

58th UIA CONGRESS

Florence / Italy
October 29 – November 2, 2014



BANKRUPTCY LAW COMMISSION

Date of the session: Friday, October 31, 2014

EL PAPEL DE LOS JUECES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

REALIDAD Y LEGISLACION O LEGISLACION Y REALIDAD EN EL DERECHO CONCURSAL ACTUAL

**Pajares Echeverria, Jose (Pajares & Asociados, Abogados),
Paseo Independencia nº 21, 1º centro, Zaragoza, España,
(+34) 976 233 383 / (+34) 976 795 622
josepajares@pajaresyasociados.com**

“REALIDAD Y LEGISLACION O LEGISLACION Y REALIDAD EN EL DERECHO CONCURSAL ACTUAL”

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal me ha dado la oportunidad de reflexionar sobre cuestiones que se alejan de la práctica diaria y que, como tales, terminan siendo meros argumentos dialécticos, sino filosóficos.

Sin embargo esto, la realidad práctica nos fuerza a ello, no porque tiene y nutra el debate, sino porque, felizmente, la legislación se acaba acercando a la realidad que vivimos.

Y de esto mucho sabía y aplicaba con su extenso saber el profesor Don Emilio Beltrán (q.e.p.d.), con quien tuve el privilegio de formar parte de “ACORDE, Asociación por el Derecho Concursal Etico”.

Son pues estas reflexiones a vuela pluma un homenaje al profesor, pero también, un agradecimiento profesional por su enseñanza crítica y siempre certera.

La actual coyuntura económica que vive una parte del mundo industrializado -que no todo afortunadamente- nos ha demostrado, y lo que es más insatisfactorio nos sigue demostrando aún hoy en día, que los resortes normativos, bien sustantivos bien procedimentales, están siendo ineficaces en su aplicación conceptual y temporal a la crisis, y por tanto a esa realidad.

Pero no sólo eso, la realidad viene a refrendar que a pesar de ser un problema general, y que afecta sino a todos los países sí a grandes Compañías radicadas en muchos lugares, el legislador no es capaz de ponerse de acuerdo siquiera en uniformar la legislación (luego qué lejos se está todavía de la realidad).

Sirvan sólo, por ahora de ejemplo las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL, United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril de 2014, en la que se ha acordado, entre otras consideraciones, la creación de un grupo ad hoc para estudiar la aprobación de un convenio –por cierto, impulsado por la Unión Internacional de Abogados- que permita aplicar uniformemente el Derecho Concursal.

Soy consciente que esta discordancia entre realidad y legislación, o legislación y realidad, tiene un origen claro: el fracaso empresarial. Ahora bien, ese fracaso empresarial ¿no es consecuencia del fracaso normativo? Y si no lo es en los orígenes ¿no está siéndolo ya cuando afecta claramente a la estructura de los países en crisis? Las respuestas por obvia son innecesarias.

Y esto, naturalmente, porque, esa realidad ha afectado aunque tarde y todavía incompletamente a la legislación aplicable. Bien es cierto que los efectos se han disparado y las consecuencias explotado en “la cara” pero los remedios legislativos deben ser inmediatos y eficaces, lo que como expondré en modo alguno acontece.

Es por ello por lo que debo significar la primera consecuencia, y más difícil de revertir: la desaparición del tejido industrial por lo menos en dos generaciones, la que ha sufrido el fracaso empresarial y legislativo, y sus descendientes, que han visto la inutilidad de emprender industrias a la vista de las consecuencias, entre ellas el desamparo legislativo.

Abandono que además se amplifica al estudiar la normativa que regula la función del empresario, incluso emprendedor, quien después de perderlo absolutamente todo: empresa, patrimonio y muchas veces familia, puede acabar “con sus huesos a la sombra” ya que los esfuerzos legislativos que se aproximan a la realidad pretenden evitar el fracaso empresarial establecido mayores obligaciones y responsabilidades al empresario. Así, en el Congreso Nacional Español sobre el Derecho de la Insolvencia celebrado en Palma de Mallorca en el año 2013 todas las ponencias sustentaban la apertura de causa penal cuando el fracaso empresarial aparece, con independencia de su origen.

Menos mal, que la realidad ha avanzado de algún modo esa idea tomada ya como ejemplo: la segunda oportunidad que concede el Derecho Concursal Americano.

Convendrá para hacerse una cabal idea de la distancia actual entre la realidad y la legislación expuesta hacer una pequeña referencia histórica.

Las bases del Derecho de la Insolvencia aparecían ya en el ordenamiento jurídico antes de terminar el siglo XIX, en concreto tras la promulgación en Inglaterra de la Ley de Quiebra de 1883.

