

3. Rol de los funcionarios (judiciales o administrativos) en los procesos de crisis. Facultades.

Coordinador: Eugenio Xavier De Melo – Panelistas: Rogelio Palacios – Edward A. Godoy – David Sotomonte – Francisco Junyent Bas

INFORME DEL COORDINADOR Eugenio Xavier DE MELO

Este panel fue coordinado por el Dr. Eugenio Xavier de Mello (Uruguay) y estuvo integrado por los Dres. Rogelio Palacios (México) y Edward A. Godoy (Puerto Rico).

Cabe señalar que el funcionamiento del mismo se vió dificultado por la circunstancia de que pocos días antes de la apertura del Congreso, el coordinador originalmente nombrado comunicó que por razones personales, no podría asistir al mismo. Fue entonces que se resolvió designar como nuevo coordinador al Dr. Eugenio Xavier de Mello quien pasó de integrar la Mesa como panelista a cumplir esa otra función, casi sin tiempo material para comunicarse con los restantes panelistas a los efectos de preparar el funcionamiento del panel, que había sufrido asimismo la baja de los Dres. Junyent Bas y Sotomonte.

Pese a ello, unos días antes del comienzo del Congreso, el coordinador dirigió a los panelistas, conforme se le había indicado al designarlo, una comunicación informándoles acerca de los puntos que sugería para que éstos los abordaran en sus exposiciones. Dichos puntos eran los siguientes.

1.- Medidas que los Jueces pueden adoptar para prevenir la crisis empresarial y la apertura del concurso.

2.- Principales aspectos que los Jueces deben controlar ante una solicitud de declaración del concurso.

3.- Facultades de los Jueces en relación al patrimonio del deudor y a la administración de la empresa durante la tramitación del concurso.

4.- Control de los Jueces sobre la oportunidad, contenido, perfeccionamiento y ejecución de los convenios concursales.

Finalmente, el día 10 de setiembre a la hora 10 se dio inicio al funcionamiento de dicho panel, el cual fue abierto por el coordinador.

INTRODUCCIÓN.

El Dr. Eugenio Xavier de Mello comenzó realizando algunas consideraciones generales sobre las crisis empresariales y su relación con los procesos concursales, haciendo mención a dos trabajos de su autoría denominados "El Fundamento de las soluciones concursales: La superación del principio de conservación de la empresa" del año 1997 y "La Quiebra como solución" del año 2006, en los que proponía los conceptos que pasó a resumir:

"La vida de las empresas es considerablemente más breve que la de las personas físicas. En efecto, existe un alto porcentaje de empresas que desaparecen antes de cumplir cinco años de vida, mientras que otras sobreviven por más tiempo, siendo muchas menos las que logran perdurar durante varias décadas y excepcionales las que superan la duración promedio de la vida humana.

Según un estudio realizado hace algunos años, en promedio, la expectativa de vida en el mundo empresarial, es inferior a los veinte años. Ello significa, como se ha dicho, que las empresas mueren durante la infancia o adolescencia, en la flor de la edad, sin haber logrado muchas veces satisfacer las expectativas de sus fundadores, lo que representa la pérdida de un potencial.

Pero ello no constituye una anomalía sino que es el resultado natural del funcionamiento del mercado, el cual se renueva constantemente, mediante la sustitución o reestructuración de las unidades empresariales que en él operan, sin que ello suponga el fracaso del sistema sino más bien una demostración de su vitalidad creadora. En efecto, la constante reasignación de los recursos disponibles que esa renovación produce, asegura la mejora continua y el aumento de la productividad global.

En el marco del proceso de adaptación competitiva, los "perdedores" salen del mercado, cediendo su lugar a los "ganadores" o a nuevos emprendimientos, los que ocupan el espacio dejado por los primeros. Pero para los ganadores, se trata de una victoria provisional y frecuentemente efímera, ya que su derrotero será siempre incierto, y estará supeditado al resultado con que emprendan la lucha cotidiana por sobrevivir y crecer, en un escenario lleno de oportunidades pero también de acechanzas. Este proceso de "selección natural", en la medida en que no se vea distorsionado por la aplicación de medidas gubernamentales discriminatorias y distorsionantes, constituye entonces una ventaja y no un inconveniente.

