

SEGURIDAD MUNDIAL frente al nuevo enemigo de la humanidad

Págs. 2-3 KAI AMBOS



Págs. 4-5

Nuevas tendencias en derecho concursal o derecho de las crisis: una mirada crítica. **Esteban Carbonell O'Brien**

Págs. 6-7

Jueces, imparcialidad y política. Reflexiones sobre la labor independiente e influenciada en la magistratura. **Iván Sequeiros Vargas.**

Pág. 8

La tutela jurisdiccional efectiva y el Decreto Supremo N° 251-2015-EF en la implementación de la NLPT. **Miguel Alan Puente Harada.**

REFLEXIONES SOBRE LAS NUEVAS TENDENCIAS - PARTE I

El Derecho concursal



ESTEBAN
CARBONELL
O'BRIEN

Doctor en Derecho. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal-Capítulo Perú.

La evolución del ser humano en la sociedad ha sido una constante para el desarrollo de sí mismo; en cada época se generan cambios; esto ha conllevado a que distintos aspectos se transformen tanto para el bienestar y malestar propio de las personas. Por ello, para cada problema se ha intentado y se han encontrado nuevas soluciones; sin embargo, para el perfeccionamiento de un desarrollo estable se necesita una constante en la búsqueda científica. Los ejemplos más claros se dan a comienzos de la humanidad, cuando el hombre descubrió el fuego y, a la vez, descubrió cómo controlarlo; un ejemplo más centrado en el Derecho es que todo ser humano tiene derecho a la vida y, por lo tanto, si se atenta con ello puede ser sancionado. Con este preámbulo, en el Derecho, uno de los más grandes avances dados está en el tema Concursal; esta rama se dedica a dar una mejor sistematización para evitar que los acreedores puedan verse perjudicados por un deudor insolvente que no puede cumplir con el crédito comprometido; esta materia ha ido evolucionando y cambiando debido a distintos aspectos.

En la búsqueda de la estabilidad social en una desaceleración económica mundial, se debe hallar maneras de resolver los conflictos que se generan en una crisis empresarial; así, se puede decir que el Derecho ha elaborado una herramienta que cada día va progresando de acuerdo con las necesidades y ajustándose a la sociedad cambiante. Por tanto, podemos indicar que existen distintas perspectivas en el derecho concursal, las que se han estado gestando en el transcurso de los años, pues ha de recordarse que cada caso “empresa” o “persona física” tiene sus propias características; por ende, se debe entender que el Derecho en materia concursal va en camino a nuevas orientaciones y perspectivas.

Exposiciones

La razón de que exista una constante búsqueda de las nuevas orientaciones del Derecho Concursal se debe a las situaciones de crisis

Línea de tiempo

I. “La casi excluyente regulación de procedimientos conservativos y el descarte por su probada ineficacia del sistema liquidativo;

II. Un nuevo bien jurídico tutelado: la empresa cuyo salvataje aparece con consideración prioritaria respecto del interés de los acreedores;

III. Un nuevo presupuesto material: la crisis que abarca desde las meras dificultades hasta la inminencia de insolvencia constituida en instrumento útil en orden al acogimiento al remedio judicial antes de que la insolvencia se encuentre instalada;

IV. Un presupuesto subjetivo sectorizado, lo que significa la evanescencia del principio de universalidad;

V. La tendencia a la desjudicialización del procedimiento con la supresión del poder del juez y la asignación del rol dirimente a los acreedores a través de comité o comités de acreedores con una pareja pérdida de gravitación de la asamblea;

VI. La admisión de los procedimientos extrajudiciales con distintas modalidades

en todos los ordenamientos, dirigida a una facilitación de la reorganización en el ámbito privado, pero en todos los casos, salvo excepciones, condicionada a la judicialización en orden a la producción de efectos concursales (*rectius: vinculantes erga omnia creditorum*);

VII. La marcada dilución del principio de la *par conditio omnia creditorum* producida por la categorización de acreedores concebida como potestad del deudor o bien tasada legalmente;

VIII. La consideración de la regla *the best interest of creditors*, concebida como hipótesis de mínima para la homologación de un acuerdo, significada por la condición de que el acreedor no reciba un valor inferior como resultado del mismo que el que hubiera de recibir en hipótesis de quiebra y otra hipótesis alternativa liquidativa.

