

FORO: PREINSOLVENCIA. VÍAS PREJUDICIALES PARA SU REMOCIÓN.

DIRECCIÓN DEL FORO: Dr. MARCELO BARREIRO y Dr. JUAN CARLOS RODRÍGUEZ MASEDA.

SECRETARÍA DEL FORO: JEAN PAUL BROUSSET.

DURACIÓN DE LOS DEBATES: 4 MESES.

PLANTEAMIENTO INICIAL

La preinsolvencia y sus cauces de remoción. O las situaciones de insolvencia, que encuentran o pueden encontrar solución en vías prejudiciales o parajudiciales.

Pretendimos debatir sobre: (i) los acuerdos típicos y atípicos; (ii) el grado de publicidad; (iii) el quorum de aprobación de los acuerdos extrajudiciales; (iv) la suspensión de las ejecuciones; (v) los riesgos generados para el deudor y acreedores en un escenario de negociación colectiva, no judicializada; (vi) la intervención de los actores necesarios: la figura del mediador concursal; (vii) la intervención del juez, a través de las técnicas de homologación de los acuerdos privados. Evidentemente, esta lista de temas, teniendo en cuenta la relevancia de nuestros participantes, no fue un "numerus clausus".

APORTACIONES DE LOS PARTICIPANTES EN EL FORO

El primer participante fue el Dr. **DON CAMILO MARTÍNEZ**, que indicó que: "... fue Uruguay el pionero en el uso de esas herramientas, con la promulgación en el año **1926 de la ley 8045 que creó el Concordato Privado**. Se trataba de un mecanismo muy útil, que si bien exigía un quorum de adhesión alto, durante décadas, en la práctica funcionó muy bien. Recién fue sustituido en la reforma concursal del 2008 (ley 18.387) por el Acuerdo Privado de Reorganización (APR) que asimismo recoge varias de las soluciones y requisitos del derogado Concordato Privado. No sólo se tramitaba totalmente por fuera del ámbito judicial (sólo se judicializaba si se planteaban oposiciones por parte de acreedores no adherentes) sino que obtenidas las dobles mayorías (de acreedores y de créditos adeudados) se protocolizaba notarialmente, se publicaba y se registraba, dándole efectos erga omnes, sin necesidad de ser homologado por un Tribunal.

No se verificaban los créditos, ;y sin embargo (oh!! manes de la honradez mercantil!!) a lo largo de sus años de aplicación, fueron muy escasos los ejemplos de ""créditos inventados"". Obviamente pesaba en ese grado de corrección procedimental la pequeñez de la plaza comercial uruguaya, con el conocimiento aldeano de los operadores entre sí. En contraposición, el deudor que se embarcaba en ese tipo de concordato (desideratum de la autonomía de la voluntad) no gozaba del ""paraguas"" de la moratoria provisional, por lo que hasta que se protocolizaba el acuerdo y se publicaba estaba a merced de la buena (y escasa) voluntad de sus acreedores”.

Posteriormente intervino el Dr. **DON DANIEL MARTÍNEZ VIGIL** que disertó en clave Derecho argentino: “*En primer lugar, corresponde precisar que a partir de la entrada en vigencia de la reforma, la cantidad de acuerdos preconcursales ha disminuido drásticamente. La razón es muy sencilla: la oportunidad de celebración del acuerdo ha quedado notablemente acotada por la Ley 18.387 hasta "antes de la declaración del concurso" (artículo 214); esto es, como máximo -aún habiendo una solicitud de declaración de concurso iniciada- hasta que se declara, limitante temporal que en el sistema previo a la reforma no existía. Según los registros que lleva la Liga de Defensa Comercial, los APRs judiciales (ya sera directamente sometidos a homologación judicial, o puramente privados que se judicializaron) tramitados no superan la decena, y los puramente privados de los cuales tenemos conocimiento (lógicamente es mucho más difícil saberlo con certeza, porque no pasan por el Juzgado) han sido dos, ambos fracasados. No temo equivocarme al decir que la mayoría de los operadores están de acuerdo en que sería mejor eliminar el límite temporal impuesto. Sin embargo, la lógica de la Ley es la siguiente: i) ANTES del concurso declarado, el APR; ii) DURANTE el concurso declarado y hasta la Junta, el CONVENIO; iii) DURANTE el concurso declarado y con posterioridad a la Junta, la LIQUIDACIÓN. En segundo lugar, en cuanto al papel del Juez, entiendo que aún sin oposiciones, si se trata de un convenio cuyo contenido fuera contrario a la Ley el Juez de todas maneras debería rechazarlo. Las remisiones de la 18.387 no son claras. El referido artículo 214 dispone que serán de aplicación al APR los artículos 140 y 145 de la misma Ley, en sede de Convenio. El primero prohíbe las propuestas condicionadas, mientras que el segundo agrega una nueva mayoría cuando se da una ventaja especial a una determinada clase de acreedores. Pero lo que olvidó referir es el artículo 139, que establece qué contenido puede tener un convenio. El artículo establece una serie de ejemplos, no taxativos, como quitas y esperas (siempre presente), pero además reorganización de la sociedad, asunción de pasivos, cesión de bienes, para terminar con la amplísima fórmula de permitir "cualquier contenido lícito". Entonces, si su contenido es ilícito, la propuesta NO debería ser admitida, aún cuando no existan acreedores que se opongan a la aprobación alegando tal extremo.”*

