Robert. Ibid.

vinculado; la confianza originada en las relaciones de parentesco, la *affectio societatis*, la calidad personal de aquéllos con quienes se tiene negocios en común, relaciones comerciales o administrativas en general, son elementos que relajan los criterios de evaluación de crédito basados en consideraciones patrimoniales, valorizando las calidades subjetivas del deudor; ello hace que el acceso al crédito sea más viable con los acreedores vinculados.

Lo antes expuesto, constituyó una de las principales críticas a la iniciativa de eliminación del derecho de voto que se planteó al interior del INDECOPI a fines de los noventa: Desincentivos para que los acreedores vinculados realicen préstamos⁴⁴.

La situación de vinculación, en nuestra opinión, lleva a que las condiciones personales del empresario-deudor determinen la decisión de otorgar crédito. La consideración sobre el riesgo de incumplimiento se relativizan pues en tal escenario, la situación puede ser superada sin necesidad de la intervención estatal: el empresario negociará y atenderá la deuda contraída pues no le resulta atractivo asumir el costo de perder a aquel proveedor de crédito con quien tiene una relación personal.

La calificación personal del acreedor o deudor vinculado es valorizada por los agentes y pasa a convertirse en una “garantía subjetiva”, derivada de la propia vinculación, que mitiga el riesgo de una evaluación de crédito menos objetiva. De hecho, por más que exista vinculación en los términos expuestos en la legislación (por razones de parentesco, propiedad o administración) habrá una evaluación de crédito, sólo que en esta se cuenta con información adicional sobre la calidad personal del deudor: su voluntad de pago.

⁴⁴ ECHEANDIA, Luis Francisco. “Odisea Concursal y Crisis Empresarial. Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador”. *Ius et Veritas*, número 22, Lima 2001, pp. 222-223.

Las calificaciones subjetivas que originan la vinculación se constituyen también en incentivo a la contratación entre vinculados, dado que reduce los costos de transacción de celebrar el acuerdo: no se invierte recursos en determinar la gama de posibilidades, establecer las condiciones y exigencias de cada una, negociar los términos del acuerdo, etc. Esta situación incentiva la celebración de contratos con vinculados (“más vale malo conocido que bueno por conocer”).

El riesgo que asume el acreedor vinculado al otorgar crédito a un vinculado es asumido libremente en base a la confianza que se tiene con la calidad personal del deudor, en este sentido, la regulación concursal no va a afectar la decisión de otorgar crédito a un acreedor vinculado en tanto el mecanismo que se empleará para su recuperación no será la intervención del Estado.

Por lo expuesto en el párrafo anterior, concluimos que la eliminación del derecho de voto de los acreedores vinculados no afectará la decisión de otorgar créditos a los vinculados, a lo más, incentivará una evaluación de crédito más estricta: la protección del crédito debe empezar por la actitud de los acreedores con una adecuada evaluación y la implementación de medidas que mitiguen el riesgo, como el uso del sistema de garantías.

Un aspecto que debemos tener presente es que la norma busca proteger el crédito de manera que sea accesible para los agentes económicos. Eliminar el derecho de voto de los acreedores vinculados desincentivará el uso del sistema concursal como mecanismo que permita la evasión de las obligaciones contraídas; en este sentido, reducirá el riesgo de crédito.

Si los acreedores vinculados al deudor no participan en los procedimientos concursales, se elimina la posibilidad de que este sistema sea empleado como mecanismo que permita evadir las obligaciones contraídas con los acreedores: el riesgo de crédito se reduce pues la voluntad de pago de los deudores se ve

incentivada al desaparecer las posibilidades de evasión de obligaciones, como en algún momento fue el sistema concursal.

La reducción del riesgo del crédito implicará una reducción del valor del crédito de parte de los acreedores no vinculados, por tanto, aún en el supuesto de que se restringiera el acceso al crédito con los acreedores vinculados, se abrirá la posibilidad del acceso al crédito con los acreedores no vinculados, a un costo menor.

Por otro lado, la eliminación del derecho de voto de los acreedores vinculados no afectará la posibilidad de recuperación del crédito de los acreedores vinculados, pues no incide en el contenido patrimonial de los derechos de los acreedores en el escenario de insolvencia, únicamente la participación formal, en la adopción de decisiones de la Junta de Acreedores.