IX. La intervención del tercero concebida como última *ratio* dirigida a concretar el tratamiento separado de la empresa viable respecto de su propietario, empresario ineficaz o infortunado, a través de distintas modalidades de procedi-

mientos que asumen naturaleza de cesión forzosa de la empresa insolvente;

X. El Poder Judicial de *cramdown* o potestad de imponer un acuerdo como vía subsidiaria del fracaso del procedimiento preventivo, ya fuere por incumplimiento de obligaciones legales impuestas al deudor o ya fuere por la imposibilidad de obtener la homologación de un acuerdo;

XI. La aparición del tratamiento diferenciado de una nueva categoría: el acreedor involuntario;

XII. El reconocimiento del privilegio a favor del financiero de última instancia al deudor en crisis;

XIII. Los incentivos para determinar comportamientos en la crisis dirigidos ya a los administradores en orden a la presentación oportuna, ya a los acreedores para requerir la formación del concurso.(8)”

Todos los puntos tomados por Dasso tienen su razón de ser de acuerdo con un tiempo establecido, y esa enumeración concuerda con lo que históricamente en la economía mundial ha sucedido.

económica que viene atravesando el mundo a lo largo de los años. Como señala Ariel Dasso en su obra *Derecho concursal comparado*, el sistema concursal o el derecho concursal como tal nace en Italia: “Corresponde recordar que el mismo derecho concursal nace en el medioevo a instancias de los propios mercaderes de la Italia del norte preocupados por mostrar más allá de sus propias fronteras reglas de autodepuración, y citando a Fabbrini señala que constituye la

más formidable operación de imagen de todos los tiempos”(1). En ese orden de ideas, se puede inferir que los mercaderes fueron los primeros en desarrollar este sistema; suponemos que se debe a la misma necesidad de orden económico y también se puede concluir que esa época era oscura en el aspecto económico y por tal razón apareció el derecho concursal para atenuar los problemas que surgieron con el vaivén de los periodos cíclicos.



En ese sentido, y tal vez una de las situaciones más cercanas y con mayor trascendencia de un desarrollo amplio en este tema se da en los años 30, la cual nos dio una visión mucho más profunda y una referencia acerca de la libertad de empresa, pues no existía una regulación para proveer los posibles problemas de una insolvencia. Ahora bien, la crisis más reciente es la llamada “Burbuja Inmobiliaria”; en esta última crisis se observa que a pesar de que existió una



conservativas. Esto se orienta, como lo señala Miguel Ángel Raspall en su reciente obra *Derecho concursal de la empresa*, desde una visión de quiebra; se tratará siempre de una solución ante crisis o de insolvencia en un fuero jurisdiccional, y desde una visión preventiva, siempre se buscarán soluciones ante una inminente insolvencia y en un fuero más entre particulares, por ello las nuevas innovaciones son: “Respecto del concurso de las empresas, hemos visto que primero entró en crisis la ‘quiebra’ como procedimiento de solución de la insolvencia empresarial por el innegable daño material, económico y social que produce, razón por la cual la búsqueda se desplazó hacia los procesos de prevención de la quiebra, y con ello, los que hemos conocido como concursos ‘preventivos-conservativos’ (Argentina mantiene este modelo). En tiempos actuales, la evolución nos está situando ante los ‘concursos reorganizativos’, que buscan generar alternativas para la rehabilitación de la empresa viable, con un arsenal de herramientas diversas a las implementadas en los ‘concursos conservativos’. Todos estos institutos se desarrollan en el ámbito jurisdiccional, o sea, son procesos formales, que pueden ser de filosofía más o menos publicista o privatista(2)”.