Entre los factores predisponentes de la inversión, y por ende del crecimiento económico y del desarrollo social, se encuentra la existencia de reglas claras y adecuadas destinadas a facilitar la reestructuración y el recambio empresarial.

Se publican regularmente estudios en los que se compara la situación de los diferentes países en lo relativo a la duración, complejidad y costo que presentan los requisitos y procedimientos de instalación de nuevas empresas.

Suele soslayarse en cambio el hecho de que tan importante o quizás más que lo anterior es determinar si los mecanismos destinados a asegurar la salida ordenada del mercado de las empresas que fracasan, son o no los adecuados.

Debe tenerse presente que mientras los procesos de entrada al mercado se cuentan en general por días, semanas o meses, la salida del mercado suele verse demorada durante varios años. Con ello se incurre en costos excesivos e innecesarios, se posterga la reasignación de los recursos materiales y humanos y muchas veces se fomenta la competencia desleal entre las empresas en crisis, que representan el pasado, y las empresas exitosas, que conforman el futuro, y deben soportar el peso de la ineficiencia ajena.

Uno de los factores que debilitan la percepción de ese fenómeno, es la creencia generalizada de que las empresas ya existentes deben ser mantenidas a toda costa, aunque su conservación insuma mayores recursos que los que se requerirían para promover su sustitución por empresas eficientes.

Es cierto que la creación de una empresa, nacida si del interés económico de sus fundadores pero también de sus ilusiones, implica la combinación de diversos factores productivos que en si misma genera un nuevo valor, superior al resultante de la simple suma de sus componentes aislados.

Pero también lo es que cuando una empresa sufre una crisis severa, resulta legítimo dudar de la validez y utilidad de esa articulación.

Se afirma a veces que la muerte de la empresa hace desaparecer el valor adicional que su existencia representaba, sin tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos, ese valor ya se había extinguido como consecuencia de la crisis. Las dificultades que atraviesan las empresas revelan con frecuencia que la articulación de factores en que la misma consiste es inadecuada. Nada mejor en tales casos que habilitar cuanto antes la desagregación de esos factores y su migración hacia empresas que resulten, ellas si, funcionales y que estén por tanto mejor preparadas para sobrevivir. En tales casos, el valor económico resultante de la organización de la empresa en crisis, probablemente ya perdido en virtud de esa misma crisis, solo podrá renacer en la cabeza de otras organizaciones.

En un artículo publicado en *The Economist* hace algunos años, se señalaba que la respuesta de Taiwán ante la crisis sufrida por las economías asiáticas por ese entonces, se debía entre otras cosas a que en ese país se fomenta la creación de empresas nuevas y se ponen pocos reparos a las quiebras comerciales, "lo cual lleva a inversores, prestamistas, trabajadores y gerentes a actuar con prudencia, ya que todos saben que las consecuencias de las malas decisiones pueden ser fatales para la empresa. También ha acostumbrado a los empresarios a empezar de nuevo después de un fracaso". El artículo terminaba diciendo que "la tradición de dejar que las empresas enfermas mueran de muerte natural y que nazcan otras nuevas, deberá facilitarle a Taiwán la adaptación a estos tiempos difíciles".

Que se adviertan los signos iniciales del proceso de decrepitud empresarial y se disponga lo necesario para revertirlo, dependerá entre otras cosas de la capacidad técnica y de la diligencia empresarial de quienes la conducen.

Existe un interés de la sociedad en su conjunto, así como de los múltiples sujetos que se vinculan con las empresas, de asegurar su conservación. Pero existe otro principio que en nuestra opinión sirve de excepción y límite al anterior y que es el de la no conservación de la empresa inviable. En efecto, la conservación forzada de esta última se realiza muchas veces a costa de grandes sacrificios para toda la sociedad y con un beneficio sólo pasajero para los directamente interesados.

Cuando la crisis es el resultado de la conversión de la empresa en una articulación disfuncional de factores, conviene al interés público que ella desaparezca, facilitando así la reasignación constructiva de los factores liberados.