Como hemos visto, la propia situación de vinculación se constituye en un incentivo para la negociación entre las partes involucradas, sin intervención del Estado; esta posibilidad será la principal garantía de cumplimiento de las obligaciones contraídas.

1.3 Eficiencia *ex post*.

Activado el sistema concursal con la declaración de concurso, el Estado debe procurar la eficiente asignación de los recursos limitados de la empresa concursada mediante una decisión que maximice su aprovechamiento en beneficio de los titulares de créditos. En este sentido, como hemos visto en la sección I del presente trabajo, el sistema peruano ha delegado en los acreedores la decisión sobre el destino del patrimonio, pues ellos se beneficiarán o perjudicarán por sus decisiones: están incentivados a adoptar decisiones eficientes.

En concordancia con lo expuesto, la norma concursal vigente, Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, señala que es finalidad del sistema concursal propiciar un ambiente óptimo para que se desarrolle la negociación entre los acreedores y el deudor. El Estado sólo actúa como facilitador de la negociación⁴⁵ y como garante de la legalidad de los acuerdos que pueda tomar la Junta de Acreedores; siempre respetando la autonomía privada, la decisión recae en los acreedores, el Estado no interviene en la formación de las decisiones.

Como corresponde a los acreedores determinar la mejor opción para recuperar el crédito, vamos a analizar si es que la participación de los acreedores vinculados en las decisiones de la Junta de Acreedores contribuye o no a la eficiencia del sistema. Por otro lado, también debemos determinar si es que la eliminación de su derecho de voto les causa un perjuicio injustificado.

1.3.1 Los derechos de los acreedores concursales

La calidad de acreedor otorga a su titular dos clases de derechos: políticos y económicos. Los derechos económicos son aquellos que permiten al titular de un crédito, cobrar aquello que les es debido. Los derechos políticos, están constituidos por la facultad de participar, mediante el derecho de voto, en la negociación de las decisiones sobre el destino del patrimonio concursado y decisiones conexas, tales como elegir y ser elegido como autoridad de la Junta de Acreedores.

⁴⁵ “Ley 27809. Ley General del Sistema Concursal.

Título Preliminar

(...)

Artículo II.- Finalidad de los procedimientos concursales

Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.

(...)”

Como hemos expuesto en la Sección I del presente trabajo, la legislación concursal peruana ha delegado en los acreedores la facultad de decisión sobre el destino del patrimonio concursado pues ellos cuentan con los mejores incentivos para adoptar decisiones eficientes al asumir el costo de la opción que elijan.

Definitivamente, el Estado no puede afectar los derechos económicos de los acreedores con el fin de proteger el crédito, ello supondría la intervención estatal en las relaciones privadas y un acto de disposición de patrimonio para lo cual no está legitimado dado el modelo económico reconocido constitucionalmente.

Cualquier acto que desconozca o reduzca los derechos económicos de los acreedores requiere la participación de los titulares pues se requerirá el consentimiento del afectado o un representante con facultades expresas para ello, es decir, el ejercicio del derecho político. Este supuesto puede suponer una traba que impida implementar la eliminación del derecho a voto de los acreedores vinculados pues los acreedores votantes no estarían legitimados para aprobar iniciativas que supongan actos de disposición como condonaciones parciales o la novación de parte de los créditos.

En un supuesto como el descrito en el párrafo anterior, sólo procederá aplicar el principio de colectividad previsto en el artículo V de Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal⁴⁶. En efecto, cualquier decisión de la junta

⁴⁶ “Ley 27809. Ley General del Sistema Concursal.
Título Preliminar
(...)”

Artículo V.- Colectividad

Los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor.

debe afectar los derechos patrimoniales de los acreedores por igual, por tanto, cualquier decisión que importe la disposición de derechos patrimoniales deberá afectar todos los acreedores de manera equivalente.

Un acuerdo de junta que desconozca la proporcionalidad en la participación de de la totalidad de acreedores involucrados en la crisis de deudor y que establezca privilegios injustificados para un acreedor o grupo de acreedores, deberá ser declarado ilegal por el Estado en su calidad de controlador de la legalidad del sistema, por vulnerar el citado principio de colectividad y el principio de proporcionalidad también previsto en la Ley General del Sistema Concursal⁴⁷.