Situación de insolvencia

De ello se puede decir que en un primer plano de la historia se encuentran las quiebras, el cual es un proceso en el que los acreedores y los deudores se encuentran en una situación de insolvencia, es decir, la empresa tiene pocas posibilidades de lograr una recuperación, y si las tiene es viable en el mercado; por el contrario, los procesos preventivos (en criterio propio es mejor llamarlos mecanismos preventivos) se realizan antes de que la situación de insolvencia se agudice y se encuentra en un plano más privatista. Asimismo, dependiendo de la situación económica en la que se encuentra la sociedad y la regulación en el momento en que se aplica una de ellas, pues existe un círculo evolutivo que se va generando a través del desarrollo mismo de las sociedades y las economías.

Y agrega Raspall: “El proceso evolutivo sigue su curso y ahora, las crisis globales o sistémicas han puesto en duda la capacidad y eficiencia de la jurisdicción como medio idóneo para la solución de la insolvencia cuando una multiplicidad de empresas son arrastradas en forma conjunta y simultánea al territorio de las dificultades económico-financieras y deben recurrir a una solución concursal. Esta ‘ineficiencia’ que han mostrado los acuerdos jurisdiccionales está siendo ‘capitalizada’ por los acuerdos privados extrajudiciales (preconcursoales).”

Con la recepción legislativa de estos acuerdos se vuelve a incursionar en los modos privados de autocomposición, que es una forma de privatizar la solución de las crisis empresariales. Se trata de un regreso al privatismo-voluntarismo, pero con acuerdos que se gestionan y alcanzan fuera del marco jurisdiccional (*workout*).⁽³⁾

De este texto, se puede decir que las nuevas tendencias en el ámbito concursal son las reorganizaciones de las empresas, y estas se deben hacer de acuerdo y conforme se van desarrollando las alternativas, que el mercado va haciendo mutar,

LA LEY DE CONCURSOS NO SANE LA ECONOMÍA. LAS CORRECTAS Y SALUDABLES POLÍTICAS ECONÓMICAS DEBEN HACERLO. ELLA NO CREA EMPLEO, NI GENERA EMPRESAS NUEVAS. UNA ADECUADA POLÍTICA DE EMPLEO COORDINADA CON LA ECONOMÍA LO HACE.

esto en tanto la economía lo permita y no saturando la misma. En otras palabras, lo que Raspall señala es que hoy en día se ha dejado de asistir al ámbito jurisdiccional, que es algo común y clásico en el derecho concursal; a cambio se trasladó este problema coyuntural a esferas privadas, en donde se busca que el agente económico insolvente permanezca en el mercado y que las negociaciones se hagan con un compromiso a una prevención de la insolvencia.

El punto de crítica desde una perspectiva mucho más conservadora a este nuevo sistema de insolvencia es que cae mucho en el privatismo y en algunos casos en todo agente económico existen aspectos sociales, en el cual algunos acreedores tienen mayor capacidad de negociación, mientras que otros no, por ello podemos enfatizar que es más difícil que una empresa no extinga su crédito frente un empresa grande, siendo más fácil que una empresa extinga su crédito con una pequeña empresa.

Por ello Dasso señala lo siguiente en comunidad con la idea y en cuanto a esta nueva tendencia de prevención de insolvencia:

“Solo en caso de imposibilidad de mantener esta empresa en marcha habrá que ir por vía de la liquidación, y aún en este caso, siempre con el criterio de mantener unidas las unidades productivas, dentro de lo posible. Pero, la ley de concursos no sana la economía. Las correctas y saludables políticas económicas deben hacerlo. Ella no crea empleo ni genera empresas nuevas. Una adecuada política de empleo coordinada con la economía lo hace. Por ello es crucial comprender que el concurso tiene aptitudes limitadas, que es un subsistema dentro de un sistema mayor, y que el abuso del mismo repercutirá inexorablemente en el resto del sistema económico, y, por esa vía, se corre el riesgo cierto de esterilizar el esfuerzo iniciado.⁽⁴⁾”

Buena política

Como bien se anticipaba, el mencionado autor, debe existir una buena política en el manejo de esta nueva tendencia privatista, ya que pueden suceder alteraciones ineficientes en el interior del mercado y se puede desnaturalizar el sistema concursal si es que la política y prácticas que

el Estado tiene que proveer no se aplican con una visión neutral.