DANIEL TRUFFAT, interviene en el debate: *“Rebuscando viejos textos sobre el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (que fue el instituto que la ley argentina concibió, en los duros momentos de la crisis del 2002, para facilitar soluciones preventivas más baratas y menos traumáticas o formales que el concursamiento -y sin riesgo, eso se consideró en su momento al menos, que no se rescindieran contratos de servicios públicos que tenían al cesante o pre cesante como concesionario), encontré estas ideas sobre su contenido. Esto, obviamente, está referido a los APEs que se someten a homologación judicial -no los puramente privados- y en la medida que se participe de su naturaleza "concursal". Escribí, hace ya muchos años: "El APE judicializado persigue que, por vía de homologación, el acuerdo obtenido sea oponible no solo a los celebrantes sino también a los disidentes (arg art. 76 LCQ). En consecuencia, y si tiene los mismos efectos que el concordato judicial, el acuerdo ha de estar sujeto a las mismas reglas. Así pues debe respetar el tratamiento paritario (arg arts. 16 y 56 LCQ) y no puede comportar una propuesta abusiva o efectuada en fraude a la ley (art. 52, inc. 4 LCQ y jurisprudencia elaboradora en derredor de la figura –por todos: CSJN, in re “Arcangel Maggio”). Resulta pacífico que una propuesta concordataria solo puede incluir un pacto de non petendo y, en su caso, alguna de las previsiones del art. 43 LCQ (quita, espera, modificación de la especie, etc.) pero jamás puede crear una “carga” y mucho menos una carga dineraria a costa del accipiens. Una propuesta de tal suerte no encaja en las previsiones del art. 43 LCQ y comporta un acto inadmisibles por ofender al orden público ”*

MARCELO BARREIRO, codirector del Foro, aclara la situación en Argentina: *“Nuestro país posee dos órdenes de solución posible para las situaciones críticas en orden a evitar caer en insolvencia: a) de orden societario, a través de los mecanismos de consulta a los socios para recapitalizar, reducir capital o disolver y liquidar; b) las soluciones concursales preventivas prejudiciales: constituidas por una acuerdo preventivo extrajudicial puro, no homologable que solo obliga a quienes lo suscriben, por lo que constituye un típico contrato con efecto relativo (heredero de los Clubes de Banco de la ley 22.917), y un Acuerdo Preventivo Extrajudicial homologable que se inicia como negociación privada, pero que tendrá la posibilidad de someterse a la homologación judicial, la que si es obtenida lo asimila a un concurso preventivo con acuerdo homologado en cuanto a sus efectos. El disparador de este último es la propia cesación de pagos (presupuesto objetivo típico de nuestra ley), o las graves dificultades económico financieras de carácter general que la doctrina ha entendido resultan una morigeración de aquella. No existen otros mecanismos de preinsolvencia previstos legalmente, más allá de que muchas veces se realizan de modo privado acuerdos de renegociación individual con cada uno de los acreedores sobre las obligaciones pendientes, sin que esto tenga instancia judicial o prejudicial alguna. Ante una situación crítica, se inicia una renegociación privada con cada uno de los acreedores, y vale lo que de ella resulte.”*

JEAN PAUL BROUSSET, nos ha introducido en algunas consideraciones sobre el Derecho peruano: *“En Perú, la norma concursal vigente (Ley 27809) no contempla mecanismos pre concursales. Solo contiene dos mecanismos a saber: El concurso preventivo, que regula las crisis leves de las empresas (estado de cesación de pagos) y el procedimiento ordinario que regula las crisis graves. Pero hace algunos años, el Decreto de Urgencia 064-99 (que a la fecha ya no se encuentra vigente) estableció un procedimiento que se iniciaba en Notarías o fedatarios establecidos para tal fin. Fue llamado procedimiento transitorio, y su principal característica (que lo distinguía de la ley concursal vigente en esas épocas como era el Decreto Legislativo 845) era que podían acceder al mismo cualquier tipo de empresas, se encontrasen o no en una situación de crisis. Así, bastaba ingresar una solicitud a estos fedatarios para que las empresas logaran verse cubiertas con el paraguas de protección legal. Múltiples empresas ingresaron a estos procesos, pues veníamos siendo afectados por una crisis política y económica motivada por los complicados manejos del segundo gobierno de Fujimori. Comento este mecanismo, pues a “mi concepto es el que más se aproximó en nuestra realidad jurídica a lo que podríamos denominar un procedimiento pre concursal, pero es cierto que esta norma especial implicaba que el INDECOPI (que es el órgano que en nuestro país dirige los concursos) asumiera jurisdicción luego de tramitada la solicitud de inicio de concurso. Así, los procedimientos transitorios se convirtieron, en la realidad, en procedimientos concursales acelerados, por los que las empresas - sin mayores requisitos que acreditaran algún nivel de crisis- obtenían la protección patrimonial y por ende la paralización de sus procesos judiciales.”*

La Dra. DIANA RIVERA, interviene en el Foro para describir la situación en Colombia: *“En Colombia, lo único que podría catalogarse como pre-concursal, sería el mecanismo previsto para la validación de acuerdo extrajudicial (parecido al APE argentino), en el que si habiendo iniciado las negociaciones, estas se ven amenazadas, pueden pedirle al juez del concurso que ordene la apertura de la validación por “amenaza”, de tal forma, que una vez admitido, se despliegue la protección del concurso (ej: no admitir más procesos ejecutivos por la activación del fuero de atracción), otorgándole al deudor el término de 20 dh para que presente el acuerdo a validar. [Parágrafo. Cuando iniciadas las negociaciones de que trata este decreto no haya sido posible llegar a la celebración del Acuerdo por la amenaza de actos en contra del patrimonio del deudor que limiten de forma determinante la capacidad de negociación del deudor con sus acreedores, como son la práctica o ejecución de medidas cautelares o de garantías fiduciarias, se informará al juez del concurso, quien evaluará la solicitud y, de encontrarlo procedente, ordenará la apertura del proceso de validación, para que en un término de veinte (20) días, contados a partir de la apertura, el deudor o los acreedores acrediten la celebración del Acuerdo y se proceda al traslado del mismo en los términos establecidos en el presente artículo. De no presentarse el Acuerdo en este término, se procederá conforme se prevé en el inciso tercero del artículo 27 de este decreto.]. Sin*

embargo, creo que debería haber una pre-insolvencia o pre-concurso, que necesariamente no terminara en un acuerdo judicial, sino que permitiera incluso llegar a un acuerdo privado. Adicional, al fuero se levantarán las medidas, especialmente sobre la caja del deudor.”