Sin embargo, tuvo que transcurrir un siglo para que el legislador viera la necesidad de llevar a cabo una revisión completa del Derecho de la insolvencia y no meras modificaciones precipitadas para subsanar aspectos significativos de la norma vigente.

Esta, y no otra, ha sido la práctica habitual en el Derecho Concursal: reciclar (me gusta más calificarlo como “parchear”) las normas y en paz, ignorando que se trate de nuevas leyes en odres viejos.

Especialmente llamativo ha sido esta política legislativa en España, donde ha coincidido hasta 2006 una ley de Suspensión de Pagos de 1922 con la normativa del Código de Comercio y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de los años 1881 y siguientes.

El colofón europeo a la descoordinación, ausencia de sintonía y alejamiento ante la crisis y la Ley ha sido corroborado por la Recomendación de

la Comisión de la Unión Europea nada menos que de 12 de marzo de 2014, “Sobre un nuevo enfoque a la Insolvencia y el fracaso empresarial” (adecuado título, por cierto).

De esa Recomendación, y a los efectos ilustrativos de esta reflexión quiero destacar algunos particulares que por su simple lectura permitirán iluminar una conclusión clara.

(1) “El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurridos en procesos de insolvencia en toda la Unión.

(2) Las normas nacionales en materia de insolvencia difieren considerablemente en cuanto a los procedimientos de que disponen los deudores con dificultades financieras para reestructurar sus empresas. Algunos Estados miembros tienen una serie limitada de procedimientos en los que las empresas solo pueden reestructurarse en una fase relativamente tardía, en el marco de los procedimientos formales de insolvencia. En otros Estados miembros, la reestructuración es posible en una fase más temprana pero los procedimientos disponibles no son tan eficaces como deberían o implican formalidades variables, especialmente en lo que respecta al recurso a los procedimientos extrajudiciales.

(3) Del mismo modo, las normas nacionales que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios, en particular la condonación de las deudas contraídas en el curso de la actividad empresarial, varían en lo que respecta a la duración del período de condonación y las condiciones en que esta puede concederse.

(4) Las divergencias... hacen que aumenten los costes y la incertidumbre a la hora de evaluar los riesgos de invertir en otro Estado miembro, fragmentan las condiciones de acceso al crédito y dan lugar a diferentes tasas de recuperación para los acreedores... En general, las divergencias pueden actuar como desincentivos para las empresas que desean establecerse en distintos Estados miembros.

... / ...

(8) La Comunicación de la Comisión titulada «Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial», de 12 de diciembre de 2012, pone de relieve ciertos sectores en los que las divergencias entre las normativas nacionales sobre insolvencia pueden obstaculizar el establecimiento de un mercado interno eficiente...

... / ...

(12) ... la eliminación de los obstáculos a la reestructuración efectiva de empresas viables con dificultades financieras contribuye a preservar puestos de trabajo y beneficia también a la economía en general. Facilitar a los empresarios una segunda oportunidad también haría que aumentaran las tasas de actividad por cuenta propia en los Estados miembros...

.../...

(20) Las consecuencias de la insolvencia, especialmente el estigma social, las consecuencias jurídicas y la incapacidad permanente para saldar deudas constituyen importantes desincentivos para los empresarios que desean crear una empresa o aprovechar una segunda oportunidad, incluso cuando hay elementos que demuestran que, la segunda vez, los empresarios declarados insolventes tienen más posibilidades de éxito. Por consiguiente, se deben adoptar medidas para reducir los efectos negativos de la insolvencia para los empresarios, mediante disposiciones que prevean la plena condonación de deudas después de cierto plazo máximo.”

He señalado para identificar a mi modo de ver la situación “como colofón de la descoordinación real y legal” pues de la simple lectura de esa Recomendación (punto (20) a modo de síntesis), se asegura la procedencia de mi reflexión.

Pero no desearía quedarme con sólo eso, y con la realidad empírica tan actual como se ha recogido. Me referiré a situaciones anteriores que así lo han venido documentando tomando como modelo, por servir de claro ejemplo para todos los demás ordenamientos, la práctica anglosajona.

Así, la legislación inglesa de la insolvencia fue sometida a un largo periodo de pruebas durante los años de recesión económica que tuvieron lugar entre 1989 y 1993. La experiencia provocó una justificada preocupación por el aparente fracaso de algunos de los aspectos más innovadores de la Ley. De este modo los procedimientos de insolvencia creados no resultaron atractivos para la recuperación y rehabilitación de sociedades en crisis.

