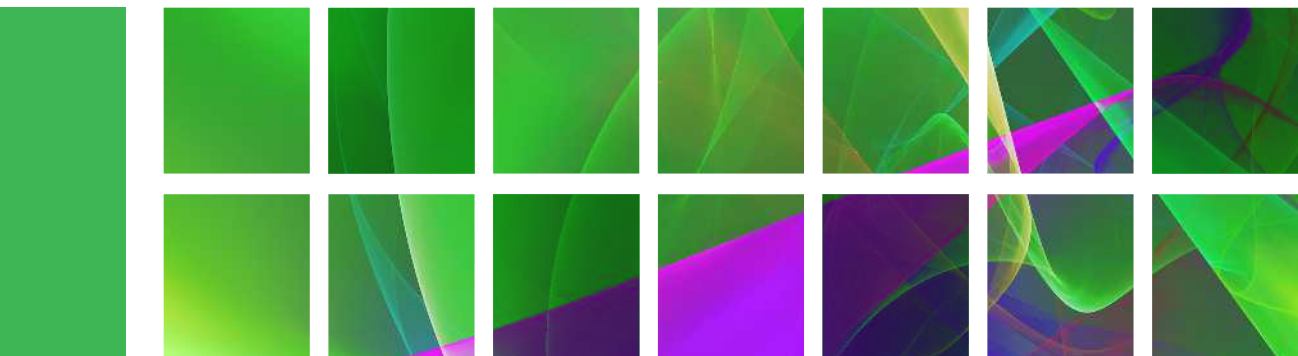


Derecho de la insolvencia: Un enfoque comparado y funcional

Directores

Aurelio Gurrea Martínez
Adolfo Rouillon

■ BOSCH



Derecho de la insolvencia: Un enfoque comparado y funcional

Directores

Aurelio Gurrea Martínez
Adolfo Rouillon

© Autores, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Septiembre 2022

Depósito Legal: M-21608-2022

ISBN versión impresa: 978-84-9090-641-5

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-642-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

El Derecho de la insolvencia o Derecho concursal es un área del ordenamiento jurídico que puede tener un impacto significativo en el acceso y coste del crédito y en los niveles de emprendimiento, innovación, crecimiento y competitividad de un país¹. Sin embargo, la mayor parte de estos factores, que contribuyen a la mejora del bienestar colectivo desde un punto de vista *ex ante* (esto es, exista o no una situación particular de insolvencia), suelen ser omitidos del estudio tradicional del Derecho concursal. Salvo determinadas excepciones, el estudio del Derecho de la insolvencia en los países de la comunidad iberoamericana ha sido realizado desde una perspectiva *ex post* (esto es, analizando las instituciones concursales una vez que se produce la insolvencia en un caso determinado), de carácter eminentemente interpretativo y, además, sin considerar el impacto del diseño de las instituciones concursales en el comportamiento de los operadores. En general, la doctrina concursalista tradicional ha obviado analizar el modo en que la normativa de insolvencia puede afectar a variables esenciales para la promoción del crecimiento económico tales como el acceso y coste del crédito (que son factores que dependerán en buena medida del tratamiento que reciban los acreedores en el concurso), o el emprendimiento, la utilización de deuda, la asunción de riesgos o la solicitud tempestiva del concurso (que son factores que dependerán en buena medida del tratamiento que reciba el deudor en el concurso).

Un argumento tradicionalmente esgrimido para explicar el escaso uso de los procedimientos concursales en los países de la comunidad iberoamericana es la denominada

1. Las expresiones «Derecho de la insolvencia» y «Derecho concursal» serán utilizadas como sinónimos en la presente obra. De la misma manera, los términos «procedimientos de insolvencia», «procedimientos concursales», «concurso de acreedores» o, simplemente, «concurso» serán utilizados de manera similar para referirse al procedimiento o los procedimientos formales de insolvencia que existen en un determinado país. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que el concepto de concurso o procedimiento formal de insolvencia no incluirá los denominados procedimientos híbridos (conocidos en algunas jurisdicciones como procedimientos «preconcursoales») que serán mencionados y examinados de manera separada.

falta de «cultura concursal» de los empresarios y acreedores de estos países². Sin embargo, no creemos que el escaso uso del concurso se deba —sólo o principalmente— a factores sociológicos o culturales. Al contrario. La reticencia de empresarios y acreedores a utilizar los procedimientos concursales en la comunidad iberoamericana probablemente se deba, al menos en parte, al escaso atractivo de los procedimientos de insolvencia.