Conforme a lo expuesto precedentemente, los acuerdos de la Junta de Acreedores deberán afectar a todos los acreedores por igual. Como quiera que quienes cuentan con los mejores incentivos para actuar en salvaguarda de sus intereses son los propios titulares del crédito, los acreedores vinculados deberán tener derecho a participar en las sesiones de Junta de Acreedores, con derecho de voz y tener derecho a impugnar los acuerdos, tal como un acreedor ordinario.

El mecanismo mencionado en el párrafo anterior puede constituir un elemento con que los acreedores vinculados puedan afectar los acuerdos de la Junta de Acreedores: en caso no participen en las votaciones, podrán impugnar

(...)"

⁴⁷ "Ley 27809. Ley General del Sistema Concursal

Título Preliminar

(...)

Artículo VI.- Proporcionalidad

Los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes, salvo los órdenes de preferencia establecidos expresamente en la presente Ley."

cualquier acuerdo que consideren contrario a sus intereses, bloquearlos, volver lento e imprevisible el sistema y llevarlo al fracaso.

Lo expuesto en el párrafo precedente podría ser un argumento en contra de otorgar la participación de los acreedores vinculados en las juntas, con derecho a voz e impugnación de acuerdos. En este punto, debemos recordar uno de los principios que expusimos al inicio de esta sección: el principio de incentivos, por el cual una persona tiende más a emprender una acción si sus beneficios aumentan.

El interés de cualquier acreedor será recuperar su crédito en el menor tiempo posible y el interés del titular de la empresa en crisis será mantenerla como fuente de ingresos o, en el peor de los casos, tener la posibilidad de recuperarla como fuente de ingresos. En todo caso, el incentivo de los acreedores vinculados para votar de determinada manera se alineará con los intereses del empresario, siempre que tal supuesto le otorgue mayores beneficios que no hacerlo.

Como hemos expuesto, el interés del empresario será la continuación de la empresa, en este sentido los acreedores vinculados apoyarán una iniciativa de este tipo. La única posibilidad de obtener la reestructuración de la empresa en crisis será apoyando la iniciativa por la que se inclinen los acreedores no vinculados, pues de lo contrario la disolución y liquidación será el destino de la empresa, conforme a lo dispuesto por la Ley General del Sistema Concursal⁴⁸.

⁴⁸ “Artículo 96º.- Disolución y liquidación iniciada por la Comisión

96.1 Si luego de la convocatoria a instalación de Junta, ésta no se instalase, o instalándose, ésta no tomase acuerdo sobre el destino del deudor, no se aprobara el Plan de Reestructuración, no se suscribiera el Convenio de Liquidación o no se designara un reemplazo del liquidador renunciante en los plazos previstos en la Ley, la Comisión, mediante resolución, deberá disponer la disolución y liquidación del deudor. Un extracto de la citada resolución será publicado por la Comisión en el diario oficial El Peruano por una única vez. Excepcionalmente, cuando a criterio de la Comisión el reducido número de acreedores no amerite la realización de la publicación señalada, la Comisión notificará la resolución mencionada al deudor y a cada uno de los acreedores reconocidos por ésta.

1.3.2 ¿Cómo evitar la evasión de la regulación de los acreedores vinculados?

La eliminación del derecho de voto de los acreedores vinculados va a incentivar que, quienes caigan en los supuestos de vinculación y pretendan emplear el sistema en fines diversos a la protección del crédito, como ha sido en la experiencia peruana, busquen la mejor alternativa para evitar la restricción. En la práctica, la mejor alternativa ha sido presentarse como no vinculado.

La actuación fraudulenta de los acreedores presentándose como no vinculados obliga a la autoridad encargada de la conducción del procedimiento a extremar el cuidado al momento de identificar la condición de vinculación de un acreedor respecto del deudor, empleando todos los elementos para determinar tal vinculación.

Por experiencia, el elemento empleado para evadir las restricciones derivadas de la situación de vinculación es la cesión de crédito o la cesión de posición contractual, figuras previstas en el artículo 1206⁴⁹ y 1435⁵⁰ del Código Civil. Como quiera que estas instituciones sólo transfieren el contenido patrimonial de la obligación no siendo extensible a las cualidades personales de los sujetos de la obligación, basta con ello para que el crédito de un acreedor vinculado sea transferido a quien no detenta esta calidad personal para que los efectos de la vinculación en el procedimiento concursal no le sean aplicables.