Pronto se empezó a comprobar que la nueva Ley no estaba funcionando como se esperaba, por lo que casi de inmediato el Servicio de Insolvencias acometió una nueva revisión de la misma y de su aplicación.

Ya el nuevo informe de «Justice», publicado en 1994, abogaba por la creación de un Comité permanente cuya misión sería la de diseñar y promover una estrategia nacional en materia de insolvencia para garantizar que el ordenamiento jurídico estuviese constantemente en revisión de forma que mantuviese el paso de las cambiantes necesidades sociales y fuese receptivo a los desarrollos del Derecho de la insolvencia y la practica en otros países del mundo.¹

¹ Ian F. Fletcher

El nuevo gobierno laborista, proclamando su apoyo a la actividad económica y a la empresa, declaró que era necesario revisar las actitudes respecto a las crisis empresariales y reformular la Ley para hacerla más parecida a la de los Estados Unidos con la finalidad de animar a los empresarios a salir de sus reveses financieros y asumir nuevos riesgos en el futuro, en lugar de quedar estigmatizados por el fracaso.

Los principios o filosofía del Derecho norteamericano de la insolvencia, que sirvió como de talismán para la reformulación de la política británica en la materia y que quedó incorporado al Libro Blanco, fue objeto de una contrarreforma casi contemporáneamente con la publicación de la Ley de la Empresa. Las reformas transatlánticas, concebidas para reducir la posibilidad de que los deudores -incluidos los consumidores- pudiesen recurrir a los procedimientos de quiebra como medio de evadir sus deudas, ha resultado en la inversión de algunas de las más viejas premisas sobre el trato relativamente más favorable dado a los deudores insolventes en Derecho norteamericano comparado con sus homónimos ingleses. Un aspecto significativo de los argumentos utilizados por quienes defienden en Estados Unidos un sistema menos «pro-deudor» es que resulta moralmente inaceptable permitir a los deudores explotar el Derecho de quiebras como medio de evadir sus obligaciones sin una investigación rigurosa del verdadero estado de sus recursos para pagar al menos una parte de sus deudas conforme a un plan de pago sancionado judicialmente.

Es de destacar que a pesar de los esfuerzos constantes de los diseñadores de la política en la materia en el Servicio de Insolvencias durante más de tres décadas, algunos aspectos del ordenamiento de la insolvencia todavía están esperando una solución satisfactoria mediante una reforma legislativa.

Entretanto, ha habido importantes cambios internacionales en este campo. Así, la entrada en vigor el 31 de mayo de 2002 del Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia, de idéntica significación para España y los restantes 24 estados miembros en 2007 y más actual el 4 de abril de 2006, en que Gran Bretaña adoptó la Ley-Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia transfronteriza y está vigente en la actualidad en Inglaterra, Gales y Escocia.

La diferencia sobre la que trabajo peca también de olvido, sino desinterés.

En efecto, en la Grecia clásica imperaba la extrema prudencia con la que había que afrontar cualquier reforma de las leyes en vigor. Incluso en Atenas, madre de la democracia, Demóstenes elogiada públicamente el uso de colocar una soga al cuello a todo aquél que propusiese una nueva ley. Si a la Asamblea la propuesta le parecía loable y útil se le retiraba la soga, pero en caso contrario se

“Cuatro décadas de reforma del derecho de la insolvencia, la experiencia inglesa”

Ponencias La Ley 8/2008

Recogeré seguidas algunas conclusiones más de este autor que entiendo adecuadas.

le apretaba hasta causarle la muerte. Sin llegar a estos extremos los atenienses sancionaban pecuniariamente a aquellos que proponían normas declaradas ilegales o perjudiciales para el Estado, aunque la propuesta se hubiese aprobado por la asamblea.

Platón y Aristóteles se pronunciaron siempre a favor de la misma línea de prudencia, pero es muy interesante recordar los argumentos que ofrece este último autor para justificarla. Retomando la idea de CLEON de que más valían leyes imperfectas pero inmutables que leyes bien hechas pero sin autoridad, Aristóteles insiste en que la ley, para ser obedecida, no tiene más fuerza que la de la costumbre, y ésta aparece luego de un largo lapso de tiempo. La ley no tiene plena validez si no adquiere estabilidad y se vuelve “sólida”. La conclusión es que todo cambio e imprecendente “cuando la mejora es pequeña”.²

¡Qué bien nos habría ido al mundo industrializado que estos principios se siguieran con rigor y se aprobaran las leyes considerando sus reales consecuencias y, de resultar ineficaces, sus responsables!