Por un lado, muchos sistemas concursales de la comunidad iberoamericana resultan poco atractivos para el deudor persona natural cuya insolvencia no es producto del fraude o la mala fe y, en ocasiones, ni siquiera de conductas culposas o negligentes. De hecho, en muchas legislaciones iberoamericanas ni siquiera se permite una efectiva descarga o exoneración de deudas del deudor honesto pero desafortunado. Por tanto, no permiten otorgar una segunda oportunidad que, desde un punto de vista *ex ante*, incentive la responsable asunción de riesgo y deuda y, desde una perspectiva *ex post*, facilite la plena reinserción económica y social del deudor.

En segundo lugar, la mayoría de los sistemas concursales iberoamericanos no establecen mecanismos rápidos y efectivos para la resolución de la insolvencia de las microempresas y las pequeñas empresas, cuyas particularidades requieren de un régimen específico y simplificado.

En tercer lugar, muchas legislaciones concursales de la comunidad iberoamericana no prevén mecanismos que faciliten la efectiva reorganización de empresas viables, tal y como pudieran ser una moratoria que afecte a todos los acreedores, la posibilidad de imponer un plan de reorganización a diversas clases de acreedores (*cross-class cramdown*), o la regulación de incentivos, normalmente a través de otorgar un privilegio, a acreedores que faciliten nueva financiación al deudor.

En cuarto lugar, muchos sistemas de insolvencia iberoamericanos consagran un excesivo formalismo procesal que, unido a las debilidades institucionales de muchos países de la región —evidenciado, entre otros aspectos, en la existencia de sistemas judiciales ineficientes— agrava la lentitud de los procedimientos concursales, eleva su coste y empeora sus resultados.

Finalmente, varios regímenes concursales iberoamericanos carecen de normas adecuadas de responsabilidad de los administradores sociales por el comportamiento que hubieran tenido en el período previo a la insolvencia, o imponen un excesivo régimen de responsabilidad que, en el caso de algunos países, incluyen el anticuado sistema de la calificación del concurso que, entre otras consecuencias indeseables, perpetúa el ancestral estigma de los deudores insolventes.

2. A los efectos de la presente obra, el concepto de «Iberoamérica» o «comunidad iberoamericana» englobará España, Portugal y los países de América Latina de habla hispana y portuguesa.

Un sistema concursal poco atractivo para los deudores puede resultar perjudicial para la economía de un país. Desde un punto de vista *ex ante*, puede incentivar a los deudores a evitar a toda costa el concurso y, para lograrlo, restringir el emprendimiento, la asunción de deuda, o la toma de riesgos, lo cual contribuiría a perjudicar la innovación y la financiación de empresas, con el consecuente daño para la competitividad y el crecimiento de una economía.

Asimismo, si un Derecho concursal resulta especialmente castigador con los deudores, la reticencia al concurso no sólo puede generar devastadores efectos *ex ante* (esto es, antes de que se produzca la insolvencia de un determinado deudor), sino también *ex post*: una vez que un deudor atraviese o, en su caso, prevea una situación de insolvencia, no tendrá incentivos para solicitar el concurso. En su lugar, y salvo que lograra un acuerdo extrajudicial, optará por un «cierre de hecho» de la empresa en perjuicio de los acreedores menos informados, o, en el mejor de los casos, procederá a la solicitud de concurso tardíamente, cuando ya existan pocas posibilidades de salvar un negocio potencialmente viable. En tales casos, los activos del deudor probablemente estarán notablemente deteriorados, y de esta manera se habrá reducido el activo disponible para la satisfacción de los acreedores.