96.2 La disolución y liquidación iniciada por la Comisión no puede ser revertida por decisión de la Junta.”

⁴⁹ “Artículo 1206.-Concepto

La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.

La cesión puede hacerse sin el asentimiento del deudor”.

⁵⁰ “Artículo 1435.-Definición

En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual”.

Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

(...)”

Las figuras citadas facilitan salvar las restricciones propuestas en la legislación nacional en salvaguarda del crédito. Por ello, consideramos que una opción aplicable es el modelo previsto en la legislación española que establece la posibilidad de declarar la vinculación de los cesionarios en los casos de créditos transferidos dentro de los dos años previos a la declaración de concurso, salvo prueba en contrario⁵¹.

La posibilidad de invertir la carga de la prueba con el fin de determinar la vinculación es una opción que no tendría buenos resultados en el Perú y sólo contribuiría a aumentar la carga procesal y, por tanto, aumentar los costos de administración del sistema. Los créditos cedidos por acreedores vinculados no deben ser considerados para determinar el quórum de asistencia ni deben dar derecho de voto.

1.3.3 La representación de los acreedores en la Junta

La eliminación del derecho de voto, es la restricción de un derecho político que no afecta la facultad del acreedor de recuperar sus créditos, pues la decisión que tomarán los acreedores no vinculados se referirá al íntegro de los pasivos del deudor concursado.

Hemos expuesto que las decisiones de los acreedores se dan en la Junta, escenario en el cual se materializa la negociación necesaria entre los acreedores y el deudor en que se deberá obtener la decisión más eficiente en beneficio de todos, ella es la justificación de la participación de los acreedores.

En el caso de los acreedores vinculados al deudor, la negociación se dará de todas maneras pues su vinculación con el deudor es el elemento facilitador de

⁵¹ Ver p. 41, nota al pie 24.

aquella, haciendo innecesaria su participación en la Junta de Acreedores implementada por la intervención del Estado.

La propia situación de vinculación hará que las propuestas del deudor para la decisión sobre el destino del patrimonio concursado incorporaren las expectativas de los acreedores vinculados y de esta manera el resultado de la negociación en la Junta de Acreedores recogerá las expectativas del universo de los acreedores.

En atención a lo expuesto, la eliminación del derecho de voto no afecta la representación de los acreedores en la negociación a celebrarse entre los acreedores y el deudor, por el contrario se constituye en una medida que incentiva la negociación entre los acreedores vinculados y el deudor, pues será la mejor forma de proteger el crédito y hacer valer la garantía que poseen en razón a su situación de vinculación.

1.4 Los costos de administración del sistema.

Los costos de administración del sistema concursal deberán ser, necesariamente bajos para que se incentive su uso y se alcance los objetivos de eficiencia deseados. Dentro de los costos, debemos considerar el tiempo que demanda la solución del incumplimiento ya sea mediante la reestructuración o la liquidación del patrimonio concursado; un sistema lento será ineficiente, por tanto, contrario a una efectiva recuperación del crédito.

Por otro lado, el sistema debe ser previsible, pues la incertidumbre respecto de la aplicación del sistema puede constituirse en un elemento que haga más caro

aún el crédito: será preferible un sistema lento pero previsible antes que uno con reglas que busquen la eficiencia pero que sólo lo vuelvan imprevisible⁵².

El costo de un sistema lento pero previsible puede ser estimado e internalizado en el valor del crédito a través del costo del mismo, con lo que no se constituirá en un desincentivo para el otorgamiento de créditos. Un sistema imprevisible, requerirá mayores recursos para implementar medidas que puedan mitigar el riesgo de incumplimiento; con ello, se incentiva que los recursos que puedan ser destinados al crédito sean empleados en otras actividades que generen menos riesgo.

1.4.1 La declaración de vinculación acreedor-deudor

Implementar la eliminación del derecho de voto de los acreedores vinculados supone, necesariamente, una adecuada verificación de la situación de vinculación con el fin de no perjudicar a acreedores que no cuentan con una real situación de vinculación y, por tanto, no estén en la posibilidad de activar los mecanismos de negociación en salvaguarda de su derecho de crédito.