Nuestro admirado maestro **EFRAÍN HUGO RICHARD**, nos aporta su experiencia investigadora: *“Venimos abordando desde hace mucho la crisis de las sociedades en el foro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (www.acaderc.org.ar) y en los Congresos del IIDC y en los que ha generado nuestra querida Stefania Pacchi. Justamente sobre ello venimos debatiendo en sentidos opuestos con nuestro presidente el querido amigo Daniel Truffat, debidamente publicados con afectuosas polémicas. Postulamos que la legislación societaria argentina -y muchas en el derecho comparado- contienen normas imperativas para que sean los administradores y socios los que afronten la crisis al más bajo costo, con el menor daño, conservando la empresa y los empleos, con drásticas responsabilidades frente a la INSOLVENCIA, sin perjuicio de procurar su remedio manteniendo la actividad. Es bien definido por el COORDINADOR DE ESTE FORO que estamos tratando la PREINSOLVENCIA, la mera avizoración de la crisis . Sin duda son los administradores los que primero advierten tal situación y en su diligencia está el tratar de abordarla y superarla, formalizando un PLAN DE NEGOCIOS del que resulta que la empresa (objeto social) que desarrolla la sociedad es económicamente viable -de no ser viable no hay solución y deja de ser empresa- Luego los socios deberán aprobar ese plan si implica una capitalización por ellos, terceros o de acreencias. Esta es nuestra primera aproximación a un tema que estamos desarrollando cinco países para el próximo Congreso: la llamada función de garantía del capital social. “ En un mensaje posterior, y en estricta relación con el contenido del Foro, aclara que: “Lo referido se trata de la acción interna en una sociedad, que no descarta la negociación privada y confidencial con acreedores o aportadores de capital o tecnología. La vía confidencial tiende a no sufrir las descalificaciones del mercado y la pérdida de crédito. Pero si el PLAN DE NEGOCIOS descarta la posibilidad de una solución confidencial y la actitud de acreedores es adversa, será el momento de intentar un acuerdo privado extrajudicial con alguna categoría de acreedores, con homologación judicial por el efecto expansivo de los contratos, o un concurso preventivo con mayor coste económico y temporal”*

El Profesor **JESÚS QUIJANO**, introdujo en el debate una cuestión que no obtuvo respuesta por ninguno de los participantes, a pesar de la oportunidad de la misma y de nacer el requerimiento en uno de los más relevantes estudiosos del Derecho de la insolvencia: *“ Planteo una cuestión concreta sobre los efectos que pueden tener los acuerdos obtenidos entre el deudor y sus acreedores en fase de preinsolvencia. En España, la modificación de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, donde se regula la homologación de acuerdos*

preconcursoales de refinanciación, se permite actualmente extender los efectos (quita, espera, conversión de deuda en capital, etc.) también a acreedores financieros que tengan protegido su crédito con garantía real sobre bienes del deudor, lo que antes no era posible. para ello deben concurrir requisitos crecientes de mayoría de pasivo financiero en apoyo del acuerdo, en función de la magnitud del efecto que se pretende extender ¿Cómo está este asunto en otros ordenamientos?”

El Foro resultó atractivo para permitir la intervención de otro de nuestros queridos y estimados maestros, **ISRAEL CREIMER**: *“En primer lugar debo señalar la imprecisión del concepto de preinsolvencia. El problema deviene porque, incluso, no es claro cuál es el concepto de insolvencia. Si tomamos la legislación uruguaya el presupuesto objetivo del concurso es la impotencia patrimonial para afrontar sus obligaciones. Aún cuando no haya ningún crédito vencido. El tema es muy difícil de precisar y por ello la legislación establece presunciones absolutas o relativas de insolvencia. Son presunciones absolutas la denuncia del propio deudor, la declaración de concurso del deudor en otro país y otras por el estilo. Las presunciones relativas, que admiten prueba en contrario, son la existencia de un pasivo mayor que el activo, que existan dos o más embargos por demandas ejecutivas por montos elevados y otras. No es intención profundizar en este aspecto. Ahora bien, mucho más difícil resultara la determinación de una preinsolvencia. No puede pensarse que la preinsolvencia es encontrarse “in bonis” en ese estado, pero tampoco en situación de insolvencia. Es muy vago. I) Los acuerdos típicos y atípicos. De nuevo se nos generan dudas. ¿Se referirán a los previstos en la ley como típicos? Por ejemplo, el APE en Argentina o el Convenio de Reorganización Empresarial de la ley uruguaya. Podría ser atípico cualquier convenio que no estuviera en la ley. ¿Sería un convenio unánime?. Aquí la tipicidad está dada por el carácter contractual consentido por las partes. Un convenio atípico sería la existencia de un Club de Bancos que, en algún momento, se hizo o se pueden hacer en circunstancias muy excepcionales. Me inclinaré por desarrollar en la ley uruguaya el Convenio de Reorganización Empresarial (Ley Concursal 18.387 arts 214 y ss.) que, aunque esté previsto en la ley, se puede homologar sin intervención judicial por un acuerdo con un quórum alto de los acreedores (conteo de capital). Este convenio se suscribe por deudor y acreedores en la cantidad referida y luego se debe notificar a los acreedores no adherentes notarialmente. Si nadie se opone, se publica y, pasado un plazo, tiene efectos homologatorios. En realidad, el procedimiento es más complejo pero, en este enfoque no creo que ello sea relevante. II) Como se acaba de ver el convenio se debe publicar. De cualquier manera la publicación en el Diario Oficial y en otro periódico da una publicidad eficaz legalmente, pero muy teórica en la práctica. III) El quórum de aprobación es del 75% de créditos a favor de la fórmula. El acuerdo puede ser puramente privado o susceptible de solicitar su homologación judicial. En la práctica se acude más a este procedimiento pues abarata los*

