

LA SANCIÓN PENAL COMO MECANISMO PARA EL PRONTO INICIO DEL CONCURSO ALEMÁN: UN EJEMPLO DE UN BUEN FUNCIONAMIENTO DE INCENTIVOS DE EFICIENCIA.

Nicolás Carrasco Delgado*

Resumen: *El presente artículo se enfoca en el análisis económico del derecho como un sistema de incentivos. En el ámbito del Derecho Penal las consideraciones de eficiencia pueden llevar a prevenir ciertas conductas indeseables. Un ejemplo de ello lo constituye la sanción penal existente en el sistema concursal alemán en contra del deudor que no solicita oportunamente el inicio de un procedimiento de insolvencia. Tal regulación se enmarca en una legislación “favorable al acreedor” que trata de manera no indulgente al deudor que cae en insolvencia. En tales legislaciones el deudor no posee incentivos para solicitar el inicio del concurso. Sin embargo, el sistema concursal alemán posee índices que contradicen lo anterior. Existe una alta tasa de procedimientos concursales iniciados con importantes grados de recuperación crediticia. Un rol evidente en ese sentido lo constituye la sanción penal referida. El hecho que las enseñanzas del análisis económico del derecho hayan formado parte del acervo dogmático de los redactores de la legislación alemana puede explicar la razón de eficiencia que se encuentra detrás de la sanción penal referida.*

Índice: *I) Introducción; II) El Análisis Económico del Derecho como incentivo; III) La discusión en el Derecho Penal respecto de los incentivos de eficiencia; IV) El ejemplo de la sanción penal como mecanismo de incentivo en el derecho concursal alemán; V) Conclusiones.*

I. Introducción.

En este artículo quisiera exponer una interrelación normativa entre el derecho penal, el derecho concursal y el análisis económico del derecho. La interrelación nos introduce en los procedimientos concursales. En específico, quisiera exponer la manera en que una sanción penal incentiva a un deudor a solicitar el pronto inicio del concurso. El escenario de tal interrelación es el derecho concursal alemán. Ahora bien, la dificultad a la que se enfrenta un incentivo penal en ese escenario se debe a que el derecho concursal alemán se caracteriza por ser una legislación “amigable al acreedor”, esto es, el concurso trata de manera desfavorable al deudor. En concreto, ese tratamiento desfavorable proviene del hecho que el deudor es privado de la administración de sus bienes y existen pocos espacios para que pueda extraer rentas desde la masa activa. En general, frente a legislaciones concursales “amigables al acreedor” la doctrina señala que existirán dificultades para dar pronto inicio al concurso, precisamente el deudor demorará tal apertura por el tratamiento desmejorado que recibe. Enfrentado a ese escenario la legislación alemana con miras a alcanzar eficiencias concursales busca precisamente que el carácter “amigable al acreedor”

* Profesor Asistente de Derecho Procesal de la Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho Económico de la Universidad de Chile. Doctorando en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Becario Becas Chile. Correo electrónico: ncarrascod@gmail.com.

de su regulación no afecte la entrada oportuna al concurso. Uno de los instrumentos que consagra al efecto es la sanción penal al deudor que no solicita la declaración de apertura del procedimiento de insolvencia, o bien, que la retrasa. En base a lo anterior, veremos como tal sanción penal resulta adecuada para atemperar los desincentivos que una legislación concursal “amigable al acreedor” puede tener respecto de la apertura del procedimiento de insolvencia. Se examinará que la misma resulta efectiva en sus objetivos al ser Alemania uno de los países que genera mayor acceso al concurso y mayores tasas de recuperación crediticia (cuyo resultado está en función de una entrada oportuna al concurso).

Adicionalmente a esta introducción, trataremos algunos aspectos preliminares acerca del análisis económico del derecho como una herramienta para incentivar ciertos comportamientos (sección II), luego indagaremos en algunas consideraciones generales respecto de la visión de eficiencia de la sanción penal (sección III), para a continuación centrar el tratamiento de la sanción penal en el concurso alemán como medio de incentivar el inicio de los procedimientos de insolvencia (sección IV). Terminaremos con las conclusiones.

II. El Análisis Económico del Derecho como incentivo.

Keith Hylton realiza un repaso de los autores que precedieron al moderno análisis económico del derecho expuesto por Calabresi, Becker y Posner. En este sentido, reconoce vínculos evidentes entre esos autores con Holmes, Bentham, Smith, Beccaria, Hume y Hobbes. Al respecto, ha logrado identificar que, por ejemplo, este último ya señalaba que el propósito de la ley era precisamente la maximización del bienestar social¹. Lo anterior, demuestra que la vinculación entre Derecho y Economía no es nueva, ni surge de la Escuela de Chicago, lugar en donde se ha situado tradicionalmente el origen del análisis económico del derecho², sino que deriva de la interrelación existente entre dos ciencias sociales que tienen un objeto común de estudio.

¹ HYLTON, Keith (s/f) “Calabresi and the intellectual history of Law & Economics”. *Working Paper Series, Law and Economics Working Paper*. 4-4, p. 4.

² En efecto, al respecto Veljanovski relata que: “El programa de derecho y economía de la Universidad de Chicago se originó a principios de la década de los cuarenta, cuando Henry Simon fue contratado como profesor de jornada a principios de la década de los cuarenta, cuando Henry Simon fue contratado como profesor de jornada en su escuela de derecho. Después de que Simon murió, en 1947, Aaron Director tomó esa responsabilidad académica y, en 1949, fue nombrado profesor de economía de esa misma escuela. Director ejerció una influencia intelectual considerable a través de los trabajos de algunos de sus alumnos,

En efecto, tanto el Derecho como la Economía son ciencias sociales. Ello significa que el objeto de su estudio es la conducta del hombre³. Ahora bien, la conceptualización sobre esa conducta sostiene que el hombre actúa como un ser racional, o bien, por lo menos, como un ser generalmente racional, lo que significa que se desenvuelve en busca de su particular interés actuando en consecuencia. Evidentemente, no podemos caer en caricaturas respecto de la racionalidad de las personas ya que es claro que raramente ellas actúan valorando todos los costos y beneficios de sus acciones. De la misma manera, tampoco se subentiende que existe información completa y suficiente para adoptar las decisiones que maximizan la utilidad en cada asunto al que las personas se enfrentan.