La problemática social debe ser atendida por otros medios que sean, ellos si, funcionales desde el punto de vista económico y cuyo costo será muchas veces menor para la sociedad que el de mantener artificialmente con vida una empresa inviable.

Contribuye entonces a la salud del sistema contraponer al principio de conservación de la empresa, el de la no conservación de la empresa inviable, con lo que el primer principio viene a ser relativizado".

Manifestó posteriormente que la intervención de los Jueces puede ser relevante tanto en la etapa previa al concurso, en la cual quedará muchas veces a su cargo asegurar la aplicación de las normas de derecho societario, tributario, laboral, administrativo y penal aptas para cumplir, entre otras, una función preventiva de la crisis, como en oportunidad de resolver sobre la declaración del concurso y luego en todas las etapas del mismo, siendo de interés analizar las facultades de que disponen en todas ellas con la finalidad de determinar si las mismas son adecuadas y suficientes o bien si el ejercicio de las mismas es apto para cobijar eventuales excesos que afecten los derechos personales y patrimoniales de los interesados. Aclaró luego que una de las tareas de los panelistas sería precisamente la de echar luz sobre estos aspectos, desde la perspectiva del régimen concursal vigente en sus respectivos países.

LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Y EL ROL DE LOS JUECES EN MÉXICO Y EN PUERTO RICO.

Luego, los panelistas efectuaron sus exposiciones.

En primer lugar, Rogelio Palacios describió simplídicamente el proceso concursal en el derecho mexicano con especial referencia a las facultades de los Jueces en las diferentes etapas.

Posteriormente, Edwards A. Godoy, Juez Federal de Quiebras en el Distrito de Puerto Rico, se refirió al "rol de los jueces en los procesos de crisis/facultades en casos de reorganización de empresas bajo el Capítulo 11 del Código Federal de Quiebras de los Estados Unidos de América", lo que efectuó en los siguientes términos.

"Esta discusión se presenta desde la perspectiva de un juez federal de quiebras para el Distrito de Puerto Rico. Puerto Rico se rige por el Código Federal de Quiebras de los Estados Unidos (en adelante, el "Código"), las Reglas Nacionales de Procedimiento de Quiebras y las Reglas Locales de Procedimientos de Quiebras promulgadas por los jueces federales de quiebras de dicho distrito. Puerto Rico cuenta con cuatro jueces de quiebras que atienden casos bajo los capítulos 7, 11, 12 y 13 del Código. En cuanto a capítulos 11 concierne, en Puerto Rico se presentan de 150 a 200 peticiones al año.

A diferencia de otras jurisdicciones en Latinoamérica, en Estados Unidos el Código de Quiebras no requiere que un deudor esté insolvente o en cesación de pagos al momento de o posterior a la

presentación de su petición voluntaria. El deudor obtiene la protección del tribunal de quiebras al someterse voluntariamente a la jurisdicción del tribunal y por ende, el juez de quiebras no necesita hacer determinación alguna sobre sus cualificaciones o elegibilidad del deudor. Es suficiente que el deudor esté interesado en reestructurar sus deudas o pasivos.

En términos generales, aunque la sección 109 del Código dispone quien puede ser un deudor, su definición es tan amplia que a la fecha no hemos tenido que resolver ninguna controversia relacionada a la elegibilidad de un deudor.

Hay ciertos asuntos que se presentan ante el juez al comienzo de un caso bajo el capítulo 11 para disposición expedita, que comúnmente se le llaman “first day motions”. Ejemplos clásicos de estos asuntos son: mociones para que el deudor obtenga autorización bajo la sección 363(c)(2) del Código para utilizar cualquier garantía en efectivo que le haya otorgado a un acreedor; mociones para que el deudor pueda continuar recibiendo servicios públicos generales y para que el tribunal determine una cantidad en aseguramiento del pago de dichos servicios bajo la sección 366 del Código; mociones para que el tribunal permita el pago de proveedores críticos antes de la homologación del plan bajo jurisprudencia aplicable; o mociones solicitando la autorización del tribunal para el empleo de profesionales que vayan a trabajar en el caso de quiebras bajo la sección 327 del Código. Usualmente, estas mociones se resuelven rápidamente y en corte abierta en audiencias señaladas al principio del caso.