costos. **IV)** El acuerdo sólo suspende las ejecuciones una vez que se homologa (por el juez o por la publicación sin oposiciones). Quiere decir que mientras se está en trámite, en negociaciones para conseguir el convenio privado, el deudor queda a merced de cualquier acreedor que tenga un título ejecutivo. Es por esta razón que, en la práctica, desde la vigencia de la Ley Concursal del 2008 esta forma se ha usado poco. **V)** Por lo expuesto, los riesgos son altos de que algún acreedor embargue y perjudique la posibilidad de efectuar el acuerdo, salvo que se le dé un tratamiento especial, lo que está reñido con la “par conditio” y es un premio indebido para el acreedor díscolo. **VI)** No tenemos en el Uruguay mediadores concursales. **VII)** La intervención judicial es contingente, obligatoria sólo en el caso que se produzcan oposiciones.”

La **Dra. LIDIA VAISER**, nos aporta una serie de muy relevantes consideraciones que aclaran muchos aspectos del debate: “**I.- PREINSOLVENCIA Y SUS CAUCES DE REMOCION** Adhiero a lo expresado por el Prof. Creimer, en el sentido de que para definir la pre insolvencia, habría que acordar previamente sobre el concepto de insolvencia. El concepto de insolvencia desvela a la doctrina concursal desde tiempos inmemoriales, en Francia y en Italia principalmente, donde ha tenido históricamente sus desarrollos principales. Siguiendo un viejo trabajo de Williams bien vale la pena recordar que las dificultades patrimoniales (noción general que no ha perdido su interés) pueden consistir en una: **Iliquidez o desequilibrio financiero:** estado patrimonial que no cuenta con bienes fácilmente convertible en dinero para atender las obligaciones; **Desequilibrio económico:** Estado de la solvencia o rentabilidad de la empresa, considerándose especialmente el patrimonio neto. **Desequilibrio aritmético:** pasivo superior al activo que puede reflejar un desequilibrio económico. **Incumplimiento:** Es un hecho objetivo que puede revelar insuficiencia patrimonial. Williams bien señala que el incumplimiento es el índice de la cesación de pagos ofrecido –por ejemplo- al acreedor peticionante de la quiebra La ley argentina refiere al estado de cesación de pagos, es decir, a una situación que se percibe compleja. Como habitualmente sucede, se presentan como signos de ese estado patrimonial, uno o varios de los supuestos premencionados. El estado de cesación de pagos en el derecho argentino es presupuesto objetivo de los concursos. Así lo expresa el art. 1 de la ley 24522: “El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 66 y 69”. La excepción marcada en el último párrafo del dispositivo legal, denota que pueden existir concursos sin que se verifique el estado de cesación de pagos. Y los supuestos contemplados se son dos: 1.- El concurso en caso de agrupamiento, donde resulta necesario que al menos uno de los integrantes del agrupamiento se encuentre en cesación de pagos (art.69 LCQ). Ergo, pueden existir miembros del conjunto que no presenten ese estado patrimonial; 2.- Al acuerdo preventivo extrajudicial, que bien puede decirse es la única

situación que la ley contempla respecto de lo que podría denominarse preinsolvencia, estableciendo al par un remedio específico. II.- LOS ACUERDOS TÍPICOS Y ATÍPICOS: Ampliando lo señalado en el último párrafo y para ir al núcleo de la cuestión, en el derecho argentino se contempla la posibilidad de recurrir a un mecanismo de recomposición de los pasivos, a través del llamado acuerdo preventivo extrajudicial, (que no suele ser preventivo y tampoco es extrajudicial, tal como se verá) Ese mecanismo se concede al deudor en dificultades, se encuentre o no en estado de cesación de pagos (art.69 LCQ) La circunstancia de que el deudor pueda no encontrarse en cesación de pagos, lleva a establecer que en el derecho interno existe una herramienta especial, que podría considerarse dedicada a la preinsolvencia (tal como se ha caracterizado al punto en debate). De otro lado y dadas las notas legales que rodean al instituto, puede señalarse que el acuerdo preventivo extrajudicial es un acuerdo típico. (Aunque no por ello se ha logrado levantar todavía el debate doctrinario relativo a su naturaleza jurídica; contractual o concursal.). Seguidamente se consignan los textos legales relativos a la forma y contenido de estos acuerdos: ARTICULO 70: Forma. El acuerdo puede ser otorgado en instrumento privado, debiendo la firma de las partes y las representaciones invocadas estar certificadas por escribano público. ARTICULO 71: Libertad de contenido. Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses y es obligatorio para ellas aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario. El acuerdo al que han arribado el deudor y sus acreedores debe presentarse a homologar ante el juez competente, debiendo el deudor arrimar en ese acto los siguientes elementos 1. Un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha del instrumento, con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación; y certificación contable sobre su contenido. 2. Un listado de acreedores con mención de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados y responsables; la certificación del contador debe expresar que no existen otros acreedores registrados y detallar el respaldo contable y documental de su afirmación; 3. Un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación; 4. Enumerar precisamente los libros de comercio y de otra naturaleza que lleve el deudor, con expresión del último folio utilizado a la fecha del instrumento; 5. El monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo, y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores registrados del deudor. Publicidad: El acuerdo debe darse a publicidad mediante edictos en un diario judicial y otro de mayor circulación en el lugar del juicio. (art.74). Recién después de ordenada la publicación de los edictos, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, excepto aquellos juicios que no se suspendan conforme el art. 21 LCQ, establecido para el concurso preventivo. Por ej. : Los procesos laborales y los procesos de conocimiento. Mayorías: para que se homologue el acuerdo es necesario que hubieran prestado su conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios, que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario (art. 73). Oposición: Podrán oponerse al acuerdo los acreedores