No obstante ello, basta entender la racionalidad en un sentido *débil* en cuanto a que la conducta de los sujetos es de alguna manera predecible, y que ellos optan, la mayoría de las veces por lo que más desean. Si lo anterior no fuese así, entonces, no sería justificable jurídicamente la protección del incapaz, ni sería conveniente que el mercado proveyera mayor información a los consumidores, porque en ambos casos los incentivos no encontrarían respuestas en seres motivados por componentes predecibles. Asimismo, y entrando en materia de este artículo, si no aceptamos que los sujetos actúan de alguna manera en base a incentivos, tampoco sería posible estructurar una faz preventiva del Derecho Penal.

Tenemos, entonces, que las posibilidades de conexión e interacción de racionamientos económicos y jurídicos son altamente probables. De hecho, muchas veces, la explicación de un asunto económico no podrá hacerse sin recurso a antecedentes normativos, y por su parte, el desarrollo de ideas jurídicas tendrá en muchas oportunidades un fundamento de carácter económico. Por ello, la relación entre ambas ciencias sociales ha

como Bowman, Bok y Manne, sobre los monopolios (*antitrust*). Lo anterior y la orientación de los economistas de Chicago hacia el desarrollo de políticas públicas fueron dos factores que contribuyeron a un estudio económico del derecho de mayor profundidad. En 1958, con la fundación del *Journal of Law and Economics*, bajo la dirección editorial de Aaron Director y luego Ronald Coase, el programa de derecho y economía de Chicago inició una nueva fase” VELJANOVSKI, Cento (2006) *Economía del Derecho* (Traducción DE LA MAZA, Iñigo, y MERY, Rafael. Ediciones Diego Portales, Santiago), pp. 31-32.

Es importante hacer presente que la contribución de Coase, por intermedio de la publicación en 1960 de su trabajo: *The problem of social cost*, constituye junto con la obra de Guido Calabresi: *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, publicada en 1961, y el libro de Gary Becker: *Crimes and punishment: An economic approach* (1968), verdaderos hitos en la historia del análisis económico del derecho, y la fuente primaria de una vasta literatura acerca de sus contribuciones.

³En efecto, las ciencias sociales, tienen por objeto de estudio las personas actuando en grupos organizados. ELGUETA Rojas, María Francisca y PALMA González, Eric Eduardo (2008) *La investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas* (Universidad de Chile, Santiago), p. 22.

sido puesta de manifiesto de manera casual, por múltiples autores y en numerosas ocasiones, siendo ejemplos de ello la conexión que Keith Hilton hace entre Calabresi, Posner y Becker con Holmes, Bentham, Smith, Beccaria, Hume y Hobbes. Éstos últimos no desarrollaron propiamente análisis económico del derecho como lo conocemos hoy, pero si fueron capaces de entender la actuación del hombre en base a incentivos.

Del foco común de atención de la Economía y Derecho podemos concluir en una segunda idea, en el sentido que el análisis económico del derecho no es solamente la aproximación económica al Derecho (ello ha ocurrido desde los orígenes de la filosofía moral como hemos visto), sino que el análisis económico del derecho introduce la técnica económica moderna (ahí la novedad) al estudio del Derecho, pretendiendo dotar a éste de eficiencia y de una mirada consecuencialista desde su perspectiva normativa⁴. En este sentido, la teoría microeconómica con todos sus elementos analíticos ha aportado al conocimiento coloquial económico cuotas de alta sistematización, dando a la economía el carácter de ciencia. La consecuencia de ello, es el tránsito desde la intuición económica del problema jurídico hacia el análisis económico del derecho.

Así, hoy en día el análisis económico del derecho si bien reconoce un origen impropio en expresiones de sentido común económico, resulta forzoso concluir que sus inicios se encuentran vinculados con la economía moderna, y por otra parte, sus instrumentos de análisis aplicados al Derecho pretenden la consecución de la eficiencia en la legislación, ya sea, al momento de explicar su contenido (análisis económico del derecho positivo), o bien, al momento de propender a su reforma (análisis económico del derecho normativo).

Particular interés posee para los fines de este artículo la perspectiva normativa del *law and economics*, ya que por medio de ella podemos explicar la funcionalidad de los incentivos. En este sentido, Francisco Cabrillo explica la manera en que el carácter

⁴ En este sentido, Martín Paolantonio, cuando indica que: “La perspectiva básica del análisis económico del derecho consiste en visualizar el ordenamiento jurídico de una manera particular: las leyes actúan como incentivos para el cambio o realización de conductas (precios implícitos) y como instrumentos para objetivos de política económica (eficiencia y distribución). En términos sencillos, el análisis económico del derecho –en su concepción difundida- importa estudiar un marco normativo determinado aplicando la teoría de precios de la ciencia económica, siendo en consecuencia, las leyes precios o impuestos, que proveen incentivos para la realización de una conducta en particular” PAOLANTONIO, Martín Esteban (2006) “El análisis económico del derecho y la estructura societaria”, en *Análisis Económico del Derecho* (Compilador KLUGER, Viviana. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina), Cap. III, p. 202.

consecuencialista de la perspectiva normativa del análisis económico del derecho influye en la toma de decisiones de los sujetos:

“Desde el punto de vista de la eficiencia, el criterio para la asignación de tal derecho, será, entonces, la creación de incentivos para orientar el comportamiento de los agentes económicos hacia conductas eficientes para el bienestar social, al margen de problemas distributivos”⁵.