Teniendo en cuenta los perjudiciales efectos económicos que puede suponer un sistema concursal que no resulte atractivo para los deudores, el lector podría pensar que el único motivo que justifica este diseño podría ser el favorecimiento de los acreedores. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Paradójicamente, muchas legislaciones concursales, especialmente en los países de la comunidad iberoamericana, también resultan poco atractivas para los acreedores.

En primer lugar, muchas legislaciones concursales no incentivan la solución eficiente de la insolvencia. A través de diversos mecanismos, muchos sistemas concursales incentivan a toda costa la reorganización frente a la liquidación, aunque se trate de empresas inviables o, quizás peor, empresas viables mal gestionadas que podrían ser salvadas con la rápida «liquidación» de la sociedad y la venta en bloque de la empresa o sus unidades productivas a un tercero.

En segundo lugar, los acreedores ordinarios apenas gozan de protección en muchas legislaciones concursales. En algunos casos, no pueden crear un comité de acreedores. Por otro lado, y salvo contadas excepciones, no suelen contar con la protección legal ofrecida por el test del mejor interés de los acreedores que, en caso de convenio o plan de reorganización impuesto por decisión mayoritaria, garantice a los acreedores disidentes que su situación no será peor a la que podrían haber obtenido bajo un hipotético escenario de liquidación. Asimismo, la satisfacción de los créditos ordinarios se suele subordinar a la de numerosos créditos privilegiados por voluntad legislativa, entre los que es frecuente encontrar a los créditos públicos. La existencia de estos privilegios provoca que el grado de satisfacción de los créditos ordinarios se vea reducido, y puede

incluso ocasionar, en perjuicio de la economía en su conjunto, situaciones encadenadas de insolvencia de los acreedores.

En tercer lugar, muchas jurisdicciones no protegen adecuadamente a los acreedores garantizados del uso oportunista de la paralización de ejecuciones por parte del deudor. La dificultad o imposibilidad de obtener una protección adecuada por parte de los acreedores garantizados, unida al escaso poder de los acreedores para solicitar la terminación de la moratoria incluso en supuestos de empresas inviables, aumenta el riesgo de que deudores inviables utilicen indebidamente los procedimientos de insolvencia con la finalidad de aprovecharse oportunistamente del mecanismo de la suspensión de las ejecuciones que normalmente prevén los procedimientos concursales.

En cuarto lugar, tanto los acreedores privilegiados como los ordinarios se encuentran perjudicados por el hecho de que, en algunos países, no se respeta con rigor la regla de prioridad absoluta en el pago de los créditos. Así ocurre, por ejemplo, cuando se permite que los accionistas mantengan ciertos derechos económicos en la compañía (incluyendo la titularidad de las acciones) aunque existan acreedores disidentes que no vean satisfechos íntegramente sus derechos de crédito.

Finalmente, la dificultad para obtener una solución rápida de la insolvencia genera una inevitable destrucción del valor de los activos que reduce el grado de satisfacción de los acreedores. Por tanto, aunque el escenario concursal en muchos países no resulte atractivo para los deudores, tampoco resulta mucho más favorable para los acreedores. Un sistema concursal así, no solo perjudica el emprendimiento, la innovación y la competitividad de la economía, sino que, por su falta de atractivo para los acreedores, también puede restringir el acceso al crédito con el consecuente perjuicio para la financiación de empresas y la promoción del crecimiento económico.

En nuestra opinión, la falta de atractivo de los procedimientos concursales y la consecuente reticencia que frente a este escenario exhiben los deudores y acreedores se debe, en gran medida, al modo tradicional en que se ha entendido y diseñado el Derecho concursal. Por este motivo, la presente obra tiene el ambicioso y quizás utópico objetivo de ofrecer una nueva forma de entender el Derecho de la insolvencia basada en dos pilares fundamentales: (i) el entendimiento de las instituciones concursales desde una perspectiva económica y funcional; y (ii) el conocimiento de diferentes estrategias regulatorias, en ocasiones ofrecidas por otras legislaciones, que puedan ayudar a resolver problemas frecuentemente comunes a los que pretende dar respuesta el Derecho concursal.