denunciado y aquellos que demuestren sumariamente haber sido omitidos, dentro de los 10 días posteriores a la última publicación de edictos. Las oposiciones podrán fundarse únicamente, según destaca la ley en el art. 75, en omisiones o exageraciones del activo o del pasivo. Si no existen oposiciones u otras observaciones del juez, el magistrado puede homologar el acuerdo; lo cual se produce con efecto erga omnes y se hace aplicable también a los acreedores que no hubieran participado del proceso. Resumiendo: 1.- El acuerdo preventivo extrajudicial es el único instrumento contemplado por la ley concursal argentina para resolver situaciones de crisis empresarias en estado de preinsolvencia. Así se infiere, dado que la ley expresamente establece que el deudor puede no encontrarse en cesación de pagos; que es el presupuesto objetivo de los concursos. 2.- Se trata de un procedimiento mixto que comienza con un acuerdo privado y que pasa a la instancia judicial para su homologación. Sin embargo muchos de los recaudos establecidos no guardan mayores diferencias con los requisitos necesarios para acceder al concurso preventivo. Claro está que luego este último se desarrolla con el control de múltiples actores. 3.- El acuerdo requiere la aprobación de una doble mayoría de acreedores (mayoría simple de personas que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario) la cual no se diferencia tampoco de la exigida para aprobar el concurso preventivo (art.45 LCQ). 4.- El instituto sufrió algunos embates de la doctrina en virtud de ciertas opacidades del texto legal y la falta de controles eficientes. 4.- Por ello, en la práctica judicial se advierte que los jueces disponen mayores recaudos a los establecidos en la ley; y hasta a veces designan un síndico para auditar los pasivos.”

Y nuestro vicepresidente académico **GERARDO CARLO ALTIERI**, nos cuenta la situación en el Derecho norteamericano: “El sistema de insolvencias legislado en los Estados Unidos bajo el Código de Quiebra (en adelante el “Código”) concede ciertas prerrogativas exclusivas a los jueces de quiebra para resolver los asuntos de insolvencia judicial en los casos y controversias traídos ante su consideración. A su vez, el Código concede poderes especiales en equidad bajo su sección 105 a los jueces de quiebra federales, aunque se ha interpretado que tales poderes no deben ser usados para resolver un asunto judicial dentro de un caso de quiebra a menos que no exista una disposición específica en el Código que pueda utilizarse por el oficial judicial para resolver el problema o asunto presentado en el proceso pendiente. El poder judicial en un caso de quiebra de reorganización puede llegar hasta disponer o cambiar las relaciones contractuales pre-petición entre acreedor y deudor. El Tribunal Supremo y los tribunales apelativos han sido muy cuidadosos en no permitirles a los jueces de quiebra demasiada flexibilidad en el uso de la sección 105 y los poderes amplios que dicha disposición concede “en equidad”. Fuera del campo puramente judicial, los procedimientos que tratan de prevenir y resolver por métodos alternos (ADR) y extrajudicialmente la insolvencia empresarial en el sistema norteamericano de derecho concursal no son comunes excepto si aparecen como obligación contractual para dirimir controversias

relacionadas al caso de insolvencia judicial entre las partes y el deudor.

Tampoco existe requisito previo de entrada o portal al capítulo 11 judicial, que obligue a las partes a tratar de evitar la radicación de un caso de quiebra en los tribunales, ni se tiene la obligación de someterse al arbitraje, conciliación o mediación por estar en la “zona de insolvencia”. Aunque podría decirse que los tribunales de quiebra favorecen como cuestión de política pública y economía de recursos judiciales los mecanismos alternos. También es cierto decir, que muchas veces se inhiben los jueces de actuar cuando existe una obligación contractual o legal de parte de los deudores y otros actores en un caso de quiebra, y estos optan por referir los asuntos al determinar que se encuentran las partes obligadas a utilizar estas vías por acuerdo privado ejecutado anterior a la quiebra. A la vez, algunos tribunales de quiebra han implantado sus propias normas internas o “Local Rules” que obligan a las partes a someterse a la mediación mandatorio, especialmente en casos de quiebras de individuos naturales bajo las secciones del código que cubre a los consumidores y tratándose de ejecuciones de sus propiedades y residencias. Estas disposiciones se basan en el poder general para administrar los casos que tienen lo bankruptcy judges y el poder en equidad mencionado antes. Pero tales provisiones no se aplican normalmente a casos de quiebra de las empresas, a menos que aparezca tal obligación en un contrato previo o que las partes se sometan voluntariamente a estos procesos de resolución alternas o “Alternate Dispute Resolution (ADR).” Donde mas se nota actividad extrajudicial es tratando con la negociación y los acuerdos privados de ventas de activos del negocio antes de radicarse el caso. También ocurre como parte de acuerdos de prestamos post-petición llamados “DIP financing loans” bajo la sección 364 del código, que permite darle prioridad, o hasta superprioridad en algunas circunstancias, a las garantías sobre los prestamos nuevos (post petición) con la aprobación previa del tribunal y luego de darle la oportunidad de objetar y de una vista judicial a todos los afectados por la nuevas extensiones de crédito y garantías especiales. A veces estos prestamos “DIP” también se mezclan con las ventas acordadas pre judicial y los Pre-packs, cuando los que prestan también tienen interés en comprar el negocio una vez radicado el caso de cap. 11 y tratan de amarrar los dos asuntos de antemano con cláusulas que les favorecen por encima de los demás posibles interesados. Práctica muy controversial que algunos jueces no han querido aprobar. También hay mucha actividad no judicial y pre concursal en las zonas de insolvencia empresarial cuando se hacen acuerdos de refinanciación pre petición con unos acreedores particulares, esto es sin luego someter dicho acuerdo a la corte en un proceso de cap. 11 tradicional. Igualmente, en los “pre-packaged bankruptcies” o “Pre-packs” donde ocurre negociación anterior a la radicación del caso, se puede llegar hasta la realización de un acuerdo con algunos acreedores importantes, incluso la misma circulación de un Disclosure Statement / Reorganization Plan y la sollicitación de suficientes votos en la etapa pre petición, necesarios para confirmar el plan. **Los “Pre-packaged bankruptcies”:** Una posible excepción