Pues bien, de acuerdo a la perspectiva normativa del análisis económico del derecho la eficiencia se transforma en un factor de decisión social. En aplicación de la eficiencia se deben tomar en cuenta y valorar las consecuencias probables que una solución cualquiera va a generar en el futuro en otros casos similares. De esta forma, el Derecho es visto como un sistema de incentivos. Así, las adjudicaciones o asignaciones de derechos (en base a la eficiencia) operan como precios implícitos que influyen en los sujetos cuando adoptan su decisión de realizar o no la acción objeto de su decisión. Como señala Veljjanovski:

“El economista, por su parte, no centra demasiado su atención en el efecto de la decisión sobre el bienestar de las partes en un conflicto, sino en las repercusiones más generales del derecho sobre todos los litigantes y potenciales individuos que probablemente puedan encontrarse en circunstancias similares”⁶.

El Derecho Penal no queda ausente de ese contexto de incentivos que el análisis económico del derecho ha dispuesto a los sujetos que participan dentro del ámbito de aplicación de esa rama jurídica. En la sección siguiente indagaremos brevemente en la manera en que tales incentivos afectan la prevención de ilícitos penales.

III. Breves consideraciones acerca de la explicación económica en el Derecho Penal.

Dentro de los hitos más relevantes del análisis económico del derecho encontramos la publicación el año 1968 del artículo de Gary Becker titulado “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”⁷. La finalidad de tal trabajo fue propender a una minimización de los costos sociales de la persecución penal. Para ello se debían considerar los diferentes

⁵ CABRILLO, Francisco (1989) *Quiebra y liquidación de empresas* (Unión Editorial, Madrid), p. 50.

⁶ VELJANOVSKI (2006) p. 57.

⁷ Véase: BECKER, Gary (1968) “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, Vol. 76, pp. 169 y ss.

elementos involucrados en la aplicación de una sanción (la entidad de la pena, los niveles de prevención, la probabilidad de detección y la probabilidad de aplicación de una pena). En este sentido, Becker sostuvo que por medio del aumento de las penas resultará posible una mayor prevención en la comisión de delitos sin que necesariamente tengamos que aumentar los costos vinculados con la probabilidad de detección y probabilidad de aplicación de la sanción penal. Lo anterior debido a que al aumentar la pena probable se incrementa el costo eventual de la comisión del delito disuadiendo al delincuente de llevar a cabo la actividad criminal en todos aquellos casos en que (dado el aumento de la pena) el costo asociado al ilícito sea mayor al beneficio que el mismo le reporta.

La idea de la tesis de Becker es inducir a los sujetos a conductas que prevengan la comisión de ilícitos. Ellos se verán disuadidos, a bajo costo, de incurrir en delitos siempre que exista un aumento de las penas no siendo necesario que ello traiga consigo un incremento en las probabilidades de detección y sanción del ilícito. La idea que subyace es que el aumento de esas probabilidades requiere un mayor nivel de gasto público. Por ejemplo, por medio de aumentar la dotación de la policía, invertir en mejorar la especialización de los órganos de persecución criminal, o gastar mayores recursos en la dotación de tribunales que conozcan de esos ilícitos con menos posibilidades de error, etc. Todas esas inversiones pueden no ser necesarias si una mayor severidad es impuesta y con ello se encarece la sanción probable del delincuente.

En específico el modelo de Becker puede poseer una limitación grave en aquellos casos en que el solo aumento de la pena no disuade la comisión del delito. En este sentido, Arlindo Donário señala que cuando un delincuente habitual es sancionado, tiene la posibilidad de acceder a mayor información acerca de la probabilidad efectiva de aplicación de la ley⁸. Como consecuencia de ello, si toma conocimiento que la probabilidad es demasiado baja, entonces, la mejor manera de disuadir conductas ilícitas posteriores (para ese sujeto) será reducir la pena desde su máximo óptimo según Becker y aumentar los niveles de probabilidad de detección y sanción. Cuando ello sucede, entonces, no basta con minimizar el gasto público de persecución y sanción del ilícito, sino que, precisamente para alcanzar un fin de disuasión, se hace necesario aumentar el gasto público.

⁸ DONÁRIO, Arlindo (2008) “¿Aumento de las sanciones o de las probabilidades de aplicación de la ley?”. Disponible en Internet: <http://www.ief.es/documentos/investigacion/seminarios/economia_publica/2008_24Enero.pdf>, p. 14

Con todo, veremos que en el caso del sistema concursal alemán en lo referente a la sanción penal por no solicitar oportunamente el inicio de un procedimiento de insolvencia, el incremento en la efectividad de la disuasión de tal ilícito proviene de las endógenas condiciones del sistema financiero alemán. Ellas permiten un aumento en la probabilidad de detección y sanción del ilícito mencionado sin que exista un mayor gasto público al respecto. Asimismo, tampoco se necesita de una sanción penal elevada. Para ello, basta entender que la insolvencia genera un foro procesal de revelación y descubrimiento de información económica y financiera del deudor que posibilita que éste sujeto pueda verse disuadido de conductas reprochables desde una perspectiva de eficiencia (como por ejemplo, no dar inicio oportuno al concurso ya que con ello se perjudica la posibilidad de recupero de los acreedores también llamada eficiencia concursal *ex post*). En otras palabras, la idea de incentivos en el contexto especial de la legislación de insolvencia permite estructurar sanciones penales efectivas en su finalidad de disuasión.