Una vez se presenta la petición, se calendariza una asamblea de acreedores bajo la sección 341 del Código no más temprano de 21 días a partir de la presentación del caso, ni más tarde de 40 días luego de ella, la cual es presidida por el Síndico de los Estados Unidos. En esa asamblea, se le requiere al deudor contestar preguntas sobre su situación financiera y económica por parte del Síndico de los Estados Unidos y los acreedores presentes. Bajo la sección 341 del Código, el tribunal no puede presidir ni estar presente en dicha reunión. El Síndico de los Estados Unidos, quien preside la asamblea de acreedores, es un brazo del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

Varias semanas luego de la asamblea de acreedores, el tribunal celebra una conferencia sobre el status del caso. En dicha conferencia, el deudor expone ante el tribunal, entre otros, la naturaleza de su negocio; las razones por las cuales ha solicitado la protección del Código; informa las fechas en las cuales estará presentando su declaración informativa y plan de reorganización; da un estimado de los honorarios para profesionales que espera tener que pagar en el caso; e identifica cualquier evento significativo que entiende pueda suceder durante el caso.

También es común que en un capítulo 11 antes de la homologación del plan, el tribunal atienda una solicitud bajo la sección 362(d) del Código por parte de un acreedor para levantar la suspensión automática que protege a los deudores de acciones por parte de acreedores en contra suya y del caudal de quiebras. En términos bien simples, un acreedor que interese ejecutar su garantía no está desprovisto de ese remedio siempre y cuando le demuestre al tribunal que existe causa para levantar la suspensión (ejemplos de causa son que la colateral este disminuyendo en valor con el transcurso de tiempo o que el deudor no tenga participación en la propiedad y la

propiedad no es necesarias para una reorganización efectiva). Otro tipo de solicitud común previo a la homologación del plan la hacen algunos deudores bajo la sección 363(f) del Código para vender sustancialmente todos sus activos libre de cualquier derecho que afecte tales activos.

Antes de la homologación del plan, el tribunal conduce una audiencia para evaluar si la declaración informativa presentada por el deudor a sus acreedores cumple con los requisitos de información adecuada bajo la sección 1125 del Código. De cumplir con los requisitos, el tribunal aprueba la declaración, se calendariza una audiencia para la homologación del plan de reorganización y el deudor entonces procede a solicitar los votos de los acreedores para la homologación del plan de reorganización.

Cuando finalmente se celebra la audiencia de homologación del plan de reorganización, el tribunal la celebra independientemente de que alguien haya presentado o no objeción alguna al plan. Si se ha presentado alguna objeción, el tribunal entra en los méritos de la misma y la resuelve antes de confirmar el plan. Ahora bien, si el plan cumple con todos los requisitos de la sección 1129 del Código (incluyendo que el deudor haya obtenido un mínimo de votos de sus acreedores aceptando el plan), el tribunal confirma el plan de reorganización. Una vez celebrada la audiencia de homologación y confirmado el plan, el plan es considerado un contrato entre el deudor y sus acreedores, que extingue las obligaciones previas y sustituye las mismas con los términos y condiciones del plan. Típicamente, cualquier controversia de la implementación o interpretación del plan confirmado se dilucida en el tribunal estatal y no en el de quiebras.

Por último, luego de homologación del plan de reorganización, la empresa deudora obtiene un descargo o liberación de sus deudas bajo la sección 1141 del Código sujeto a que se cumpla con los términos y condiciones del plan".

DEBATE POSTERIOR.

Las palabras introductorias del coordinador y las exposiciones de los panelistas dieron lugar a diferentes planteos de los asistentes, lo que motivó un fecundo e interesante debate, que derivó del tema de las facultades de los Jueces a cuestiones más profundas sobre las causas de las crisis empresariales, la valoración de las mismas como elemento normal del funcionamiento de los mercados y la necesidad de salvar las empresas viables y de favorecer la rápida salida del mercado de las que no lo sean, aspecto sobre el cual se vertieron opiniones encontradas, al igual que sobre el planteo realizado por el coordinador conforme el cual la quiebra es en muchos casos no un problema sino una solución que contribuye a favorecer el adecuado funcionamiento de los mercados.