Con notables excepciones, el Derecho de la insolvencia en la comunidad iberoamericana no ha sido analizado tradicionalmente desde una perspectiva económica, esto es, teniendo en cuenta el impacto de las reglas concursales en el comportamiento de los operadores y, en última instancia, en variables esenciales para la promoción del creci-

miento económico tales como el emprendimiento, la innovación y el acceso al crédito. Al mismo tiempo, y a pesar de la existencia de numerosos trabajos de investigación que describen o analizan la regulación en varios países tampoco se han realizado demasiados ejercicios de «comparación» en sentido estricto. Esta es una actividad que, por lo general, exige: (i) identificar el problema que se pretende resolver en una determinada jurisdicción local; (ii) identificar las respuestas de las legislaciones extranjeras a problemas similares; (iii) examinar el fundamento de las posibles soluciones extranjeras en la jurisdicción de origen; (iv) evaluar las posibles divergencias entre las soluciones extranjeras y locales; y (v) examinar la deseabilidad de incorporar una posible solución extranjera en el Derecho local y viceversa, teniendo en cuenta las particularidades legales, económicas, sociales, culturales e institucionales de cada país.

La falta de un análisis del Derecho desde una perspectiva económica y (realmente) comparada limita considerablemente la capacidad de los juristas para sugerir ideas que permitan mejorar las leyes e instituciones y, con ello, construir un entorno regulatorio que facilite el emprendimiento, la financiación de empresas y la promoción del crecimiento económico.

Por todo lo anterior, esperamos que esta obra, realizada como parte de las actividades del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, no solo sirva para que personas ajenas al Derecho de la insolvencia puedan adentrarse en esta fascinante disciplina sino también para que puedan hacerlo entendiendo el fundamento y las implicaciones económicas de las instituciones concursales. Asimismo, también deseamos que el libro pueda resultar de interés y utilidad para profesionales, jueces, académicos y reguladores dedicados al Derecho concursal, sobre todo por el enfoque comparado del libro y las propuestas que se sugieren para la mejora y atractivo de los sistemas de insolvencia. Finalmente, y de manera más importante, esperamos que, a través del análisis comparado y funcional que se realiza de las instituciones concursales, esta obra contribuya a mejorar el modo de entender y diseñar el Derecho de la insolvencia en los países de la comunidad iberoamericana.

LOS DIRECTORES



La presente obra analiza el Derecho de la insolvencia desde una perspectiva comparada y funcional, con particular énfasis en los objetivos y fundamentos del Derecho de la insolvencia, las principales estrategias regulatorias utilizadas para conseguir estos objetivos, y el impacto que puede suponer una normativa de insolvencia en variables esenciales para la promoción del crecimiento económico tales como el emprendimiento, la innovación y el acceso al crédito. Este objetivo se consigue a través de un análisis integrado y funcional de las principales instituciones del Derecho de la insolvencia, enriquecido con ejemplos y experiencias de más de 50 jurisdicciones a nivel mundial, incluyendo algunos de los principales centros internacionales de reestructuraciones, tales como Estados Unidos, Reino Unido y Singapur, numerosas jurisdicciones de Europa, Asia y América Latina, y varios países de África, Oriente Medio y Oceanía. Este libro constituye, por tanto, una obra imprescindible para estudiantes y profesionales interesados en iniciarse en el mundo del Derecho de la insolvencia, y poder hacerlo desde una metodología que les permita comprender el diseño y las instituciones del Derecho de la insolvencia en cualquier jurisdicción. Asimismo, la presente obra también ha sido elaborada para que profesionales, académicos, reguladores y jueces dedicados al Derecho de la insolvencia puedan examinar el modo en que distintos países han dado respuesta a problemas similares, los principales factores económicos e institucionales que pueden afectar a la deseabilidad de estas respuestas y las mejores alternativas para diseñar un sistema de insolvencia eficiente y atractivo que permita promover el crecimiento económico y la mejora del bienestar colectivo.