Ahora bien, la tesis de Becker se estructuran precisamente sobre los incentivos que trae consigo la comisión del delito para el delincuente. En línea con ello, y siguiendo a Cooter y Ulen, tendremos que un delincuente escoge la gravedad del delito x que maximice su ganancia net (la que es igual a la ganancia $y(x)$ menos el castigo esperado)⁹:

$$\text{Máx } y(x) - p(x)m(x), \text{ donde } y=y(x) [1]^{10}$$

Tal ecuación posee dos partes. Su lado derecho $[y(x)]$ corresponde a la ganancia que se obtiene por la comisión de un delito. La variable x refleja la gravedad del ilícito (en términos monetarios), mientras que la variable y da cuenta de la ganancia obtenida por el delincuente a causa de la comisión del delito. Se supone que la ganancia es una función creciente de la gravedad del delito: $y = y(x)$. Por su parte, el lado izquierdo de la ecuación $[p(x)m(x)]$, nos indica que el castigo esperado es igual al producto que se obtiene del monto del castigo y de su probabilidad. En este sentido, el castigo m es una multa por la comisión de un delito x , ello vendrá dado por la función $m = m(x)$. La probabilidad de ser castigado por la comisión por tal delito corresponderá a la función $p = p(x)$ ¹¹. Cooter y Ulen agregan que un delincuente racional maximizará sus beneficios netos desviando sumas de dinero

⁹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998) *Derecho y Economía* (México DF, Fondo de Cultura Económica), p. 667.

¹⁰ COOTER/ULEN (1998) p. 667.

¹¹ COOTER/ULEN (1998) p. 667.

hasta el punto en que el beneficio marginal de una cantidad adicional sea igual al castigo esperado marginal. En términos tales que si los valores marginales de m, y, p , corresponde a m', y', p' , tendremos:

$$y' = p'm + pm' \quad [2]^{12}$$

Donde $[y']$ corresponde al beneficio marginal del delincuente y $[p'm + pm']$ nos indica el costo del castigo marginal esperado por el delincuente¹³.

Con todo, las aproximaciones de Becker por una parte, y de Cooter y Ulen, por otra, requiere de una serie de elementos que limitan su viabilidad. En primer lugar, debemos estar en presencia de sujetos neutrales al riesgo. Adicionalmente, se requiere de información completa respecto de los elementos referidos. Finalmente, pueden existir problemas de racionalidad limitada que restrinja la habilidad del modelo¹⁴.

Con todo, más allá de esas críticas veremos en la sección siguiente la manera en que los incentivos de disuasión de una sanción penal en el contexto específico del concurso coadyuva a prevenir la conducta indeseable. En este caso, la no solicitud oportuna del inicio de un procedimiento de insolvencia en Alemania. En ese contexto las referencias realizadas acerca la teoría económica del derecho respecto de los incentivos a los sujetos para no incurrir en un ilícito penal posee especial aplicación en el derecho concursal. En concreto, la sanción penal es establecida como la vía para inducir el comportamiento deseable socialmente en presencia de un marco normativo que en principio afectaría los incentivos para ese comportamiento.

IV. La sanción penal como mecanismo de incentivo en el derecho concursal alemán.

La legislación concursal alemana es considerada como un ejemplo de aquellas “amigables con el acreedor”, esto es, como una legislación que trata no indulgentemente al deudor una vez iniciado el proceso concursal¹⁵. Ello se concretiza en la separación

¹² COOTER/ULEN (1998) p. 667.

¹³ COOTER/ULEN (1998) pp. 667-668

¹⁴ DONÁRIO(2008) pp. 12-15.

¹⁵ SKEEL, David (1998) “An Evolutionary Theory of Corporate Law and Corporate Bankruptcy”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 51, p. 1343.

inmediata que afecta al deudor una vez comenzado el procedimiento¹⁶, e incluso, tal separación es posible que exista con la sola petición de apertura¹⁷. La complejidad se debe a que una de las características de tales legislaciones es que el deudor hará todo lo necesario por evitar la declaración de falencia precisamente porque de ocurrir perderá el control y administración de su actividad económica o profesional¹⁸. Entonces, con miras a enfrentar tal dificultad es que la *InsO* consagra incentivos indirectos al deudor con miras a dar efectividad al propósito de alcanzar el oportuno inicio que comentamos.

Tales incentivos indirectos se configuran como mecanismos de penalización por la demora o el incumplimiento en las cargas que la ley establece al efecto. En este sentido, la *InsO* impone al deudor el deber de solicitar el inicio del concurso dentro de ciertos plazos una vez acaecidos determinados supuestos debidamente tratados. En efecto, el deudor tiene la obligación de solicitar el inicio del procedimiento de insolvencia dentro de las 3 semanas posteriores a la ocurrencia de una situación de iliquidez o sobreendeudamiento. Tal deber recae en los miembros del órgano de representación o en el liquidador (de un deudor que sea persona jurídica), o bien, en los miembros del órgano de representación de un socio autorizado para representar al deudor o a su liquidador (en el caso de empresas sin personalidad legal y siempre que ninguno de sus socios generales sea una persona natural)¹⁹. Asimismo, tal deber recaerá en cada accionista (en el caso que el deudor sea una sociedad con responsabilidad limitada que no tenga administrador), o, en cada miembro del órgano de supervisión (cuando una empresa por acciones o una cooperativa no tenga administrador), siempre que sean conscientes de la iliquidez del deudor y de su sobreendeudamiento, así como, de la inexistencia de una administración a cargo de las actividades del deudor²⁰.