al tratamiento judicial casi exclusivo de la rehabilitación empresarial en el sistema de los Estados Unidos podríamos decir que es el mecanismo del llamado “Pre-Packaged plan” o los “Pre-packs” . Éste fenómeno no es otra cosa que un acuerdo privado entre el acreedor más importante o un grupo de ellos y el deudor, para luego presentar al tribunal un acuerdo logrado entre dichas partes específicas y solicitar así darle validez y finalidad judicial al convenio o “meeting of the minds” logrado pre-petición. El acuerdo pre-petición se puede imponer por el tribunal al confirmarse el Plan de reorganización bajo el capítulo 11 aún en contra de la voluntad de otros acreedores afectados y disidentes. Así vemos, que el proceso del capítulo 11 permite validar judicialmente un acuerdo privado para votar a favor del plan de rehabilitación (o hasta la venta de todos o parte de los activos) e imponer la solución a la insolvencia ofrecida por el deudor y el grupo de acreedores consensuales, sobre la objeción de los acreedores disidentes. En estos casos, la negociación y la solicitud de los votos aprobando el plan se hace previo a presentar la petición de capítulo 11 al tribunal, pero siempre tal acuerdo requiere la aprobación final judicial. Se debe en todo caso conceder la oportunidad para cualquier acreedor, y para toda “parte con interés” en el asunto, a oponerse y tener derecho a una vista judicial antes del tribunal darle su aprobación a dicho acuerdo. Esto es así, aun cuando el mismo fue negociado y acordado con uno o mas de los acreedores, previo a la radicación de la quiebra judicial y el deudor ha conseguido amarrar los suficientes votos en una clase para garantizar la confirmación del plan o un “cram-down” bajo la sección 1129 (b) del código. Entre las ventajas de un “Pre-pack” se incluye, que los acreedores puedan eliminar costos y acelerar el tiempo que normalmente se tomaría en conseguir la aprobación judicial de un plan de rehabilitación bajo el capítulo 11 tradicional. Algunos entienden que un acuerdo previo privado, luego sometido y avalado por lo judicial, tiene mas beneficios, garantías y flexibilidad que un acuerdo privado negociado y aprobado contractualmente en la esfera extrajudicial. Normalmente este último puede ser atacado en los tribunales locales y las partes no gozan necesariamente de la protección de una corte federal de distrito o la especializada de quiebra ni de las protecciones y ventajas que se dan bajo el código en un Pre-pack, similares a las encontradas en un capítulo 11 tradicional. Normalmente el Código de Quiebra de EEUU dispone que debe presentarse un “Disclosure Statement” y Plan de Reorganización empresarial formal dentro de breve tiempo luego de radicada la petición de quiebra, y se limita el término de exclusividad al deudor para radicar su propio plan a 120 días luego de presentada la petición. En un capítulo 11, antes de este período de exclusividad y de la aprobación de un “disclosure statement” por el tribunal, el deudor normalmente no puede salir a buscar apoyo, solicitar el voto, o hacer contacto alguno con acreedores. El “Pre-pack” constituye una excepción a esta regla estricta de no-solicitud, ya que el propio código permite al deudor la solicitud previa para asegurar los votos que serían necesarios para conseguir la aprobación de un Plan de Reorganización empresarial antes de radicarse la petición de capítulo 11. También, el Código exige un número mínimo de acreedores, y la clasificación de acreedores en clases separadas incluso los