La necesidad de una adecuada verificación de la situación de vinculación, tiene relación con lo que se denominó "costos de error de la administración"⁵³: los costos ocasionados por falta de predictibilidad de las resoluciones de la autoridad concursal. Como hemos expuesto, la previsibilidad es un elemento que los acreedores valorarán tanto o más que la velocidad en la recuperación del crédito.

⁵² BANCO MUNDIAL. "Principios para sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores." p. 11. Consulta 10 de diciembre de 2009. <http://www.worldbank.org/ifa/IPG%20-%20Revised%20Pples%20FINAL%20%5B21%20Dec%202005%5D%20SPANISH.pdf>

⁵³ INDECOPI Documento de Trabajo N° 008-2000. Op Cit. p. 32. Consulta el 25 de noviembre de 2009. <http://www.bvindecopi.gob.pe/doctra/2000/d00008.pdf>

Reducir estos costos de error de la administración dependerá de la colaboración de los acreedores y los precedentes que la administración vaya desarrollando de manera que sus resoluciones sean predecibles y se identifique los mecanismos que puedan diseñar los acreedores para evadir la declaración de vinculación.

Otro aspecto que debe ser tomando en cuenta como elemento para asegurar el éxito del procedimiento de verificación de crédito es el personal al que se encomendará la tarea de verificar la situación de vinculación de los acreedores. Necesariamente, se requiere de profesionales calificados a los cuales se deberá retribuir de acuerdo al mercado, con el fin de asegurar su especialización e independencia; por ello, consideramos que una alternativa es la tercerización del servicio de manera que sea la competencia por productividad y eficiencia la que provea al Estado de profesionales eficientes encargados de la verificación de los créditos, haciendo predecible y exitoso al sistema.

1.4.2 Los criterios que determinan la declaración de vinculación acreedor-deudor

Actualmente, la norma establece todos los casos que, a criterio del legislador, evidencian vinculación⁵⁴. La norma ha buscado establecer todos los supuestos

⁵⁴ Artículo 12.- Declaración de vinculación entre el deudor y sus acreedores

12.1 Para efectos de la aplicación de la presente Ley, podrá declararse la vinculación entre el deudor y un acreedor cuando existan o hayan existido relaciones de propiedad, parentesco, control o gestión, así como cualquier otra circunstancia que implique una proximidad relevante de intereses entre ambos.

12.2 A título enunciativo y no limitativo son relaciones que evidencian la existencia de vinculación concursal:

- a) El parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad entre ambas partes o entre una de ellas y los accionistas, socios, asociados de la otra parte o entre una de ellas y los accionistas, socios o asociados de la otra o entre quienes ostenten tal calidad.
- b) El matrimonio o concubinato.
- c) La relación laboral, que implique el ejercicio de labores de dirección o de confianza.
- d) La propiedad, directa o indirecta del acreedor o deudor en algún negocio de su respectiva contraparte. Están excluidos de esta condición los trabajadores que sean acreedores de las cooperativas de trabajo.
- e) La asociación o sociedad, o los acuerdos similares entre acreedor y deudor.

de vinculación que pueden incentivar conductas estratégicas entre los vinculados y que puedan resultar contrarias a los fines del concurso.

En nuestra opinión, buscar el detalle en los supuestos de vinculación hará más complejo una situación que, por su naturaleza, ya lo es: las relaciones personales, las mismas que variarán dependiendo de las personas que las compongan y las circunstancias que estén afrontando.

No todos los familiares tienen la misma relación, es conocido que las relaciones entre parientes cuando involucran relaciones patrimoniales se llegan a romper. Por otro lado, existen relaciones establecidas con personas con las que no se tiene relación de parentesco o comercial, y que son tan cercanas que incentivan su uso para maximizar beneficios en provecho de las partes.

Lo que busca la norma de vinculación de la ley concursal es desincentivar el uso del sistema, por parte de los vinculados, para obtener beneficios mayores, en el proceso de recuperación del crédito, a los de un acreedor común, vulnerando el principio de colectividad y proporcionalidad en la participación en el patrimonio sujeto a concurso.

El incentivo a usar el sistema concursal con la finalidad descrita sólo se presentará si ambas partes vinculadas obtendrán mayores beneficios a los que obtendrían si no lo hacen (recordemos el principio de incentivos); esta posibilidad sólo se dará cuando la relación de vinculación es tan intensa que asegure a ambas partes que la otra no incumplirá su deber.