Otra cuestión obvia en la disparidad que analizo entre la realidad y la legislación es la modificación doctrinal y jurisprudencial que implica todo cambio, dejando sin efecto cuantas interpretaciones hubiera anteriores y obligando a los Tribunales a trabajar de nuevo sobre ello aunque en otra dimensión y dirección. Ahora bien es cierto que muchas ocasiones estas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales son las que le indican al legislador dónde se encuentra la realidad política, económica y social, anunciándole por donde ha de aproximarse a la misma.

De este modo, la realidad se impone a la norma y también a la sociedad ya que si el ritmo económico ha alcanzado un elevado grado de eficiencia, se adapta fácilmente a los cambios y crea los incentivos necesarios para ello al atender adecuadamente a las necesidades sociales, o si por su estado convulso e ineficiente, lo que exige realmente son medidas provisionales o de urgencia que una vez aplicadas con éxito pueden resultar ya inútiles e incluso contraproducentes.

Deriva casi de manera necesaria la conclusión de que el mercado subyacente no puede funcionar adecuadamente ni disciplinarse por sí solo de forma casi automática. Sería ocioso explicar ahora algo tan conocido como la íntima vinculación entre instituciones regulatorias y funcionamiento económico. Pero lo cierto es que la pregunta no sobra completamente desde el momento en que, además, nuestro mercado presenta ciertas características añadidas que le atribuyen una fisonomía especialmente vetusta.

Lo explica el que esa vinculación entre política y empresa se manifieste normalmente en una regulación complaciente, a veces en beneficio de la

² Rodrigo Tena
“Un nuevo código en odres viejos”
Revista de Derecho Mercantil n° 290 (oct-dic 2013)
Es suyo también la referencia anterior a esta nota

compañía, atribuyéndole nichos de privilegio que coadyuvan a entorpecer la disciplina del mercado, y en otras ocasiones en beneficio de sus gestores, protegiéndoles frente al control que sobre ellos debería ejercer la propia sociedad y haciendo prácticamente estériles muchas recomendaciones del buen gobierno corporativo.

Esta tendencia se puede constatar claramente en fenómenos como el del «*Forum Shopping*» en el que los empresarios globales tratan de migrar, ante situaciones de crisis, a aquellos ordenamientos que más facilitan la optimización de ese valor, evitando que los lentos y costosos procedimientos judiciales de insolvencia acaben deteriorando el patrimonio empresarial hasta el punto de hacer inevitable la liquidación. Las legislaciones nacionales han reaccionado a ese fenómeno introduciendo cambios legislativos que atiendan a esa demanda de los operadores económicos.

El ordenamiento inglés ejerce esta atracción porque cuenta con una legislación sobre insolvencias extremadamente flexible en la que destaca una figura, el «*Company Voluntary Arrangement*» (CVA), que ha servido para salvar y reestructurar muchas y muy importantes compañías, con ínfimos costes y en espacios de tiempo realmente cortos.

A esa legislación sumamente flexible, el Reino Unido suma la existencia de auténticos profesionales del «riesgo» en sus mercados financieros, encarnados en los «*Hedge Funds*» y en los «*Distressed Debt Traders*», que mediante la compra masiva de créditos concursales a valores descontados propician después, con más mentalidad inversora que de acreedor, soluciones concursales que optimicen el valor del patrimonio empresarial para materializar así una importante ganancia. Una de las formas más habituales de hacerlo es a través de un CVA que contemple un «*debt-for equity swap*» (similar a una capitalización de créditos), tras la cual estos inversores enajenan sus acciones, que lo son ya de una compañía reflotada y, por tanto, con un valor la mayoría de las veces sustancialmente superior a lo invertido.

El cuadro se completa en el Reino Unido con la figura de expertos económicos independientes en materia de crisis económicas y reestructuraciones que asesoran desde diversos ángulos a todos los intervinientes en estos procesos sobre la posible viabilidad del negocio y las formas de optimizar su valor. A veces sus servicios son contratados por el deudor para presentar un informe sobre el diagnóstico de su situación y las medidas de reorganización a adoptar, que ofrezca la seriedad y solvencia inherentes a su reputación, con el que iniciar las negociaciones con los acreedores. Otras veces son los compradores de créditos concursales los que requieren tales servicios con objeto de obtener asesoramiento respecto a la inversión que se proponen realizar y la forma de optimizar el retomo que esperan obtener de la misma. En no pocas ocasiones estos expertos intervienen también en la posición de «*Chief Restructuring Officer*» (CRO), normalmente a instancias de los Bancos, con funciones de vigilancia del deudor y asesoramiento análogas a las de un Interventor Judicial, pero de carácter privado y sobre una base consensual.