prioritarios, asegurados y los no asegurados, como condición indispensable para conseguir la homologación o la llamada “confirmación” de un Plan de Reorganización por la corte. Por tal razón, el proceso del “Pre-pack” puede resultar muy ventajoso, al permitirle al deudor el negociar un plan con algunos acreedores antes de presentarlo a los demás acreedores y al tribunal por medio del proceso de un capítulo 11. En fin, en algunos casos el Pre-pack sirve para economizar tiempo y el reducir los costos habituales de un capítulo 11. A la vez, nada impide que se trate de negociar la salida de la insolvencia y la restructuración de deuda con algunos acreedores sin llegar a un Pre-Pack o sin tener que radicar una petición de quiebra en los tribunales. Normalmente esto se hace por medio de una reestructuración del préstamo con moratoria de interés y/o principal, un refinanciamiento nuevo, un intercambio de deudas (“swap”), o una dación en pago. No obstante, en todas estas alternativas, sin el poder inminente de la corte de quiebra y la ayuda del Código, se hace sumamente difícil llegar a estos acuerdos y conseguir la restructuración de capital y del negocio de forma totalmente extrajudicial, en el sistema actual de insolvencia de los Estados Unidos. Esto es, a no ser por el mecanismo mixto (privado y judicial) del Pre-Pack que ya explicamos, o utilizando los arreglos de ventas de parte o todos los activos del negocio luego de radicado el capítulo 11 y antes de la etapa de la homologación, o por una venta como parte integral del proceso de confirmación del plan bajo la sección 363 del Código. El código además permite al deudor ofrecer en venta sus activos “en el curso ordinario de los negocios” y sin autorización judicial. Pero para disponer de todos los activos o de la mayoría de ellos fuera del curso ordinario de negocios y luego de radicado la petición de quiebra, hace falta la autorización del tribunal y tiene que concederse la oportunidad a todos los acreedores a oponerse y ser oídos en una vista judicial para estos propósitos. Muchos de los casos de capítulo 11 de reorganización y rehabilitación de negocios que se completan exitosamente hoy día, se llevan a cabo y son posibles debido a la negociación previa privada extrajudicial; por los acuerdos de venta o “Pre-packs” acordado entre los acreedores asegurados y deudores principales sometidos luego al tribunal; por una venta pre acordada; o una combinación de las anteriores opciones con la aprobación judicial posterior en un proceso de Chapter 11. Los acuerdos de los Pre-packs y las ventas con el aval judicial bajo la sección 363 del código (antes o como parte de la confirmación del Plan) se han convertido en los mecanismos más comunes para llevar a cabo la reorganización de las empresas insolventes bajo el Código. Muchos especulan que debido a la crisis económica de 2007-2008 y la resultante reglamentación estricta de la banca y de entidades de financiación, el crédito disponible para una empresa deudora en posesión (Los “DIP Loans”) en un capítulo 11 es casi inexistente; situación que obliga a utilizar y depender de las ventas pre-acordadas y de los Pre-packs antes discutidos en sus distintas versiones, para la restructuración de las empresas en estado de insolvencia. Por supuesto, los acuerdos de restructuración del capital empresarial puramente privados y contractuales y sin aval concursal - legal o judicial, con todos sus defectos, siguen siendo quizás el mecanismos mas útil para lograr la resolución

de la insolvencia; por lo menos cuando el asunto no requiere otra cosa que reestructurar la deuda y cuando no hacen falta los mecanismos de protección al deudor y los acreedores asegurados, suplidores o principales que ofrece un capítulo 11 tradicional (automatic stay, DIP-prestamos, ventas judiciales protegidas, cancelación de contratos onerosos, injunccion y descargo entre otros). **Los acuerdos y negociaciones de ventas extrajudiciales bajo el código de quiebra estadounidense:** La sección 363 de código es una de las herramientas mas poderosas que existen para reorganizar una empresa en estado de insolvencia. La misma permite la venta de todo o parte de los activos incluso ventas de las acciones de subsidiarias o de la sociedad o sus acciones en la corte de quiebra siempre que se cumplan los requisitos de notificación a las partes y oportunidad a una vista judicial contenciosa ante el U.S. Bankruptcy Court con jurisdicción sobre el caso de quiebra radicado. Es muy común que dichas ventas se acuerden con los posibles compradores antes de radicarse el caso extrajudicial y privadamente con los suplidores, acreedores asegurados, socios o accionistas igual que instituciones dispuestas a entrar en prestamos con prioridad al deudor luego e radicado el caso o “DIP loans”. Son estas partes los mejores candidatos que tiene el deudor para conseguir la venta de activos, de acciones o la venta del negocio en su totalidad y así poder confirmar un plan que muchas veces envuelve: negociar una venta pre petición, conseguir la aprobación del tribunal y finalmente; presentar la venta dentro del plan de reorganización / liquidación mixto. O sea, un plan hibrido. Las ventas casi siempre se hacen por subasta publica aprobada por el tribunal de quiebra y suelen también tener un comprador potencial y pre acordado con un acuerdo inicial y opción de compra especifico negociado y firmado extrajudicialmente antes de radicarse el caso. Tal acuerdo comúnmente llamado el “ stalking horse contract” se presenta al tribunal para su aprobación el primer día al radicarse la petición y de ser aprobado, se incluye en las ordenes para la subasta. El mismo sienta las bases mínimas para los demás potenciales compradores interesados en la competencia de la subasta. **Conclusiones:** El Código de Quiebra de los EEUU, excepto en casos de individuos naturales o por ser una obligación contractual de deudor y acreedor, no establece procesos especiales o alternos fuera del régimen judicial para resolver asuntos de insolvencia empresarial. El Chapter 11 solamente reconoce el régimen del Pre packaged bankruptcy. Pero el concepto del caso pre acordado extrajudicialmente, el Pre-pack y los acuerdos para las ventas pre-acordadas se usan muy efectivamente, aunque estas dos modalidades requieren la radicación de un caso (bajo Chapters 7, 11 o 13) y la aprobación de tal acuerdo por los tribunales de quiebra. Los prestamos o DIP loans también están en muchos casos relacionados con las ventas pre acordadas y los acuerdos privados extrajudiciales pre petición de reorganización.”

CONCLUSIONES DEL FORO

Los directores echamos en falta mayor participación, especialmente de nuestros compañeros europeos, en cuyo ámbito normativo la problemática de la preinsolvencia está siendo objeto de intenso estudio y una desaconsejable motorización legislativa, evidencia del escaso nivel técnico del legislador.