La sección 15(a)(4) *InsO* establece que cualquiera persona que contradiga el deber referido en los párrafos precedentes, en cuanto a no solicitar el inicio del procedimiento de insolvencia en el plazo referido, o bien, no solicitando correctamente tal declaración²¹, será sancionado a una pena de prisión de 3 años. Por su parte, la sección 15(a)(5) *InsO* establece

¹⁶ Ver sección 80(1) *Insolvenzordnung (InsO)*.

¹⁷ Ver sección 22(1) *InsO*.

¹⁸ POVEL, Paul (1999) "Optimal "Soft" or "Tough" Bankruptcy Procedures". *The Journal of Law, Economics y Organization*. Vol. 15 N ° 3, p. 663.

¹⁹ Ver sección 15(a)(1) *InsO*.

²⁰ Ver sección 15(a)(3) *InsO*.

²¹ Al respecto, la solicitud de declaración de concurso pedida por el deudor deberá cumplir con las exigencias que se contienen en la sección 13, en relación con las secciones 16 a 19, todas de la *InsO*.

que en caso que el infractor haya actuado negligentemente en el incumplimiento de los deberes referidos, la sanción de prisión será de 1 año.

Interesante es constatar que el deber de solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia solamente ocurre en presencia de los presupuestos de iliquidez (sección 17 *InsO*) y sobreendeudamiento (sección 19 *InsO*), y no en casos de inminente iliquidez (sección 18 *InsO*). Por lo mismo, debe existir un problema financiero o económico patente y verificable que implique cese en el cumplimiento de las obligaciones, o bien, un saldo negativo en el balance de las cuentas de activo del deudor en relación a su pasivo y siempre que ello no permita cumplir con las obligaciones existentes. Con todo, el supuesto de sobreendeudamiento puede llevar a confusiones con eventos de iliquidez inminente, al requerir en ambos casos un juicio prospectivo respecto de incapacidad de pago. Lo conservador, con todo, será solicitar el inicio del procedimiento de insolvencia en presencia de tales circunstancias, con miras a evitar la penalización por demora o no petición de inicio.

Evidentemente la efectividad de tales penalizaciones depende de la probabilidad de detección y sanción de la demora o del incumplimiento de la carga²². En el caso específico alemán, esa efectividad se garantiza por medio una característica endógena del sistema crediticio, referente a la alta participación y control que ejercen los acreedores bancarios sobre el deudor.

En este sentido, el sistema financiero alemán se estructura en base a un mercado bancario muy competitivo²³, desde donde obtienen financiamiento las distintas actividades económicas y comerciales. Así, los deudores normalmente tendrán relaciones crediticias con uno o más bancos²⁴, quienes incluso participan asociativamente con el deudor. Por ello, se reducen las asimetrías de información típicas de las relaciones crediticias, en específico la del incumplimiento estratégico²⁵, toda vez que, el acreedor bancario alemán

²² TULLOCK, Gordon (1974) "Does punishment deter crime?", *The Public Interest*, Vol. 36, pp. 103-111.

²³ DAVYDENKO, Sergei y FRANKS, Julian (2006) "Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany, and UK", *ECGI Finance Working Paper*, N° 89, p. 3.

²⁴ BRUNNER, Antje y KRAHNEN (2002) "Multiple lenders and corporate distress: Evidence on debt restructuring". Disponible en Internet: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302351 >, pp. 14-15.

²⁵ Puede verse: (i) HART, Oliver y MOORE, John (1998) "Default and Renegotiation: A Dynamic Model of Debt", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 113 N° 1, pp. 1-41, y (ii) BERGMAN, Yaakov y CALLEN, Jeffrey (1991) "Opportunistic Underinvestment in Debt Renegotiation and Capital Structure", *Journal of Financial Economics*, Vol. 29, pp. 137-171.

posee información relativamente confiable a fin de prever una situación de iliquidez o sobre-endeudamiento. Una muestra de ello es que los bancos alemanes poseen valoraciones privadas acerca del desempeño del deudor y de su patrimonio, mucho más confiable que aquellas que pudieran ser obtenidas de fuentes externas²⁶. Además, esta forma de monitoreo efectivo no ocurre por las vías que tradicionalmente se han considerado más efectivas, tales como, las garantías²⁷. Lo anterior, precisamente porque en Alemania son bajas las ratio de deuda garantizada²⁸.

Tal característica del sistema bancario en Alemania en su rol financiero, determina que el deudor conoce que de concurrir algún presupuesto objetivo de apertura del procedimiento concursal, el mismo será conocido por sus acreedores bancarios. Se aumenta la probabilidad de detección de cualquier infracción al deber de solicitar el pronto inicio del procedimiento de insolvencia, sin que ello implique un aumento en el gasto público de justicia.

Una consecuencia de lo anterior, es la alta tasa de procedimientos de insolvencia que se inician anualmente en Alemania. Se trata de un sistema jurídico donde existe una menor propensión de los intervinientes en las relaciones crediticias (deudor-acreedor) a plantear las dificultades de la insolvencia fuera de los procedimientos formales que se han contemplado al efecto.

A continuación daremos cuenta de una serie de antecedentes estadísticos que refuerzan las ideas anteriores. Primeramente, hemos sostenido que los niveles de procedimientos concursales en Alemania son altos. En el cuadro N ° 1 se indican la cantidad de procedimientos de insolvencia iniciados en tal país desde al año 2005 al año 2013.

²⁶ BRUNNER/KRAHNER (2002) pp. 12-15.

²⁷ CORNELLI, Francesca y FELLI, Leonardo (1997) "Ex ante efficiency of bankruptcy procedures", *European Economic Review*, Vol. 41, p. 482.

²⁸ DAVYDENKO/FRANK (2006) pp. 12-13.