-
- f) La existencia de contabilidad común entre las actividades económicas de acreedor y deudor.
g) La integración común de un grupo económico en los términos señalados en la ley de la materia.
12.3 La existencia de estas relaciones deberá ser declarada por el acreedor y por el deudor en la primera oportunidad que se apersonen ante la Comisión

Con lo expuesto, consideramos que una norma simple será más beneficiosa para la administración del sistema y permitirá a la administración del sistema una correcta aplicación de la regulación de los créditos vinculados. En este sentido, consideramos que la regla que determina la relación de vinculación acreedor-deudor debe ser la proximidad relevante de intereses entre ambos.

Las relaciones de parentesco, propiedad y control o gestión, pueden ser elementos indiciarios de la situación de vinculación; pero no deben ser elementos suficientes para determinar la vinculación. La verificación de la situación de vinculación se debe dar a partir de la proximidad relevante de intereses, haciendo un análisis particular para cada caso específico.

1.4.3 El control de la legalidad de los acuerdos de la Junta de Acreedores

El control de la legalidad de los acuerdos de la Junta de Acreedores es la principal función del Estado en el sistema concursal de manera que el sistema sea previsible y genere confianza entre los usuarios. Este control de legalidad se puede dar en dos momentos: antes de implementar el acuerdo, como es el caso del sistema de los Estados Unidos de América o con el control posterior al acuerdo.

Consideramos que la facultad de fiscalización posterior que tiene la autoridad concursal es la mejor opción: el acuerdo se implementa y la autoridad puede revisar que los acuerdos sean conformes a las normas vigentes pudiendo declarar la nulidad del mismo si vulnera normas imperativas.

No consideramos adecuada para nuestro sistema el control de legalidad previo a la implementación de los acuerdos, a manera de convalidación de los acuerdos de junta.

El control previo podría resultar atractivo si es que la carga procesal del único organismo encargado de la revisión de los acuerdos de la Junta de Acreedores permitiera que se atendiera esta posibilidad en plazos cortos. Sin embargo, la experiencia con la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi y la demora en la tramitación de los procedimientos revela que no está en aptitud de administrar el control previo de manera eficiente, asegurando la rapidez del sistema.



CONCLUSIONES

1. La finalidad del sistema concursal debe ser la protección del crédito, pues este constituye el elemento indispensable para el desarrollo de la actividad empresarial y económica en general. La intervención estatal no puede fijar medidas que busquen proteger a la empresa estableciendo mecanismos que impidan o retarden la efectiva recuperación del crédito; ello altera la situación de equilibrio que se establece entre acreedor y deudor a partir de la libre negociación de los términos contractuales y constituye una intervención estatal en la autonomía privada.
2. La participación del Estado se debe limitar a brindar las condiciones para que los acreedores negocien con el deudor las mejores condiciones para el pago de las obligaciones. Para que esta intervención sea eficiente, debe reducir los costos de transacción para hacer viable la negociación y establecer un marco idóneo para que esa negociación sea eficiente, desincentivando cualquier conducta que pueda interferir en ella y que la decisión sobre el destino del patrimonio concursado sea producto de la autonomía de la voluntad de las partes.
3. La intervención del Estado en una situación de crisis de la empresa se da con el sistema concursal, el mismo que obliga a los acreedores a reunirse en Junta de Acreedores para decidir, mediante la votación estimada en el porcentaje de participación en el total de deuda de la empresa, el destino del patrimonio concursado. En el caso de los acreedores vinculados, ellos no asumen elevados costos de transacción para negociar con el deudor ni para implementar los acuerdos a que llegue con el deudor; por ello, en el caso de los acreedores vinculados la participación del Estado a través del sistema concursal se constituye en una herramienta que mejora su posición en la masa de acreedores y les

permite obtener ventajas mayores a las de los acreedores no vinculados, desequilibrando la posición negocial al interior de la junta y facilitando acuerdos ineficientes en beneficio del grupo vinculado.