Probablemente excediéndonos en las funciones encomendadas, no nos resistimos a introducir una mención muy relevante, con plena referencia a la **Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo del 2014**¹. Esta Recomendación² nace ante la evidencia de que las muy diferentes vías de solución al problema de la Insolvencia, entre los diferentes Estados miembros de la Unión, obstaculizan el funcionamiento de un mercado interno eficiente. Y plantea un verdadero cambio de paradigma en el Derecho de quiebras, puesto que desde su primer considerando razona que, el objetivo de la reestructuración para prevenir la insolvencia, tiene por finalidad el mantenimiento o maximización del valor. Valor como concepto económico, pero con trascendencia jurídica, puesto que se propone en beneficio –por este orden- de acreedores, empleados, propietarios, y, para el conjunto de la economía. Incorporando la necesidad de ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios *honrados* en todos los Estados miembros. Dentro de este nuevo paradigma destaca la clara opción por las soluciones prejudiciales, puesto que la Recomendación dice (Considerando 17) que *para promover la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales preventivos de reestructuración deberían incluir procedimientos flexibles que limiten los trámites judiciales a lo estrictamente necesario y proporcionado para salvaguardar los intereses de los acreedores y otras partes interesadas que puedan verse afectadas.*

Es decir, concurre una clara opción por la desjudialización, propiciando la reestructuración prejudicial o parajudicial, con intervención de profesionales bajo la categoría de mediadores o supervisores. En su consecuencia, aparece como elemento nuclear de la solución de la insolvencia, el denominado Plan de Reestructuración junto con el acuerdo con los acreedores, asegurando el reconocimiento de las diferentes categorías de los mismos, señalándose, como mínimo dos: con garantías y sin garantías. Sin querer extendernos en excesivas profundidades, impropias de un Foro, resulta muy relevante concretar el alcance de la intervención judicial, a través de lo que técnicamente puede denominarse como una homologación judicial del acuerdo de reestructuración. La Recomendación invita a caminar por un ámbito de confirmación del acuerdo de reestructuración, al menos en los supuestos de arrastre de disidentes,

¹ La versión oficial en castellano, la pueden ver en www.boe.es/doue/2014/074/L00065-00070.pdf

² ADRIAN THERY MARTÍN. Reestructuraciones e Insolvencias: La encrucijada de la armonización europea. RCP 24/2016. Pág 387 y siguientes. Dice este autor: “La Recomendación de 2014 ya preveía iniciar en Setiembre de 2015 una evaluación acerca del grado de cumplimiento del contenido de aquella por los Estados miembros, así como acerca de la “necesidad de proponer y reforzar el enfoque adoptado en la presente Recomendación”. Desde entonces, la Comisión parece consciente de la necesidad prioritaria de armonización en materia de reestructuraciones e insolvencias, especialmente a raíz del Libro Verde “Construir una Unión de los Mercados de Capitales” (UMC) de 2015 y del resultado de la consiguiente consulta pública.”

comprobando el órgano judicial, que (i) el plan de reestructuración se ha adoptado en condiciones que garantizan la protección de los intereses legítimos de los acreedores; que (ii) se ha notificado a todos los acreedores que puedan ser afectados por él; que (iii) no limita los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonablemente esperar en ausencia de reestructuración; y que (iv) ninguna nueva financiación prevista en el plan de reestructuración es necesaria para cumplir el plan ni perjudica injustamente los intereses de los acreedores discrepantes³.

No podemos dejar de mencionar un elemento esencial de esta Recomendación: la segunda oportunidad para los empresarios, por la que se apuesta con una intensidad llamativa, puesto que propugna *la condonación total de las deudas, incursas en insolvencia en el plazo máximo de 3 años*. Resulta plausible la aparente inclusión del crédito público, que algunos Estados –con manifiesto abuso de su capacidad legislativa- excluyen del ámbito de afección de los acuerdos de reestructuración.

En definitiva, la Comisión Europea exhorta, claramente a un marco de armonización a través de los acuerdos, típicos –por necesitar regulación legal- entre el deudor y sus acreedores. El esquema parece análogo a los descritos “pre-packaged” analizados en el Foro. En todo caso, esta armonización no será fácil, puesto que conviven distintas y distantes regulaciones normativas en los diferentes Estados europeos: desde el modelo alemán que apuesta por la judicialización, confiando la solución de la preinsolvencia en el concepto de *insolvencia inminente*; pasando por el modelo del Reino Unido que, como nos apunta nuestro maestro EFRAÍN HUGO RICHARD, pone énfasis en sede societaria (*schemes or arrangement*); hasta alcanzar a las distintas reformas acometidas por diferentes países (España, Italia, Portugal) que han optado por abordar dese una sede de Derecho de Insolvencias y no societaria, la reestructuración de empresas en crisis, combinando la regulación de vías preconcursales típicas, con intensa dimensión reestructuradora en los procedimientos concursales⁴.

Con estas consideraciones damos por cerrado el Foro sobre Preinsolvencia.

LOS DIRECTORES

³ Algunos autores criticaron con intensidad lo que han denominado un acercamiento minimalista al papel del Tribunal en el proceso de reestructuración, considerando que así, no funciona, puesto que la reducción de los derechos de los acreedores solo puede ser justificada si los estándares legales para dichas reducciones están claramente definidos y si una plena supervisión y control judicial están asegurados. H.EIDENMÜLLER y K. Van ZIETEN, “Reestructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency”. September 2015.. ECGI Working Paper Series in Law, 301/2015.

⁴ JUANA PULGAR EZQUERRA. Preconcursalidad y reestructuración empresarial. LA LEY. 2016. Pág. 121 y siguientes.