Cuadro 1: Número de procedimientos de insolvencia iniciados en Alemania desde el año 2005 al año 2013.

| Año | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
|---|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Número de procedimientos de insolvencia iniciados en Alemania | 23.89 | 23.24 | 23.29 | 20.49 | 24.30 | 23.48 | 23.58 | 21.30 | 19.47 |
| | 8 | 7 | 1 | 1 | 1 | 2 | 6 | 8 | 4 |

Fuente: SHULTZE & BRAUN (2014) "Insolvency and Restructuring in Germany: Yearbook 2015", Guido Birkner, Ronja Erb (Edit), Frankfurt, p. 60.

Ahora bien, uno podría argumentar que el número de procedimientos concursales iniciados dice poco en relación con la habitualidad de inicio de tales procedimientos considerandos el total de empresas que caen en falencia y que deben optar por la alternativa procedimental que establece la legislación de insolvencia, o bien, por un cierre del negocio de carácter informal. Tal suposición es efectiva. El cuadro anterior no indica la propensión al uso de los procedimientos de insolvencia de las empresas que llegan a situación de insolvencia. Al respecto, es difícil poder encontrar un indicador que refleje fielmente tal situación por la sencilla razón que la tasa de empresas que cierran informalmente se mantiene en la oscuridad de tal informalidad. Sin embargo, Davydenko y Franks, utilizando una base de datos con información relevante de los deudores bancarios de Francia, Alemania e Inglaterra²⁹, lograron efectuar mediciones respecto de la utilización de los procedimientos formales que la ley consagra para reorganizar a los deudores en comparación con reorganizaciones efectuadas al margen de tales procedimientos ("workouts"). Tales autores constataron que los deudores alemanes utilizan proporcionalmente más los procedimientos contenidos en la ley de insolvencia de lo que ocurre en Francia y Alemania. En este sentido, la proporción de empresas en insolvencia reorganizadas en procedimientos de insolvencia formal, como opuesta a *workout*, es similar

²⁹ La metodología usada en este estudio se estructuró sobre una base de datos única de 2280 empresas pequeñas y medianas en Francia, Alemania y Inglaterra, la mayoría de ellas empresas privadas, que habían incumplido sus contratos de deuda con bancos comerciales. La base de dato reunida para el mencionado estudio comprendió registros privados de 10 bancos comerciales, cada uno con significativa participación de mercado en cada uno de esos países. Al respecto, tales datos incluyeron información detallada sobre las cláusulas relevantes de los contratos de préstamo bancario, la regulación de su incumplimiento y su resolución (por medio de un procedimiento de insolvencia, o bien, por medio de una renegociación fuera de un procedimiento formal), los valores de las garantías otorgadas, los ingresos provenientes de la venta de activos, y la tasa de recuperación de los bancos. DAVYDENKO/FRANK (2006) p. 2.

en Francia y Inglaterra (78% y 75,4%, respectivamente), pero mayor en Alemania, donde alcanza el 87%³⁰.

Lo anterior se demuestra en el Cuadro N ° 2 que representa la proporción de procedimientos de reorganización formal utilizados en los tres países mencionados, considerando el número de casos considerados.

Cuadro N ° 2: Proporción de utilización de procedimientos de reorganización formal en Francia, Inglaterra y Alemania.

| | Francia | Inglaterra | Alemania |
|--|---------|------------|----------|
| Porcentaje de procedimientos de insolvencia formal | 75,4% | 78% | 86,9% |
| Número | 863 | 533 | 267 |

Fuente: DAVYDENKO, Sergei y FRANK, Julian (2006) "Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany, and UK", *ECGI Finance Working Paper*, N° 89, tabla III, p. 37.

Tal índice no debe ser despreciado porque la utilización de los procedimientos concursales formales constituye una de las características más difíciles de lograr si se considerara que esos procedimientos son ineficientes para alcanzar mejoras en la situación de sus partícipes³¹. De esta forma, la alta propensión a la utilización de los mecanismos formales de reorganización de la insolvencia en comparación con el recurso a reorganizaciones informales, es un signo de que en Alemania los agentes crediticios (deudor y acreedores) acceden al procedimiento de insolvencia. Una de las razones por las cuales ello ocurre lo encontramos en los deberes que existen tendientes al pronto inicio del concurso. La sanción penal examinada juega un rol en ese sentido.

Por otro lado, en el mismo estudio de Davydenko y Franks del año 2006, se estimó que la tasa de recuperación en Alemania para los acreedores bancarios alcanzaba una mediana del 61% para 198 procedimientos de insolvencia analizados. Al respecto, la tasa mediana de recuperación en procedimientos de reorganización alcanzó en promedio el 79%, y la mediana de recuperación por medio de una liquidación alcanzó en promedio el

³⁰ DAVYDENKO/FRANK (2006) pp. 10, 20.

³¹ CLAESSENS, Stijn y KLAPPER, Leora (2005) "Bankruptcy around the world: Explanation of its relative use". *American Law and Economics Review*, Vol. 7 N ° 1, pp. 253-283.

41% de las acreencias³². En cuanto a la distribución de la tasa de recuperación de los acreedores dependiendo la fracción de deuda asegurada, los datos son los siguientes:

Cuadro N° 3: Fracción de tasa de recuperación del sistema alemán de insolvencia asociada a fracción de deuda asegurada.

| | Media (Mean) | Mediana (Median) | Número (N) |
|--|---------------------|-------------------------|-------------------|
| 0-0% (acreedores no asegurados) | 0,50 | 0,50 | 59 |
| 0-40% | 0,58 | 0,54 | 31 |
| 40-80% | 0,64 | 0,69 | 95 |
| 80-120% | 0,79 | 0,86 | 18 |
| 120%+ | 0,74 | 0,80 | 18 |
| Totalmente asegurados | 0,64 | 0,72 | 171 |

Fuente: DAVYDENKO, Sergei y FRANK, Julian (2006) "Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany, and UK", *ECGI Finance Working Paper*, N° 89, p. 39.

En el cuadro anterior podemos apreciar que las tasas de recuperación de los acreedores valistas (no asegurados), alcanza el 50% de sus acreencias. Evidentemente, los acreedores completamente garantizados alcanzan una recuperación del 72%, lo que constituye un recupero sustancialmente mayor y que se explica en razón de los colaterales asociados a los créditos respectivos.

Sin embargo, como hemos visto, el sistema Alemán se caracteriza por bajos niveles de deuda asegurada³³. Esta característica endógena de la economía alemana impide que las tasas de recuperación sean mayores, precisamente porque de existir mayor porcentaje de deuda garantizada el sistema alemán tendría incluso mejores índices de tasas de recuperación. Con todo, controlando por endogenidad y por diferencias en tasas de deuda garantizada aparece que el sistema Alemán posee tasas de recuperación entre ambos países resultara virtualmente idéntica al Inglés³⁴.

Por tanto, importante es considerar que el inicio oportuno del concurso debe ser incentivado. Ello generará mayores tasas de recuperación crediticia (eficiencia concursal *ex*

³² DAVYDENKO/FRANK (2006) p. 39.

³³ DAVYDENKO/FRANK (2006) pp. 23-24.

³⁴ DAVYDENKO/FRANK (2006) pp. 23, 42.

post). En efecto, las tasas de recuperación logren ser mejoradas en un procedimiento de insolvencia se requiere de un inicio oportuno del concurso debido a que de esa forma se conservará de mejor manera la masa activa. Tal conservación es un aspecto delicado de regular. Según consta en recientes estudios empíricos-concursales los deudores que ingresan a un procedimiento concursal formal poseen una ratio deuda/activo del 61%, la que desciende fuertemente en el mes anterior a la entrada de un procedimiento de insolvencia. Lo anterior determina un porcentaje de recuperación al inicio del concurso cercano al 40%³⁵. Por ello, la sanción penal que hemos analizado ayuda a que la apertura del concurso ocurra dentro de un espacio de tiempo breve desde la fecha en que han existido incumplimientos. Su función es coadyuvar a mejorar esos índices de eficiencia.

Para finalizar esta sección cabe hacernos una pregunta *¿Son casuales los datos de eficiencia concursal ex post que posee el sistema concursal alemán?* La respuesta es negativa. Si bien, existen antecedentes históricos que demuestran que este sistema poseía importantes niveles de eficiencia incluso con anterioridad a la *InsO*³⁶, también es efectivo que en el origen de esa normativa existió una relevante participación de estudiosos que habían sido formados en la tradición del Análisis Económico del Derecho, lo que colabora a dotar a ese sistema de altos niveles de eficiencia como hemos visto. En este sentido Ignacio Tirado, señala que el estudio del análisis económico del derecho ha tenido influencia legislativa en la *InsO*:

“Así, por ejemplo, la reforma concursal alemana fue influida por las ideas de Thomas Jackson, principal exponente de esta escuela en el ámbito concursal, a través de la labor pre-legislativa de Manfred Balz, alumno suyo de Harvard y divulgador de las ideas del profesor americano en Europa”³⁷.

Lo anterior ha sido reconocido por el mismo Balz, quien ha referido su participación en el proceso de redacción de la *InsO*:

“Esta visión fue validada bajo la legislación existente de 1877 (Konkursordnung) y la de 1935 (Vergleichsordnung), la que incluyó muchas renegociaciones ineficientes,

³⁵ DAVYDENKO, Sergei (2012) “When Do Firms Default? A Study of the Default Boundary”, *AEA San Francisco Meetings Paper*. Disponible en internet: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=672343>, pp. 16-17.

³⁶ LA PORTA, Rafael; LÓPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert (1998) “Law and Finance”. *Journal of Political Economy*, Vol. 106 N° 6, pp. 1131-1150.

³⁷ TIRADO, Ignacio (2009) “Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”. *ADC*, T. LXII, fasc. III, n.36 p.1078.

estado de cosas que cambió (aunque no dramáticamente) bajo la reforma de la ley de insolvencia dictada en 1994. Dado que esta ley fue considerada muy radical, se consideró sabio posponer su entrada en vigencia hasta el 1 de enero de 1999. En la misma, yo he tenido el placer de tener participación en su redacción”³⁸.

Lo anterior, no tiene nada de sorprendente. Es un hecho público que tal autor intervino en la génesis de la nueva normativa alemana de insolvencia. Sin embargo, lo relevante es el rol que tuvo el análisis económico del derecho en la estructuración de esa nueva legislación, constituyendo el marco de referencia “*directo y explícito*” que utilizó el legislador alemán para configurar la *InsO*. Tal aporte es reconocido, en esos términos, por el mismo Balz:

“La legislación se diseñó sobre un extensivo estudio comparativo de los régimen de insolvencia existentes, y por la primera vez en la historia legislativa de Alemania, el análisis económico del derecho y los preceptos de la economía institucional han tenido un directo y explícito impacto sobre la política legislativa”³⁹.

No parecería extraño, entonces, que la sanción penal por el inicio oportuno del concurso se haya establecido con miras a alcanzar los índices de eficiencia concursal *ex post* que hemos referido (altas tasas de recuperación) y con importantes niveles de inicio de procedimientos concursales, al parecer oportunos (eficiencia concursal *ex ante*).

