

6. ¿Prevención o liquidación? ¿Viabilidad?

Coordinador: Esteban Carbonell – Panelistas: Lidia Vaiser – Alicia Ferrer Montenegro – Camilo Martínez Blanco

INFORME DEL COORDINADOR Esteban CARBONELL

Temario:

I.- Experiencia en materia de privilegios de derecho patrio.-

II. desde esa experiencia cual sería la propuesta para configurar un sistema de privilegios satisfactorios

III.- Frente a la poda de privilegios, analizar el valor e importancia de las garantías y colaterales como mecanismos de blindaje de los créditos ante la insolvencia concursal del deudor.

El Lecho de precusto o el discutido valor de las garantías y colaterales financieros creados como alternativa de insolvencia concursal.

Ubicando el tema

Privilegio

A.- Definición

B.- Objetivos

C.- Fuentes

Los mercados a través de soluciones convencionales “acordadas” (más bien impuestas) buscan ampliar el espectro de instrumentos o “productos financieros” con ciertos acreedores pretenden blindar sus créditos abstrayéndolos de los riesgos.

Vendiendo ilusiones

Quienes prometan blindajes impenetrables para aislar los servicios financieros de los riesgos de la insolvencia, ocultan:

A.-... Que dicen “crédito”... pero solo están defendiendo el crédito financiero.

B.-... que los tradicionales proveedores de mercaderías y prestadores de servicios no recurren a minimizar sus riesgos ni a garantías reales tradicionales, ni avales e primer requerimiento, o a cesiones globales de flujos crediticios, ni a fideicomisos de garantía, ni a “back to back”.

Diferencias de comportamiento

A.- el comportamiento de los acreedores frente a las situaciones concursales se asemeja al de las ciudades costeras del pacífico en caso de TSUNAMI. Antes de la amenaza el primero que parte a las zonas seguras es el prestamista....

B.- ¿en una imprenta o fábrica de calzados a quien es más importante atender...?

C.- ya se dijo que el trance concursal ha colocado a ese cliente en una franja de riesgo con mala calificación interbancaria.

¿Existen los blindajes perfectos?

¿Puede abstraerse un acreedor de los efectos de la insolvencia de su deudor?

- El concurso de acreedores, siempre va salpicar a quienes están alrededor y un acreedor por más garantías que haya cosechado en la etapa IN BONIS, también ingresará al bando de los afectados por el concurso.
- Si no fuera el sistema crediticio existiría solo en función de las garantías, magnificando su naturaleza accesoria o colateral. Se descuida analizar las “Tres C” del crédito. Se aplica a un estándar arbitrario para el que fuerza artificialmente una conformidad exacta.
- Recomendamos la lectura de la obra “El arte de pagar sus deudas y de satisfacer a sus acreedores sin gastar un céntimo en diez lecciones o manual de derecho comercial para el uso de gente arruinada deudores, desempleados y más consumidores sin dinero” (honoré de Balzac. 1827)

El riesgo crediticio

A.- el éxito del emprendimiento requiere el esfuerzo combinando las tres “C”: “capital”, “conducta”, y “Capacidad”.

B.- la patología crediticia encuentra su simiente en el momento de su propia concesión. Un crédito que no llega a un buen fin ¿es un crédito “mal tomado”, o un crédito “mal Concedido”?

Sobrevaloración de las garantías

Cuando hacemos la disección del cadáver concursal muy poco de las “tres C” se tuvo en cuenta. El acreedor financiero se guía por la máxima: “tiene una garantía = accede a un crédito”...

Se olvida que

... cuando llegue el momento concursal, toda garantía que favorezca a uno en perjuicio del colectivo (masa) será filtrada por la lupa escrutadora de los órganos del concurso.

PRIMERA RESPUESTA:

No existen blindajes de total eficacia frente a la insolvencia de un deudor. Todos los instrumentos de garantías de créditos pueden verse afectados cuando el Concurso con su carga patológica toca a la puerta del insolvente.

Solo hecho de tener que activar la garantía por parte del acreedor, ya demuestra la afectación sobre crédito

SEGUNDA RESPUESTA:

Desde que alguien toma un préstamo prometiendo honrar en el futuro su armonización, desde que compra algo y difiere el pago de su precio para el futuro, no existe mecanismo inventado por el hombre que haga desaparecer totalmente el riesgo crediticio.

No olvidar que ese riesgo es el que justifica su precio: el lucro.

TERCERA RESPUESTA:

Cuando a pesar del concurso se pretende que si siga alimentando con títulos valores una cesión de flujos futuros de créditos contraídas en benigno pasado, y ya no hay ventas o descendieron, frente a la triste y cruel realidad.

Consideran que como aquello fue lo pactado, el comportamiento del ahora insolvente debe sujetarse al pie de letra e incluso acomodarse el escenario concursal a su particular requerimiento.

- Toda ley de concursos debe contemplar el interés de los acreedores porque ello supone una adecuada defensa del crédito y dotar de seguridad jurídica a dadores y tomadores del mismo.
- Simultáneamente debe atender a la eficiencia y a la reducción de costos de transacción, por lo cual reglas claras resultan imprescindibles.
- La evolución del derecho concursal uruguayo marca especialmente esta cuestión, y la prueba a la que ha sido sometido el nuevo régimen concursal uruguayo en los siete años de vigencia de la Ley 18.387 demuestra el acierto del legislador en introducir cambios sustanciales en materia de privilegios.
- El Título XVIII del Código Civil uruguayo DE LOS CREDITOS PRIVILEGIADOS comienza con un artículo que define al privilegio indicando que “Privilegio es el favor especial con que la ley mira ciertos créditos personales en concurso de acreedores, sin que por eso pasen en caso alguno contra terceros poseedores”.
- Régimen a Octubre de 2008
- Código Civil: 22369,2370 y 2371 indicaba tres categorías de privilegios incluyendo diecisiete especies de créditos.
- Código de Comercio 1732, 1733 y 1734 tres categorías con un total de 26 créditos distintos.
- TOTAL DE CREDITOS PRIVILEGIADOS CONTEMPLADOS: 43

- EN LA MISMA LINEA EL CODIGO DE COMERCIO INDICABA EN LOS ARTÍCULO 1037,1038 y 1193 los privilegios marítimos y el CODIGO AERONAUTICO artículos 52 a 67 los propios.
- Régimen de la ley 18387.
- Los artículos 256 y 262 de la ley de concursos vigente derogaron los antes indicados artículos y a los privilegios marítimos y aeronáuticos los declara no aplicables en caso de concurso
- La doctrina uruguaya ha denominado esto como LA PODA DE PRIVILEGIOS.
- Régimen del artículo 110:
- Privilegios generales: Son créditos con privilegio general, en el orden planteado:

1) Los créditos laborales de cualquier naturaleza, devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso, siempre y cuando no hubieran sido satisfechos en la forma prevista en el artículo 62 hasta por un monto de 260.000 UI (doscientos sesenta mil unidades indexadas) por trabajador. Tendrán también este privilegio los créditos del Banco de Previsión Social por los aportes personales de los trabajadores, devengados en el mismo plazo.

No gozarán del privilegio previsto en el inciso anterior, los créditos de los directores o administradores, miembros del órgano de control interno y liquidadores de la deudora, los cuales tendrán naturaleza de quirografarios, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 201.

2) Los créditos por tributos nacionales y municipales, exigibles hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso.

3) El 50% (cincuenta por ciento) de los créditos quirografarios de que fuera titular el acreedor que promovió la declaración de concurso, hasta el 10% (diez por ciento) de la masa pasiva. Estos privilegios se establecen sin perjuicio del derecho conferido por la ley a los acreedores a la satisfacción parcial de los créditos no pagados a través del concurso, cuando hubieran ejercitado acciones en interés de la masa.

Justificación:

Devolver a los acreedores quirografarios el protagonismo, lo cual surge de muchas y distintos artículos de la ley.

Artículo 109. (Créditos con privilegio especial).- Son créditos con privilegio especial los garantizados con prenda o hipoteca.

Los créditos con privilegio especial deberán estar inscriptos a la fecha de declaración del concurso en el Registro Público correspondiente, salvo los créditos emergentes de contratos de prenda común que serán considerados privilegiados cuando hayan sido otorgados en documento público o en documento privado con fecha cierta o comprobada.

De modo que dejó claro el legislador que ciertos créditos por su naturaleza conservan las mismas características que tenían antes, e incluso exige que se les considere especialmente en las propuestas de convenio.

Ya no son más “preferentes” sino “privilegios especiales” pero mantienen la distinción que en el régimen anterior tenían.

Estas reformas que entendemos correctas, no obstante han dejado un vacío importante que la doctrina y jurisprudencia concursal está intentando colmar: ciertos créditos con garantías especiales como la prenda con desplazamiento, los back to back, los fideicomisos de garantía, los warrants, etc., no ingresan en la categoría de privilegiados y se trata de garantías autoliquidables que han quedado fuera del concurso.