Eje principal

Los fundamentos de esta nueva orientación están en el Derecho alemán y francés. En Alemania, el sistema concursal tiene un único procedimiento, pero una tesis es bivalente, en el derecho concursal se privilegia la satisfacción de los acreedores como eje principal pero otorgando a los interesados la recuperación de la empresa a través del convenio de continuación específico (5). En Francia, el derecho concursal se orienta a la tendencia de un concurso de la crisis global en donde no se excluya a ningún agente económico. Desde otra visión, el Derecho francés ha desplazado el objetivo que anteriormente tenía, el cual estaba orientado al pago de los acreedores; en la actualidad se visiona a salvaguardar la empresa, mantener la actividad y el empleo; se observa que esta perspectiva cambia en Francia⁽⁶⁾; así, se compone sobre cuatro ejes básicos: a) el reforzamiento de los medios de prevención; b) la simplificación y la racionalización del procedimiento; c) el reforzamiento de los acreedores; d) la moralización de los planes de recuperación de la empresa⁽⁷⁾. Este desarrollo de las empresas se va a conjugar con aspectos que más adelante se desarrollarán.

Por otro lado, y para poder entender esto, Dasso señala que las nuevas tendencias en concursal han seguido una suerte de procesos y de innovaciones, pues las tendencias se desarrollan en cuanto a la evolución en sí misma del sistema concursal, es decir que en cada crisis que pudiera existir se abrirá un nuevo camino o una nueva orientación para el derecho concursal; así, plantea una suerte de línea de tiempo, la manera como han evolucionado los conceptos fundamentos de esta materia (Ver recuadro) ▶

[1] DASSO, Ariel (2009) El Derecho Concursal en la crisis global. En Revista *Jurídica UCES*. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1416/Derecho_concursal_Dasso.pdf?sequence=1 (consultado el 12 de octubre del 2015). [2] RASPALL, Miguel Ángel (2014) LAS CRISIS EMPRESARIALES Y LOS ACUERDOS PRIVADOS PRECONCURSALES. AFIANZAMIENTO DEL INSTITUTO. S/L. En Estudios de Derecho Empresario. Consultado el 06 de octubre del 2015 <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8811/9654>. [3] RASPALL, Miguel Ángel (2014) LAS CRISIS EMPRESARIALES Y LOS ACUERDOS PRIVADOS PRECONCURSALES. AFIANZAMIENTO DEL INSTITUTO. S/L. En Estudios de Derecho Empresario. Consultado el 06 de octubre del 2015 <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8811/9654>. [4] DASSO, Ariel (2005) LA QUIEBRA TRANSNACIONAL. Santiago de Cali. En Criterio Jurídico. Consultado el 06 de octubre del 2015 <http://portalesn2.puj.edu.co/javevirtualoj/index.php/criteriojuridico/article/view/244/990>. [5] Dasso, Ariel (2009) Derecho concursal comparado. Tomo II. Editorial Legis argentina S.A. Buenos Aires-Argentina. Págs.9-10 [6] Dasso, Ariel (2009) *Derecho concursal comparado*. Tomo II. Editorial Legis argentina S.A. Buenos Aires-Argentina. Págs.805-809. [7] Rossi, Guido (SF) Perú y España: Dos realidades, dos mundos distintos, unidos por un derecho común. Págs. 9-10. <http://www.galeon.com/josicu/OTROS/9t.pdf> (consultado 28 de octubre del 2015). [8] DASSO, Ariel (2009) El Derecho Concursal en la crisis global. En Revista *Jurídica UCES*. Pág. 154-155 http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1416/Derecho_concursal_Dasso.pdf?sequence=1 (consultado el 12 de octubre del 2015).

regulación para la insolvencia, se retrocede y se vuelve a caer en la desregulación de otros aspectos, que confluyen en conjunto para un desequilibrio, pero a la vez beneficioso, para el derecho concursal, en tanto se fortalecen las instituciones de este y se avanza a nuevas visiones en el horizonte.

Por un lado, se puede decir que, según el mecanismo de solución, las tendencias concursales se dividen en dos: las preventivas y las