Todavía existe la convicción entre los operadores económicos y sus asesores en el plano internacional de que los procedimientos altamente judicializados de insolvencia son largos y costosos y conllevan, por mucho que se trate de desestigmatizarlos, un importante deterioro de las actividades y negocios del deudor que influye muy negativamente en el valor del patrimonio empresarial afectado, hasta el punto de que en muchas situaciones acarrearán la liquidación de un negocio en principio viable.

Fuera ya de lo que son las soluciones extrajudiciales y preventivas de la insolvencia, también existe la convicción entre los operadores económicos y sus asesores en el plano internacional de que los procedimientos ya típicamente judiciales de insolvencia, para ser efectivos en términos de preservar el valor del patrimonio empresarial, tienen que ser cortos en términos temporales y sumamente ágiles en cuanto a las posibles soluciones que a la situación se puedan plantear.³

Precisamente la Recomendación de la Comisión Europea es clara y rotunda en este aspecto:

(11) “Es necesario fomentar una mayor coherencia entre los marcos nacionales de insolvencia a fin de reducir las divergencias y las ineficiencias que obstaculizan la reestructuración temprana de empresas viables con dificultades financieras y la posibilidad de una segunda oportunidad para los empresarios honrados y, de este modo, reducir el coste de la reestructuración, tanto para los deudores como para los acreedores..

.../...

(16) El marco de reestructuración permitiría a los deudores hacer frente a sus dificultades financieras en una etapa temprana, cuando se puede evitar la insolvencia y garantizar la continuación de las actividades empresariales. No obstante, a fin de evitar los posibles riesgos de una utilización abusiva del procedimiento, las dificultades financieras del deudor probablemente le llevarán a la insolvencia y el plan de reestructuración deberá impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial.

(17) Para promover la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales preventivos de reestructuración deberían incluir procedimientos flexibles que limiten los trámites judiciales a lo estrictamente necesario y proporcionado para salvaguardar los intereses de los acreedores y otras partes interesadas que puedan

³ Antonio Fernández Rodríguez

“Soluciones al concurso: tendencias internacionales y demandas de los operadores económicos”.

Ponencias la Ley 8/2008

Son suyas también varias referencias en los párrafos inmediatos anteriores

verse afectadas. Por ejemplo, para evitar costes innecesarios y poner de manifiesto la naturaleza temprana del procedimiento, a los deudores se les debería dejar, en principio, el control sobre sus activos, y el nombramiento de un mediador o supervisor no debería ser obligatorio, sino decidirse en cada caso...”

No quiero dejar de hacer una referencia breve al país del que soy, y era nuestro profesor Beltrán: España, porque su ejemplo viene a esta reflexión “como anillo al dedo” y no por los sucesivas modificaciones de la Ley Concursal vigente, sino sencillamente por su propia ineficacia, regresándose de esta manera a esa política que ya en el siglo XIX en Inglaterra se definía como “reciclar”.

Basta para ello hacer referencia a la últimas modificaciones aprobadas, la Ley 14/2013 de 27 de Septiembre de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización (“*Sobre la “ineficacia” y el “desinterés” del deudor en el “novedoso” acuerdo extrajudicial de pagos aprobado por la Ley de Emprendedores*”, publicado en diferentes medios y revistas especializadas) y el RDL 4/2014, de 7 de Marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial pues el Gobierno español publicó que la promulgaba “*para salvar empresas viables pero con problemas de financiación*” y que *las modificaciones implantadas en la Ley Concursal conllevarán que la deuda empresarial se reduzca al menos un 10%, 130.000 millones de euros*” mientras la propia norma en su exposición justifica que sus previsiones fueron incorrectas fundamentalmente por la rigidez que exigía la norma para llevar a cabo esos acuerdos extrajudiciales de pago.

En definitiva aunque la prudencia es necesaria para la aprobación de una Ley y la realidad impulsa el cambio normativo, el “parcheo” que la Ley Concursal viene haciendo está lejos de evitarse, más bien todo lo contrario: realidad y legislación en este orden llevan al fracaso empresarial.

Esperemos y confiemos que sea la realidad la que ralentice sus efectos y así la legislación no sólo se aproxime sino que la supere.

España a dos de junio de dos mil catorce.

José Pajares Echeverría

PAJARES & ASOCIADOS ABOGADOS DESDE 1958, S.L.

Consejero del Presidente

Anterior Presidente de la Comisión de Insolvencias de la Unión Internacional de Abogados.

Asistente en representación de la UIA a UNICITRAL, United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia