

LA REESTRUCTURACIÓN DE LAS EMPRESAS

INTRODUCCIÓN

Cuando dos sujetos pactan una obligación de contenido patrimonial, el ordenamiento jurídico prevé la satisfacción de la prestación debida, caso contrario, el daño emergente por el incumplimiento es reparado con la ejecución forzosa de la deuda. En términos amplios, el patrimonio del deudor se constituye en la prenda o garantía común de los acreedores.

La tutela o protección jurídica de los derechos subjetivos de los acreedores se presenta de dos maneras: la ordinaria o ejecución individual y la especial o ejecución colectiva. En la primera, el acreedor, individualmente considerado, procura el pago de su crédito con la ejecución judicial de algún bien o algunos bienes de propiedad del deudor. En la segunda, los acreedores en conjunto y dentro de un procedimiento universal, persiguen el pago de sus créditos en el grado y privilegio a que tienen derecho.

La ejecución especial o colectiva, enmarcada en el ámbito del derecho concursal, ha tenido una serie de transformaciones a lo largo de la historia. La quiebra, cuyo concepto hoy se fija con el de "crisis", comenzó a desentranarse ya en el derecho romano, para enriquecerse posteriormente con la influencia del derecho estatutario. El Código de Comercio de Francia de 1807, de relevancia mundial en su época, se instituyó en el modelo de normativa sobre quiebra que fue adoptado por el resto de los países.

La severidad de dicha normativa provocó dos efectos en su aplicación. Primero, que el deudor prefiriese luchar hasta las últimas consecuencias para después fugar y, segundo, una organización defectuosa y costosa del procedimiento en tiempo y recursos, que hacía que los acreedores intentaran arreglos amigables fuera de las previsiones de la Ley. Más tarde, comenzó a vislumbrarse que la insolvencia podía derivarse también de la cuota de riesgo propia que conlleva la actividad comercial. De allí se llegó a una creciente atenuación del rigor contra la persona del quebrado.

Hoy por hoy, los procedimientos de reestructuración e insolvencia son un medio para afrontar las contingencias de la competencia

en los mercados, especialmente de capitales. Cuando las empresas son incapaces de competir rentablemente, deben poder recurrir a medios voluntarios de disolución o salida del mercado. Estos procedimientos de salida voluntaria existen bajo la rúbrica del derecho societario. Sin embargo, la salida voluntaria se encuentra generalmente disponible sólo para las empresas solventes, que son capaces de pagar sus deudas. Pero también se necesitan los procedimientos y formales e informales de insolvencia, para resolver aquellos casos donde la empresa es incapaz de cumplir con sus obligaciones a medida que se vuelven exigibles, o donde el valor de sus activos es inadecuado como para saldar todas sus obligaciones. Para tales casos, el proceso debe ser eficiente y debe permitir la pronta disolución para preservar el valor, y además debe ser lo suficientemente flexible para proporcionar variedad de opciones.

Las alternativas a la liquidación directa pueden variar en términos de formalidad y en el grado de participación de los entes oficiales, pero comparten el objetivo común de otorgar al deudor una oportunidad de obtener medios para salir de la situación de insolvencia y de disfrutar de la perspectiva de una existencia más equilibrada para el futuro. Para las víctimas honestas de la competencia, los procedimientos de insolvencia prevén entonces un medio para su reestructuración, o un mecanismo de salida de transmisión de activos y negocios a un participante más eficiente del mercado.

LA REESTRUCTURACIÓN EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

La legislación de los diferentes países ha respondido de manera homogénea al desafío de la reestructuración de empresas, manteniendo una línea común en los aspectos fundamentales del procedimiento concursal que nos ocupa.

Esta conclusión general es sustentada por la revisión de derecho comparado, cuyo resultado se ha plasmado en la matriz que se expone más adelante. En ella, los países han sido seleccionados, por su similitud con la sistemática normativa boliviana (latinoamericanos) y por llevar la vanguardia internacional en el tema.

Nº	PAIS	OBJETIVO LEGAL MACRO	AUTORID. PRINCIPAL DEL PROC.	AMBITO DE APLICACIÓN	SUSPENSIÓN DE PROC. JUDIC. (STANDSTILL)	MECANISMOS REESTRUCTURACIÓN	VOTACIÓN Y MAYORÍAS NECESARIAS	PLAZO MÁX. REESTR.	RELACION CON LA LIQUIDACIÓN FORZOSA	OBSERVACIÓN
1	México	Conservar las empresas y evitar poner en riesgo su viabilidad. (Art.1).	Juez.	Todos los comerciantes (Arts. 4 y 9)	Por 185 días. (Arts.65 y 145).	Quitas; Esperas; Condonación; Capitalización, (Arts. 145 y sig.)	50% de los acreedores comunes y 50% de los acreedores con garantía real o privilegio. (157).	No existe.	Si fracasa la reestructuración genera la liquidación forzosa (quiebra).	Es parte del Código de Comercio Mexicano.
2	Colombia (Ley 550 de 1999)	Establecer un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial.	Superintendencia de Sociedades (Art.37).	Todas las empresas excepto financieras (Art. 1).	Por 120 días (Art. 14).	Quitas; plazos de gracia; Condonación; Capitalización de pasivos. (34/sig.).	Acreedores que representen la mayoría absoluta y sean de al menos 3 clases. (Art.29).	No existe.	Si fracasa la negociación se inicia un proceso de liquidación obligatoria o intervención.(27).	La "Súper" tiene facultades judiciales.
3	Bolivia	No está legislada la reestructuración. Se tiene el Concurso Preventivo para que todo comerciante viabilice convenio con sus creadores. (Art.1487).	Juez (Art.1492).	Todos los comerciantes excepto financieras (Art. 1).	Mientras dure el procedimiento de concurso preventivo (Art.1514).	Simple espera; capitalización; reorganización societaria; remisión; otras formas que aseguren el pago (Art.1503).	3/4 partes de los acreedores que representen al menos 2/3 partes del capital. Varía en algunos casos, requiriéndose unanimidad (Arts.1503, 1504, 1526).	No existe.	La imposibilidad de suscribir un convenio preventivo desencadena la quiebra. (Art.1504).	Es parte del Código de Comercio Boliviano.
4	EE.UU.	Procura la rehabilitación exitosa de las empresas con dificultades para atender sus obligaciones. Legislative Statements.	Judicial.	Sociedades comerciales. (Chpt.11).	Mientras dure el procedimiento de reestructuración se impide cualquier proceso judicial o administrativo contra el deudor. (Sec.362).	Condonaciones; emisión de títulos; reprogramaciones; Modificación de derechos propietarios. (Sec.1123).	De acuerdo a prelación legal,(Sec.507) se establece un trato diferente para los distintos tipos de acreencias y su relación con la aceptación del Plan de reest.(S.1129).	No existe (Sec. 1123).	Es posible convertir la reestructuración en un proceso de liquidación (Chpt.7), con excepciones (debtor in possession, involuntary case, etc). (Sec.1112).	Chapter 11.
5	Corea	Coordinar intereses de acreedores, accionistas y otros interesados en pos de salvar las empresas viables. (Art. 1).	División colegiada de las Cortes de Distrito (Judicial). (Art. 6).	Se aplica a las sociedades por acciones (Joint Stock Company), (Art.1).	Mientras dure la reestructuración se suspenden todos los procesos judiciales seguidos contra la Sociedad.(Art67).	Emisión de nuevas acciones; condonaciones; fusiones; reprogramaciones. (Arts. 221 y Sigs).	2/3 ó más de votos de los acreedores reconocidos; 3/4 de los tenedores de títulos y mayoría simple de los votos de los acreedores internos. (Art. 205).	Diez años. (Reducida de 14 por Corporate Reorganization Act).	Ante el fracaso de la reestructuración procede la quiebra de oficio. (Art. 23).	COMPANY REORGANIZATION ACT (Act. 997, amended 1998).

En la matriz se puede apreciar lo siguiente:

- a) **El Objeto** de la legislación para procesos de reestructuración formal es —en todos los casos— la preservación de la empresa viable. En Bolivia, el Concurso Preventivo, el cual no es propiamente un proceso de reestructuración, busca facilitar el acuerdo entre acreedores y deudor para superar las situaciones de cesación de pago. Consecuentemente, no busca preservar la empresa como objetivo fundamental, sino, principalmente, satisfacer en el pago a los acreedores.
- b) En la mayor parte de los países consultados, **la autoridad del proceso concursal es judicial**, es decir que los procesos judiciales son llevados dentro de la esfera del poder judicial. Una excepción muy particular es Colombia, cuyo procedimiento de reestructuración es llevado en su integridad por un órgano administrativo (Superintendencia de Sociedades) con facultades constitucionales de orden jurisdiccional. Es importante señalar que si bien la mayor parte de las legislaciones propugnan en la actualidad un concurso judicialista, doctrinalmente se prevé que el avance legislativo en este campo tenderá a la “desjudicialización”, principalmente, en busca de implementar procesos de reestructuración altamente especializados.
- c) **En cuanto al ámbito de aplicación**, existe notable homogeneidad en cuanto a que la reestructuración es una alternativa preferentemente aplicada para las empresas comerciales no financieras. Igualmente notable es la homogeneidad que se da respecto a la **suspensión de procesos judiciales iniciados contra la empresa en proceso de reestructuración (Standstill)**, la cual es parte esencial de cualquier proceso de reestructuración mientras dura el periodo de su negociación.
- d) **Los mecanismos de reestructuración** principalmente usados son también comunes a todas las legislaciones y se concentran, de manera enunciativa y no limitativa, en las quitas y esperas de deudas, capitalizaciones (excepto de deudas fiscales y pensionales), remisiones o condonaciones y la reconfiguración societaria.
- e) Un aspecto que no es homogéneo en las legislaciones es el relativo a la **votación necesaria** para la adopción de acuerdos entre deudores y acreedores en busca de la reestructuración. Naturalmente, este aspecto es inherente a la decisión de política que se asuma para defender los derechos de los grupos minoritarios y simultáneamente evitar que tales minorías puedan impedir arbitrariamente la suscripción de un concordato o acuerdo de reestructuración.
- f) Por último, cabe mencionar que en todas las legislaciones, el fracaso de un procedimiento de reestructuración genera indefectiblemente **el inicio de una liquidación forzosa o quiebra** del comerciante.

De lo expuesto, además de ser clara la homogeneidad de las diferentes legislaciones sobre el tema, también son notorias las falencias que adolece la legislación boliviana. En nuestra legislación no hay mecanismos que impidan que la cesación de pagos coyuntural elimine de la economía a empresas viables. Su filosofía se basa prioritariamente en la satisfacción del acreedor, antes que en la preservación de la unidad productiva. Se agrava la situación boliviana al considerar que —como se anotó— el Concurso Preventivo no es propiamente un proceso concursal de reestructuración, conforme con los parámetros modernos de la

legislación actual. Además la participación directa del Poder Judicial no es concordante con las últimas doctrinas, que procuran el establecimiento de procesos concursales altamente especializados, con la participación de una autoridad pública exclusivamente dedicada al efecto.

PRINCIPIOS BÁSICOS PARA LA MODIFICACIÓN DEL CONCURSO PREVENTIVO Y LA REGULACIÓN DE LA REESTRUCTURACIÓN

El BCB considera que una norma legal que modifique el Concurso Preventivo de nuestro Código de Comercio y regule la reestructuración de empresas en Bolivia, para ser eficiente, debería procurar:

- a) **Preservar los activos de la empresa viable como unidad productiva.** Como cambio de filosofía entre la legislación boliviana actual (Concurso Preventivo) y las más recientes corrientes mundiales en cuanto a la intervención del Estado en la economía, se deben implementar instrumentos legales, que preserven los activos de la empresa viable como unidad productiva. Esto a fin de mantener el efecto económico de las empresas en el empleo, la tributación, la generación de bienes y servicios, entre otros, y, al mismo tiempo, procurar una alternativa de mejor pago para los acreedores, frente a una posible liquidación forzosa o quiebra.

Es importante resaltar que se busca preservar a las empresas viables y no a las empresas ineficientes, las cuales deben ser eliminadas del mercado a través de mecanismos expeditos y poco costosos, que procuren el mayor pago posible a los acreedores. Estos mecanismos son la liquidación concordataria, forzosa y la quiebra.

- b) **Propiciar ambientes de negociación bajo la tutela de un ente técnico especializado.** La creación de una Superintendencia de Empresas y de un procedimiento legal idóneo, permitirá tanto a los acreedores como a los deudores analizar la viabilidad real de la empresa y llegar a un concordato de reestructuración, que sea capaz de mantener a la empresa en funcionamiento y de garantizar a los acreedores el pago de sus acreencias. El ordenamiento legal en actual vigencia carece de estos mecanismos, propendiendo a la liquidación sin discriminar entre empresas viables y no viables, con el consecuente daño económico que esta acción genera para la economía nacional e incluso para los propios acreedores.
- c) **Instalar una “Junta de Acreedores”, que asuma las decisiones relevantes de la reestructuración.** De esta manera se dará un trato equitativo a acreedores y deudores, pues la “Junta de Acreedores” que incluye al comerciante, tiene por función principal aprobar el concordato de reestructuración y, por ende, decidir la suerte de la empresa. Este mecanismo garantiza que sólo las empresas viables sean reestructuradas. Éste es el mayor incentivo para el acreedor, ya que presupone un mejor pago y evita que el Estado asuma la responsabilidad de decisiones que afectan los intereses de privados.
- d) **Otorgar al deudor un marco de protección jurídica (Standstill).** Para evitar el desmembramiento de la empresa a través de la ejecución judicial de sus activos, procurando un ambiente de negociación favorable entre acreedores y deudor, que sortee el gasto de recursos en el sostenimiento de litigios, es muy importante que haya protección jurídica para el deudor frente a los procesos judiciales en curso y los

nuevos procesos judiciales que puedan interponerse por los acreedores. En el primer caso, los procesos judiciales son suspendidos y, en el segundo, los nuevos procesos no son admitidos por el Poder Judicial, debiendo ser ventilados los derechos dentro del proceso concursal de reestructuración.

Naturalmente, esta protección jurídica es temporal y de corta duración. Abarca el tiempo que dura la negociación del concordato. Si esta negociación fracasa, da lugar a la liquidación forzosa (proceso de ejecución colectiva contra el comerciante). Empero, si es exitosa, el concordato hace innecesario la existencia de procesos judiciales.

- e) **Privilegiar créditos que viabilicen la reestructuración.** Un aspecto fundamental en la reestructuración es la equitativa repartición de los costos entre los acreedores, procurando el mal menor a los mismos. El deudor debe asumir también una parte equitativa de los costos de la reestructuración.

Sin embargo, hay una categoría de acreedores que debe ser garantizada contra cualquier pérdida. Éstos son los “nuevos acreedores” —aquellos quienes prestan dinero a la empresa reestructurada, ya sea para capital de trabajo, insumos o inversión—. De no existir estos acreedores, difícilmente la empresa podrá cumplir con el programa de reestructuración y, por su parte, no existirá quien preste dinero a estas empresas, si no tiene la certeza de que en caso de fracasar el programa de reestructuración, no perderán su acreencia.

- f) **Crear un instrumento legal (Concordato) que obligue a las minorías disidentes a cumplir los programas de**

reestructuración. En situaciones donde se contraponen variedad de intereses, donde muchas veces existen relaciones de “suma cero”, a veces es muy difícil establecer acuerdos unánimes sobre la vía que reporta un mayor beneficio global. Esta realidad, es común observar en los procesos concursales, incluso acciones de bloqueo por minorías disidentes. Por tanto, es fundamental crear mecanismos que respeten los derechos de las minorías, pero que, a la vez, impidan que éstas entorpezcan el proceso de reestructuración y la puesta en práctica del mismo.

Este mecanismo —en la doctrina denominado Concordato— a diferencia del contrato, asume la calidad de “Sentencia” y no la de “pacto o acuerdo” entre acreedores y deudores. Cabe recordar que el contrato sólo obliga a quienes lo suscriben, mientras que la sentencia obliga a todos los involucrados.

Naturalmente, el Concordato se aprobaría en función de mayorías calificadas de acreedores, las cuales —a través de una Junta— tomarían decisiones representativas de los intereses predominantes en cada circunstancia, pero a la vez, deberían considerar los intereses de las minorías. Esto es posible generando mecanismos legales que limiten la posibilidad de que las mayorías impongan sacrificios gravosos a las minorías y restringiendo la posibilidad de negociación de acreedores importantes como el fisco y las entidades gestoras de seguros de corto y largo plazo.

El siguiente flujograma ilustra la propuesta del Banco Central de Bolivia.

PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS

