

7. Los acuerdos privados ante la crisis. Alcances. Límites.

Coordinador: Juan Carlos Rodríguez Maseda – Panelistas: Antonio Silva Oropeza – Ariel G. Dasso – Carolina Ferro – Romeo Pedrosa

INFORME DEL COORDINADOR Juan Carlos RODRÍGUEZ MASEDA

PRIMER EJE.- La autocomposición de las crisis económicas. CONVENIOS EXTRAJUDICIALES FRENTE A PROCESO.

1.1 Consideraciones generales.

El planteamiento en la búsqueda de soluciones autocompositivas parte de una antítesis esencial: la contraposición entre convenios judiciales y convenios extrajudiciales o acuerdos privados. Y dentro de estos últimos, entre acuerdos privados típicos y atípicos.

Los acuerdos privados encuentran su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, dentro de los límites establecidos por la Ley, y, siempre –dada su naturaleza negocial- con causa lícita.

Estos acuerdos privados deben responder, conceptualmente, a la definición del fenómeno de la preinsolvencia. A su contenido y alcance, material y temporal. Resulta necesario definir el presupuesto objetivo de una situación de insolvencia o de preinsolvencia, y sus límites temporales: en qué momento, o hasta qué momento, puede el deudor negociar con sus acreedores, sin acudir a la vía judicial en búsqueda del proceso colectivo concursal; al menos en aquellos Ordenamientos Jurídicos en que aparece regulada la obligación del deudor de instar la declaración judicial.

El planteamiento, la aceptación o la regulación legal de acuerdos privados, no determina la exclusión o la marginación de los procedimientos judiciales. Dada la complejidad del fenómeno de la insolvencia, parece lo indicado o deseable la existencia de varias herramientas a disposición del deudor para que pueda optar por la que mejor se adapte a su situación, nivel de pasivo y posibilidades reales.

1.2 Acuerdos privados típicos y atípicos.

Un primer planteamiento sistemático podría partir de la diferenciación entre acuerdos privados típicos y acuerdos privados atípicos, según dispongan o no de regulación legal.

Los atípicos, únicamente vincularán a los firmantes del mismo, lo que, en escenarios de crisis colectiva, evidencia su debilidad: (i) posibilidad de impugnación por el resto de acreedores (fraude negocial), (ii) continuación de las reclamaciones judiciales y ejecuciones por parte de los no firmantes, incluso por parte de los negociantes al no resultar posible articular ningún efecto de suspensión de ejecuciones (iii) responsabilidades civiles y penales, calificadoras de la actuación del

deudor y de los acreedores que pueden incurrir en la figura del administrador de hecho (iv) asimetrías entre los acreedores (v) no clasificación de los créditos, etc. Es decir, un conjunto de limitaciones inherentes a una vía sin régimen jurídico establecido.

Por ello, en los debates se ha puesto de manifiesto que el legislador, debe estructurar, legislar, acuerdos privados típicos, procurando mayor seguridad jurídica, y enmarcados en su propia naturaleza jurídica de procedimiento colectivo, con el fin de establecer una o varias herramientas que permitan un procedimiento eficaz y rápido para remover situaciones de preinsolvencia, o de insolvencia blanda.

1.3 La finalidad de los acuerdos privados es la remoción de la insolvencia.

Se ha valorado que la finalidad de los acuerdos privados típicos debe ser la superación de la situación de insolvencia, y, por ello, deben responder al presupuesto objetivo del propio concurso de acreedores, que en el caso de insolvencia actual, serían coincidentes; debiéndose desplazar la obligación legal de instar el concurso, a un momento temporalmente posterior, para permitir la negociación, sin efectos negativos para deudor y acreedores. Por ello, en estos supuestos, es necesario regular – tipificar- las condiciones en que un deudor puede optar entre acudir a un convenio privado o solicitar su propio concurso.

Esos acuerdos privados, típicos, deben establecer, a nivel legal, y en el marco de la colectivización –incluso, socialización- de la insolvencia, como cuestión esencial, el número, la cuantía, de consentimientos que serían necesarios para considerar aceptado un acuerdo extrajudicial de remoción de insolvencia, que pueda tener un efecto frente a los que no han apoyado o aceptado expresamente el acuerdo privado, ya, típico o tipificado, garantizando condiciones de arrastre proporcionadas.

Los acuerdos privados típicos resultan necesarios porque la insolvencia es un concepto jurídico. Y como tal, únicamente, podrá ser lícita y eficazmente removida si existen procedimientos prejudiciales, preconcursales, que regulen acuerdos típicos y sus efectos. La atipicidad, amparada en el ámbito de la autonomía de la voluntad, encuentra graves riesgos en las crisis colectivas. La relación entre una pluralidad de acreedores y un deudor, exige la aportación de un marco legal, desjudicializado, pero que permita alcanzar acuerdos eficaces.

1.4 La publicidad mínima necesaria. El tratamiento de la confidencialidad en los datos que se transmiten y que se pueden y deben entregar a los acreedores.

Los debates se han centrado en la necesaria e imprescindible confidencialidad de los datos objeto de análisis en el proceso de negociación, en el marco de la imprescindible consagración de negociación de buena fé.

Cuestión que se ha puesto en relación con la publicidad de los acuerdos alcanzados o en vía de negociación, para que el proceso negociador y su contenido llegue al mayor número posible de negociadores.

En este punto se ha considerado como una muestra mas sobre la insuficiencia de los acuerdos atípicos. Las propias asimetrías entre los diferentes acreedores, la dimensión del deudor, el acceso a la información sobre la situación de insolvencia, evidencian que estamos en presencia de un fenómeno que requiere regulación.

Se ha insistido en el manejo de la información entregada a los acreedores negociadores. El deudor deberá revelar a los acreedores la situación financiera en la que se encuentra, lo que genera, sin duda alguna, un riesgo claro de inicio de acciones ejecutivas individuales, o de posicionamientos que únicamente procuren o pretendan la mejora de garantías para determinados acreedores. Riesgos que se extienden, con especial intensidad, a los disidentes. Sobre este extremo se ha destacado la imperiosa necesidad de velar por la calidad de la información y la máxima transparencia, en el seno del procedimiento negociador.

1.5 El quorum de aprobación de los acuerdos privados: tratamiento de las diferentes categorías de acreedores.

Los acuerdos deberán resultar aprobados cuando concurren las mayorías legalmente establecidas. Con la finalidad de garantizar la extensión de los efectos a los acreedores disidentes, resulta imprescindible la concurrencia de quorum mínimo, en relación con cada una de las clases de acreedores.

Los acuerdos privados típicos, deberían contemplar un régimen de clasificación de los créditos, análogo al concursal, pero que conceda a los acreedores un estatus jurídico que regule sus obligaciones y sus derechos.

Durante los debates se ha considerado que la clave de los acuerdos extrajudiciales típicos debe residenciarse en la determinación confiable del pasivo para el Tribunal que, eventualmente, deba intervenir en el final de la negociación homologando el acuerdo alcanzado. Igualmente se ha planteado el debate sobre el contenido o alcance de la homologación judicial; es decir, si se trata de un mero control de legalidad externo, o es dado al órgano judicial entrar en el contenido intrínseco del acuerdo.

1.6 La suspensión de ejecuciones.

Se ha demostrado que los procedimientos mas eficaces, garantizan un cierto grado de suspensión de ejecuciones individuales que faciliten la adopción del acuerdo. Al menos, los que puedan afectar a los activos esenciales de la empresa.

CONCLUSIONES:

Apuesta decidida por los ACUERDOS PRIVADOS TÍPICOS, y su regulación a nivel legal, dada la complejidad del fenómeno de la insolvencia y su naturaleza colectiva.

SEGUNDO EJE.- El fracaso de la negociación y sus consecuencias.

2.1. Consideraciones generales.

El problema de la negociación atípica es el fracaso, en un marco de insolvencia actual, o incluso inminente, que conduce a una situación de claro retardo en la presentación del concurso, generando riesgos incontrollables. Excepto en aquellos países en los que la petición de concurso no está configurado como una obligación legal, en los que el límite temporal de una negociación atípica, es más difusa y permite flexibilidad temporal.

En cualquier caso, se ha considerado que la regulación legal debe contemplar el escenario del fracaso en el proceso de negociación y establecer cauces seguros de acceso a la inevitable vía judicial.

2.2. Riesgos para el deudor

La apertura de un proceso negociador, confesando la insolvencia o la preinsolvencia, genera riesgos: (i) ejecuciones individuales, (ii) que los acreedores disidentes insten la propia declaración concursal –exceptuando los supuestos en que la insolvencia no sea actual-; (iii) incumplimiento del deber legal de presentar el concurso; (iv) riesgos reputacionales; (v) descontrol de la información.

La no suspensión de ejecuciones, resulta un escenario que ratifica las deficiencias estructurales de los acuerdos atípicos, puesto que únicamente con acuerdos típicos será posible regular el alcance de las suspensiones de las ejecuciones judiciales y su procedimiento.

2.3. Riesgos para los acreedores.

Los acreedores que se aventuren a un proceso negociador atípico, pueden incurrir en graves riesgos: (i) acciones rescisorias, paulianas, (ii) no mejores condiciones en la calificación de su crédito, (iii) riesgo de administración de hecho; inexistencia de órganos gestores del activo y del pasivo; (iv) déficit de información.

TERCER EJE: LOS PROTAGONISTAS NECESARIOS

3.1. Mediadores, Síndicos, Administradores

Sin pretender complicar y encarecer los procedimientos, resulta esencial que en toda regulación de acuerdos privados típicos, concurra la incorporación de mediadores que realicen funciones básicas:

- Control de los saldos de acreedores y quorum de aprobación de los acuerdos.
- Dirección de las negociaciones. Principio de buena fé en la negociación.

Se ha planteado la posibilidad de articular soluciones intrajudiciales a través de mediadores o incluso arbitraje, aún después de iniciado el procedimiento concursal.

3.2. Los acreedores profesionales

Las entidades financieras, frente a la insolvencia de sus clientes. Estas entidades, merecen la calificación de acreedores profesionales, por su formación, especialización y acceso a la información de sus clientes. Es necesario potenciar que los acreedores profesionales asuman y

participen activamente en una cultura de la refinanciación extrajudicial, como garantía del mayor éxito para los acuerdos privados.

3.4. La Administración. El estado.

La necesaria –o no- intervención de las Administraciones Públicas. El crédito público.

En este sentido, se ha valorado la procedencia de caminar a una paulatina derogación de artificiales privilegios concedidos al crédito público, reivindicando su carácter ordinario y su activa participación en la conformación de mayorías que eviten la judicialización y encarecimiento de la insolencia. No es dado al Estado inhibirse de las crisis de sus ciudadanos.

3.5. La intervención del juez. La homologación judicial.

Alcance de su intervención en la valoración de los acuerdos. Se ha reproducido el debate sobre el contenido de la homologación: mero control formal frente a intervención, análisis, y sentencia sobre el contenido que pueda velar por la legalidad intrínseca del acuerdo y los derechos de las minorías.

CUARTO EJE: Regulación comparada.

Se ha analizado el Derecho Argentino, de EEUU, Alemán, Italiano, Holandés, Mexicano y español.

Consideraciones realizadas por el Dr. Antonio Silva Oropeza.

En este marco de derecho comparado, el Dr. Antonio Silva Oropeza, se plantea el problema de cuándo promover el concurso mercantil.

La empresa, que no ha dejado de ser el motor de la economía, ha ido adquiriendo cada vez más, una autonomía propia, incluso frente al capital y al empresario. El actual Derecho Económico la regula prácticamente como un sujeto de derechos y obligaciones, siendo sus gestores o titulares, sobre quienes se descarga el peso de la responsabilidad de ella. Esto debe modificarse, debe llegarse a un replanteamiento del Derecho Mercantil tradicional, transformándolo o bien crear un Derecho Empresarial, que reparta en forma equitativa, tanto el impacto de las soluciones jurídicas en la empresa, como las cuotas de responsabilidades de los administradores, quienes casi nunca tienen la responsabilidad, en caso de crisis, de su subsistencia o muerte.

Al margen de la actuación de los administradores, la empresa encuentra su subsistencia enmarcada y condicionada por la influencia de las grandes corrientes económicas, por las políticas de los Estados, así como por los movimientos estratégicos y operativos de las transnacionales y de los especuladores financieros.

Las crisis económicas actuales no pueden ni deben llevar implícita la responsabilidad del empresario, porque desgraciadamente no están bajo su control, las circunstancias externas que rodean a la empresa. En los avances actuales sin duda pueden tener más responsabilidad de la

subsistencia o muerte de una empresa, los propios gobernantes, los movimientos especulativos, derivado de lo cual la responsabilidad gubernativa, la de posiciones dominantes y especulativas, deberían ser objeto de una atención específica en el futuro. El juego económico es demasiado complejo para que pueda exigírsele al empresario que siempre gane, en su entorno; en un marco legal sumamente rígido en donde sólo él sea el responsable.

Las responsabilidades del empresario tienen límites, los marcados por la ley, siempre obsesionada en proteger a los acreedores, a no responsabilizar o no reconocer penalidad e imponer la correspondiente sanción a los verdaderos culpables; al señalar, en términos generales que un empresario tiene la obligación de actuar "diligentemente" como "un buen padre de familia", abriendo un infinito de posibilidades e interpretaciones que siempre quedan al criterio de los juzgadores, parte del Estado. El administrador ha de ser responsable pero sólo frente a sus accionistas, a sus acreedores sociales, del daño que cause con sus actos, sin que la ignorancia lo exima. Además, su responsabilidad sólo se debe graduar en el ámbito penal por la realización de una acción típica y antijurídica, y logro económico, en su beneficio, directo o indirecto, en cuanto cause la "crisis" en la empresa.

¿Cuándo puede considerarse responsable al empresario por falta de diligencia o prudencia en caso de crisis empresarial? Por falta de diligencia se entiende el no actuar con esmero, el abandono de celeridad, la falta de interés en la toma de decisiones que obliga a actuar a un empresario en forma prudente con decisiones meditadas, no precipitadas. Luego entonces, ¿cómo puede afirmarse que un administrador ha sido diligente y prudente, cuando no cumple con la obligación legal de llevar al Concurso Mercantil a la empresa?^{1 2} ¿Puede sostenerse que sin intención y con prudencia para no dañar a acreedores, no confesó su insolvencia? ¿Cómo puede liberarse un empresario de la responsabilidad de ser declarado culpable en procedimiento concursal, si solicita el Concurso Mercantil de su empresa en destiempo en que incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones de pago?³

Alcances de la solicitud del concurso mercantil

Solicitar la Declaración de Concurso Mercantil, requiere superar las condiciones psicológicas, las condicionantes sociales y familiares, afrontando ciertas tareas con el conocimiento lúcido de la situación, sin predisposición mental al trauma. El empresario en crisis -porque su empresa está en crisis-, ha de llegar al convencimiento de que su empresa es viable si consigue reestructurarle, si supera las condiciones adversas, si éstas son superables, puede usar el expediente del Concurso

1 Artículo 273.- Cuando el Comerciante sea una persona moral, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma que sean autores o partícipes del delito.

2 Artículo 277.- Los delitos en situación de concurso mercantil, cometidos por el Comerciante, por personas que hayan actuado en su nombre o por terceros, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso mercantil y sin perjuicio de la continuación de éste.

Las decisiones del juez que conoce del concurso mercantil no vinculan a la jurisdicción penal. No será necesaria calificación para perseguir estos delitos.

3 Artículo 275.- Los delitos en situación de concurso mercantil se perseguirán por querrela. Tendrán derecho a querrellarse el Comerciante y cada uno de sus acreedores, estos últimos aun en el caso de que algún otro acreedor hubiese desistido de su querrela o hubiere concedido el perdón.

Mercantil para conservarla, pero antes de poner en marcha la maquinaria judicial, ha de tener muy claro su objetivo, ya que el tratamiento, posterior al inicio del procedimiento, el uso del patrimonio, así como las operaciones, serán diferentes.

Realidad y momento para promover el Concurso Mercantil

La preparación del Concurso Mercantil, requiere de una estrategia para orientar la situación antes y después de declarado el Concurso Mercantil. Prescindir de una estrategia y acudir al expediente del Concurso Mercantil por la presión de los acreedores y sin controlar una situación ya desbordada, sería negligente e imprudente, ya que no se tomarían las precauciones adecuadas, previstas las reacciones inmediatas y mediatas para garantizar la continuidad empresarial, la operación de la empresa.

Un alto porcentaje del éxito del Concurso Mercantil se asegura con su preparación y con la previsión de contratiempos. Un muy bajo porcentaje cabría atribuir al riesgo del fracaso proveniente de incidencias posteriores al expediente, por incidencias no previstas, improvisadas por acreedores, presentadas como un expediente de presión para resolver el problema de acreedores. La decisión tomada en forma ligera, tiene un muy alto grado de riesgo, y, fundamentalmente, de generar problemas de responsabilidad para el empresario. Todo el esfuerzo que se dedique a la planificación, preparación y estrategia, multiplicará la eficacia del Concurso Mercantil, aunque después no lo parezca y se considere al proceso, en sí mismo, per se y con manifiesta singularidad, como el generador del resultado.

Etapas preparatorias

La etapa preparatoria requiere y deberá comprender lo siguiente:

- Estudio de la situación, su alcance y sus repercusiones.
- Resolución de las operaciones previas, para la integración de los documentos legales necesarios.
- Determinación de las actividades administrativas, financieras y comerciales previas a la presentación del procedimiento.
- Determinación de los recursos para afrontar la crisis y lograr continuidad de la operación. Preparación y aplicación de estos recursos.
- Decidir conducta a seguir frente a los acreedores, tomando en consideración la situación de cada uno de ellos.
- Consideración provisional de la reacción de los acreedores en razón de sus garantías, privilegios legales o de su condición legal y práctica.
- Comparación teórica de la negociación de un convenio contra el procedimiento de quiebra.
- Análisis de los créditos por aval, garantías colaterales, fianzas y otras obligaciones de terceros, respecto de garantías de la empresa.
- Posibilidad de medidas complementarias tendientes a apoyar o facilitar el convenio.

- Estudio de la reacción de los trabajadores, en torno a una posible reestructuración de la fuerza laboral frente a la posibilidad de la pérdida de la fuente de trabajo.
- Análisis de disminución de riesgos con terceros, en base a la información de la preparación del proceso.
- -Conveniencia de los tiempos o juego con los mismos en el procedimiento judicial, para ajustarlos -en lo posible- a las conveniencias de las operaciones de conservación de la empresa.

Las posibilidades de análisis sobre estos aspectos, son tan amplios como exija la diligencia y prudencia del empresario, quien debe meditar, jerarquizar y valorar la continuidad empresarial.

Viabilidad de la empresa

El Concurso Mercantil, la Conciliación y la propia Quiebra, vistas como una herramienta para reestructuración de la empresa no son simples, ni triviales, no constituyen una forma para evitar el pago de las deudas, para tomar ventaja de los acreedores; sino por el contrario, es un procedimiento legal que procura la conservación de la empresa. En ella influyen factores externos a todo procedimiento judicial, que concluye con una sentencia que presuponga un análisis sustantivo de los derechos del deudor para obtener un convenio y la obligación de los acreedores para aceptarlo o aprobado. Es sólo la regulación de un proceso para la admisión y aprobación de un convenio no por las mayorías de los acreedores, con abstención de quienes tienen derecho en base a créditos privilegiados, o para declarar la quiebra de la empresa en base a su falta de aceptación del convenio.

La existencia de un plan de viabilidad en el Concurso Mercantil, preventivo de la quiebra elaborado por profesionistas acreditados será la mayor garantía de seriedad en el proceso de Concurso Mercantil y representa el argumento más importante con el que se intenta restablecer la confianza perdida, así como la justificación de los términos económicos, que en su oportunidad, se pretende acepten los acreedores, en base a dicho convenio o a otros que se formulen durante el procedimiento.

No es preciso que un plan de viabilidad se adjunte a la demanda, ni se enmarque en "la memoria que contendrá las causas que hayan motivado la insolvencia". La ley no lo exige, pero en lo personal, lo considero fundamental por no decir insustituible. El documento tecnificará el planteamiento para la conciliación original de la suspensión, razonando la necesidad de la medida y guiará las actuaciones posteriores, los nuevos o diferentes convenios que respondan a la situación de la empresa.

La existencia del plan de viabilidad debe ser conocida por los acreedores e incluso en su oportunidad discutida con los mismos, en la medida que no se viole el procedimiento, que no se afecte la intimidad y la estrategia empresarial.

Este Plan de viabilidad deberá contener:

- Características diferenciales de la empresa. Producto y actividad.
- Análisis de los estados financieros de los últimos 5 años.
- Desarrollo de las masas patrimoniales.
- Examen de mercado y competencia comercial.
- Razonamiento de los factores del deterioro empresarial, causas de la "crisis".
- Descripción de la situación vigente.
- Valoración de la situación futura o condicionante para la conservación y resurgimiento de la empresa.
- Proyecto financiero, condonaciones de deudas, desinversiones en activos no productivos, así como mejoras en el costo financiero futuro.
- Estudio de mejoras de producción y mecanismos de venta.
- Estrategia de gestión en orden al control, calidad, organización y toma de decisiones.
- Análisis de recursos humanos.
- Valoraciones cualitativas y cuantitativas de las medidas comerciales, administrativas y financieras a implementar.
- Proyecciones cualitativas y cuantitativas para la absorción o pagos de deudas en términos del monto que, conforme al convenio propuesto, resultare como saldo de la deuda de la empresa.

CONCLUSIONES:

Apuesta decidida por los ACUERDOS PRIVADOS TÍPICOS, y su regulación a nivel legal, dada la complejidad del fenómeno de la insolvencia y su naturaleza colectiva. Procedencia de establecer legalmente la obligación subjetiva del empresario, de instar la situación concursal cuando concurra situación de insolvencia.