V. Conclusiones.

El análisis económico del derecho al centrar su examen en el comportamiento humano utiliza los incentivos con miras a que los sujetos racionalmente adopten ciertas decisiones en propio beneficio. Esta finalidad del análisis económico del derecho normativo encuentra

³⁸ Traducción libre del autor, en lengua original: “While this view may be valid under the existing Konkursordnung of 1877 and the Vergleichsordnung of 1935, with their very inefficient composition or arrangement proceedings, things may change (albeit not dramatically) under the bankruptcy law reform enacted in 1994. This law is considered so radical that it was thought wise to postpone its entry into force until January 1, 1999. I had the pleasure of some involvement in the layout and drafting of this law”. BALZ, Manfred (1997) “Symposium: Market Conformity of Insolvency Proceedings: Policy Issues of the German Insolvency Law”. *Brooklyn Journal of International Law*, V. 23, pp. 167-168.

³⁹ Traducción libre del autor, en su lengua original: “The legislature drew on an extensive comparative study of existing bankruptcy regimes, and, for the first time in German legislative history, the economic analysis of law and the precepts of institutional economics had a direct and explicit impact on legislative policy”. BALZ (1997) p. 170.

reconocimiento en el derecho penal. En efecto, desde una perspectiva de eficiencia, un delincuente racional considerará los esquemas de incentivos y sanciones establecidos por la ley antes de decidir cometer un delito.

Más allá de las críticas que esa visión puede tener en la literatura especializada, lo cierto es que un examen concreto de esos incentivos resulta más factible cuando especificamos el ámbito de aplicación de la sanción en ciertos contextos de decisión social. Un ejemplo en este sentido, lo constituye el derecho concursal. En efecto, en el contexto de la insolvencia tenemos delimitado ciertos sujetos (deudor – acreedor) y un marco normativo especial (ley de insolvencia). En ese contexto el legislador alemán de insolvencia ha establecido incentivos indirectos de naturaleza penal con miras a generar que exista un pronto inicio del concurso. Si se considera que el carácter “amigable al acreedor” de la legislación alemana de insolvencia tendremos que la sanción penal es uno de los pocos elementos que esa normativa contempla para lograr el objetivo de dar inicio temprano a los procedimientos de insolvencia. Lo interesante es que a pesar de ese carácter pro-creedor el sistema alemán se caracteriza por poseer un alto nivel de procedimientos concursales y altas tasas de recuperación crediticia. Estas últimas están íntimamente relacionadas con el inicio oportuno del procedimiento concursal. Entendemos, por tanto, que el incentivo penal resulta eficaz en la consecución del objetivo de eficiencia concursal *ex ante* que se ha estudiado en este artículo.

BIBLIOGRAFÍA:

- BALZ, Manfred (1997) “Symposium: Market Conformity of Insolvency Proceedings: Policy Issues of the German Insolvency Law”. *Brooklyn Journal of International Law*, V. 23
- BECKER, Gary (1968) “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, Vol. 76.
- BERGMAN, Yaakov y CALLEN, Jeffrey (1991) “Opportunistic Underinvestment in Debt Renegotiation and Capital Structure”, *Journal of Financial Economics*, Vol. 29.
- BRUNNER, Antje y KRAHNEN (2002) “Multiple lenders and corporate distress: Evidence on debt restructuring”. Disponible en Internet: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302351 >.
- CABRILLO, Francisco (1989) *Quiebra y liquidación de empresas* (Unión Editorial, Madrid).

- CLAESSENS, Stijn y KLAPPER, Leora (2005) “Bankruptcy around the world: Explanation of its relative use”. *American Law and Economics Review*, Vol. 7 N ° 1.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1998) *Derecho y Economía* (México DF, Fondo de Cultura Económica).
- CORNELLI, Francesca y FELLI, Leonardo (1997) “Ex ante efficiency of bankruptcy procedures”, *European Economic Review*, Vol. 41.
- DAVYDENKO, Sergei y FRANKS, Julian (2006) “Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany, and UK”, *ECGI Finance Working Paper*, N° 89.
- DAVYDENKO, Sergei (2012) “When Do Firms Default? A Study of the Default Boundary”, *AFA San Francisco Meetings Paper*. Disponible en internet: <
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=672343>.
- DONÁRIO, Arlindo (2008) “¿Aumento de las sanciones o de las probabilidades de aplicación de la ley?”. Disponible en Internet: http://www.ief.es/documentos/investigacion/seminarios/economia_publica/2008_24Enero.pdf.
- ELGUETA Rojas, María Francisca y PALMA González, Eric Eduardo (2008) *La investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas* (Universidad de Chile, Santiago).
- HART, Oliver y MOORE, John (1998) “Default and Renegotiation: A Dynamic Model of Debt”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 113 N ° 1.
- HYLTON, Keith (s/f) “Calabresi and the intellectual history of Law & Economics”. *Working Paper Series, Law and Economics Working Paper*. 4-4, p. 4.
- LA PORTA, Rafael; LÓPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert (1998) “Law and Finance”. *Journal of Political Economy*, Vol. 106 N ° 6.
- PAOLANTONIO, Martín Esteban (2006) “El análisis económico del derecho y la estructura societaria”, en *Análisis Económico del Derecho* (Compilador KLUGER, Viviana. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina), Cap. III.
- POVEL, Paul (1999) “Optimal “Soft” or “Tough” Bankruptcy Procedures”. *The Journal of Law, Economics y Organization*. Vol. 15 N ° 3.
- SKEEL, David (1998) “An Evolutionary Theory of Corporate Law and Corporate Bankruptcy”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 51.

- TIRADO, Ignacio (2009) “Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”. *ADC*, T. LXII, fasc. III.
- TULLOCK, Gordon (1974) “Does punishment deter crime?”, *The Public Interest*, Vol. 36.
- VELJANOVSKI, Cento (2006) *Economía del Derecho* (Traducción DE LA MAZA, Iñigo, y MERY, Rafael. Ediciones Diego Portales, Santiago).