4. La participación de los acreedores vinculados en el procedimiento concursal genera una distorsión en la libre negociación ya que los incentivos de los acreedores comunes y los acreedores vinculados son diferentes. El Estado puede corregir esta distorsión de dos maneras: eliminando el derecho de voto de los acreedores vinculados o controlando que los acuerdos adoptados con la participación de los vinculados no establezcan condiciones contrarias al interés general de los acreedores. La segunda posibilidad aumenta los costos de administración del sistema y tornaría ineficiente la negociación pues siempre estaría subordinada a la aprobación del Estado.
5. La eliminación del derecho de voto de los acreedores vinculados se justifica en que, en un supuesto de vinculación económica, la intervención del Estado no opera como facilitador de la negociación y reductor de los costos de transacción, pues es la vinculación misma la que reduce estos costos. En este sentido, será más eficiente para los fines del sistema, que la negociación del acreedor vinculado con el deudor concursado se dé fuera del sistema, de manera que la propuesta a negociar con el total de acreedores ya recoja las expectativas de los acreedores vinculados sobre la base la eficiencia: se buscará la reestructuración sólo cuando con ella se obtenga mayores beneficios que con la liquidación; en caso liquidación se elegirá la modalidad de ella que más rápidamente satisfaga los intereses de los acreedores.
6. La eficiente protección del crédito se producirá con el análisis de riesgos que debe hacer el acreedor vinculado *ex ante* la situación de concurso, pues es el escenario en que a, menor costo, estará en aptitud de

implementar mecanismos que protejan mejor su crédito. En este sentido, la eliminación del derecho de voto de los acreedores vinculados en los procedimientos concursales sirve como un incentivo para que ellos contribuyan a la protección del crédito implementando mecanismos que garanticen el cumplimiento de obligaciones, evitando el desperdicio de recursos.

7. La intervención del Estado para corregir la distorsión que la participación de los acreedores vinculados puede ocasionar en el sistema concursal, debe partir de una correcta y efectiva determinación de la situación de vinculación. Para ello, la regulación no debe buscar establecer todos los supuestos en los cuales existe vinculación pues la situación de cada empresa y sus acreedores relacionados difieren en cada caso en particular, así como la intensidad de esta vinculación.
8. La situación de vinculación se constituye en elemento de protección del crédito del acreedor vinculado en tanto tenga capacidad de incentivar en el deudor una voluntad de cumplimiento. El acreedor vinculado tendrá esta capacidad si cuenta con intereses comunes con el deudor; por tanto, el elemento que debe determinar la situación de vinculación debe ser la proximidad relevante de intereses pudiendo ser la relación de parentesco, propiedad y control o gestión, elementos indiciarios de ello. La verificación de la situación de vinculación se debe dar a partir de la proximidad relevante de intereses, haciendo un análisis particular para cada caso específico.
9. La eliminación del derecho de voto no desincentivará el otorgamiento de créditos por parte de los acreedores vinculados pues la situación de vinculación otorga capacidad de incentivar la voluntad de cumplimiento del deudor, basado en la intensidad de la relación de vinculación.

10. La situación de vinculación hace que los costos de transacción entre los vinculados sean prácticamente nulos, por lo que estarán en mejor posición de obtener una salida satisfactoria a la situación de incumplimiento sin necesidad de la intervención de Estado. En este sentido poco afectarán a las relaciones personales las reglas que el Estado pueda establecer, pues las relaciones personales entre los vinculados primarán.



BIBLIOGRAFIA

1. LIBROS

-BERNANKE, Ben y Robert FRANK

2007. Principios de economía. Tercera Edición. Madrid: Mc Graw-Hill. 946 pp.

-BEAUMONT, Ricardo

1994. Derecho Comercial y Reestructuración Empresarial. Lima: Alternativa. 527 pp.

-BULLARD, Alfredo.

2006. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Segunda Edición. Lima: Palestra. 1305 pp.

-CANDELARIO, María Isabel y Luisa RODRIGUEZ

1998. La empresa en crisis. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 228 pp.

-CARBONELL, Esteban

2009. El Sistema Concursal. Lima: Jurista Editores. 846 pp.

-EPSTEIN, Richard.

2005. Reglas simples para un mundo complejo. Lima: Ius et veritas-Fondo Editorial PUCP. 349 pp.

-FLINT, Pinkas.

2002. Tratado de Derecho Concursal. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Dos volúmenes. Lima: Grijley.

-FLORES, Pedro

1989. Derecho de Quiebras. Lima: Marsol. 630 pp.

-ROJAS, Juan

2002. Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal. Lima: Ara Editores. 922 pp.

-SOBREVILLA, Tomas

1998. El proceso concursal peruano. La Ley de Reestructuración Patrimonial. Lima: Fondo Editorial PUCP. 584 pp.

2. ARTICULOS

-BREYER, Stephen.

2005. "La naturaleza del concurso. Un ensayo sobre compartir los riesgos concursales y el acuerdo entre acreedores". *Themis*, Lima, número 52, pp. 7-42.

-BAIRD, Douglas.

2002. "Axiomas concursales aceptados". *Themis*, Lima, número 45, pp. 5-22.

- BERMEJO, Nuria.

S/A "Los efectos del concurso sobre los créditos". Consulta: 27 de setiembre de 2009. <http://web.ebscohost.com/ehost/pdf?vid=7&hid=5&sid=8953aef1-5c02-43bf-b40b-e9335fff6aa1%40sessionmgr10>

- ECHEANDIA, Luis Francisco.

2001. "Odisea Concursal y Crisis Empresarial. Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador". *Ius et Veritas*, número 22, pp. 194-224.

-EZCURRA, Huáscar.

2002. "El derecho a voto de los acreedores vinculados al deudor insolvente: Aproximación al tema a partir de un análisis económico". En EZCURRA, Huascar, "Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal- Análisis Económico del Derecho". Lima: Palestra Editores, pp. 127-162.

-FERRERO, Alfredo.

1993. "Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial". Derecho, número 47, pp. 385-434.

-GAGLIUFFI IVO

2004. "Sospechosos comunes. La vinculación entre deudor y acreedor en el sistema concursal peruano y sus consecuencias". Foro Jurídico, número 3, pp. 145-156.

-JACKSON Thomas H y Robert SCOTT,

2002. "La naturaleza del concurso. Un ensayo sobre compartir los riesgos concursales y el acuerdo entre acreedores". *Themis*, Lima, número 45, pp. 25-43.

-ROMANO, Robert

2003 "Una guía para tomas de control: Teoría, evidencia y regulación". *Themis*, Lima, número 46, pp. 119-164.

-WILCHEZ DURAN, Rafael.

2008. "Vacíos e inconsistencias estructurales de nuevo régimen de insolvencia empresarial colombiano. Identificación y propuesta de solución". Consulta 23 de setiembre de 2009.
<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=4&hid=5&sid=f0c2cabf-79bd->

4866-abd5-

4f4fba3582d%40sessionmgr4&bdata=JmFtcDtsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWWhvc3Qt
bGl2ZQ%3d%3d#db=a9h&AN=38034013

3. DOCUMENTOS DE TRABAJO

-INDECOPI

1998 Documento de Trabajo N° 004-1998 "Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial". Lima.

1999 Documento de Trabajo N° 002-1999 "Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico y Propuesta". Lima.

2000 Documento de Trabajo N° 008-2000 "Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnostico de una Década". Lima.

-BANCO MUNDIAL

2005 "Principios para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores".

NORMAS

-CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU

2002 Ley 27809 "Ley General del Sistema Concursal". 8 de agosto

1999 Ley 27 194 "Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial". 24 de junio.

-PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DEL PERU

1992 D.L. 26116 "Ley de Reestructuración Empresarial". 30 de diciembre.

1993 D.S. 044-93-EF "Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial". 23 de marzo.

1996 D.Leg. 845 "Ley de Reestructuración Patrimonial". 20 de setiembre.

1999 D. U. 064-99 "Establecen normas de carácter transitorio destinadas a crear las condiciones para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial en las empresas". 1 de diciembre.

1999 D.S. 014-99-Itinci "Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial" 1 de noviembre.

2009 Decreto de Urgencia 061-2009, "Decreto de Urgencia que precisa la participación de los acreedores en los procesos concursales". 28 de mayo.

Normas extranjeras

-EE UU, *Bankruptcycode* en

<http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics/chapter11.html>

-Argentina, Ley 24522, Ley de Concursos y Quiebras, en

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm#1>

-España, Ley 22/2003, en

<http://www.boe.es/boe/dias/2003/07/10/pdfs/A26905-26965.pdf>

-Colombia, La Ley Colombiana Nro. 1116 de 2006, en

<http://www.mincomercio.gov.co/eContent/Documentos/Normatividad/leyes/Le y1116de2006.pdf>