

**“EL ANIMUS NEGOTIANDI COMO PRESUPUESTO JURÍDICO EN LA PREVENCIÓN DE LA
INSOLVENCIA EMPRESARIAL”
MICHELLE ABDO CUZA¹**

*“A las negociaciones sinceras y diligentes nunca se ha resistido un honorable éxito.”
Papa Pio XII*

Resumen: La negociación como una de las herramientas legales para solucionar la insolvencia empresarial es un hecho en el Derecho Concursal Moderno. La propia evolución de esta rama ha desplazado el principio de la responsabilidad universal del deudor para ceder paso al de la reorganización empresarial y el rescate del deudor. La protección al derecho de crédito concibe como alternativa mayor: la protección de la empresa como célula básica de la sociedad, generadora de producción y empleo. Ello ha propiciado en el Derecho concursal moderno, legislaciones que inducen la negociación y los mecanismos de segunda oportunidad más que la quiebra empresarial. Se ha impuesto un enfoque preconcursal que permite detectar a tiempo los indicios o presupuestos de la insolvencia y permiten la adopción de medidas ex ante de un proceso judicial de quiebra. Ello favorece no solo a los deudores sino también a los acreedores que esperan por una recuperación económica que les permita recuperar sus acreencias.

Palabras Claves: Insolvencia – Negociación - Acuerdo extrajudicial

Abstract: Negotiation as one of the legal tools to solve corporate insolvency is a fact in the Modern Bankruptcy Law. The evolution of this branch has displaced the principle of the universal liability of the debtor to give way to the reorganization of business and the rescue of the debtor. The protection of the right of credit includes as its highest alternative: the protection of the company as the basic cell of society, generator of production and employment. This has led to modern bankruptcy law, legislation that induces negotiation and mechanisms of second chance more than corporate bankruptcy. A pre-bankruptcy approach has been imposed that allows early detection of insolvency indications or budgets and allows the adoption of ex ante measures of bankruptcy proceedings. This favors not only the debtors but also the creditors who are waiting for an economic recovery that allows them to recover their debts.

Key Words: Insolvency – Negotiation - Out-of-court settlement

I- La insolvencia en su dimensión jurídica, bajo un enfoque contemporáneo.

Es un mal milenarismo la cesación de pagos por razones de insolvencia o incapacidad patrimonial para hacer frente a las obligaciones contraídas. En sus inicios, el Derecho Romano castigaba con severas penas que recaían en la propia persona del deudor². El origen conceptual de la insolvencia

1 Msc. Michelle Abdo Cuza, Profesora Instructor, Departamento de Asesoría Jurídica y Derecho Económico, Universidad de la Habana, Especialista Comercial del Departamento de Negocios del OSDE Grupo Biocubafarma.

2 Mediante la manus injectio el acreedor estaba autorizado para vender al deudor como esclavo o a darle muerte, por su parte la lex Poetelia Papiria, exigía que el deudor se obligara a resarcir al acreedor con su trabajo, aunque sin tener que permanecer encadenado o encarcelado. Ver en “El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus

como institución del Derecho, a diferencia de otras instituciones jurídicas, no tiene determinado un término equivalente en el latín. Se desarrolló la insolvencia patrimonial en el Digesto, pero fundamentalmente enfocado en su incidencia como situación fáctica asignable a un patrimonio o a un deudor y no como situación patrimonial de la que se derivan derechos y obligaciones específicas, en sí.

Durante la Edad Media el auge del comercio y las relaciones mercantiles enmarcan la responsabilidad concursal en el patrimonio del deudor. La insolvencia tiene un origen económico y su esencia actual es de carácter patrimonial. Es frecuente que el alcance económico de este término suela ser en extremo amplio al considerarla como la “incapacidad de pagar las deudas”³ y técnicamente cuando sus pasivos rebasan el activo.

El incumplimiento empresarial lo determina un desbalance patrimonial pero el mismo es gestionado por la persona u órgano ejecutivo de la empresa deudora. De tal modo, la responsabilidad patrimonial del deudor responde en última instancia a decisiones y al actuar humano. Su manifestación está asociada al incumplimiento de obligaciones que define su naturaleza jurídica cuando es habitual y sostenido en el tiempo. Por los efectos que se producen en las relaciones jurídicas entre los sujetos económicos, la insolvencia se ha ganado un espacio en el ordenamiento jurídico, siendo objeto de estudio del Derecho concursal.

La consideración del tratamiento jurídico de la insolvencia, bien pudiera insertarse en las teorías del análisis económico del Derecho o Law and Economic⁴. Con ello se intenta inducir a la formulación de disposiciones jurídicas que regulen la insolvencia con resultados económicamente eficientes. Esta doctrina nos propone la evaluación de las reales consecuencias de la norma existente o futura y la predicción de los posibles efectos sociales de una nueva norma, buscando diseñar mejores estructuras legales, más eficientes para arribar a los propósitos deseados y adoptando los medios que resulten más idóneos para ello. El análisis de la institución jurídica de la insolvencia no puede apartarse del impacto que en la sociedad toda adquiere esta figura. Se trata de medir la eficiencia

repercusiones en el actual derecho de quiebras” por María de los Angeles Soza Ried, Revista de Estudios históricos-jurídicos, No.20,Valparaiso,1998 pp Consultado el 12 de enero de 2018, en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54551998000200001.

3 Citado por la Gran Enciclopedia de Economía: “Una empresa deviene en insolvente cuando no puede hacer frente al pago de sus obligaciones en los correspondientes vencimientos. Existen, sin embargo, diferentes tipos o grados de insolvencia. Se denomina insolvencia técnica o suspensión de pagos a aquella situación en la que, aun siendo el activo superior al pasivo, la empresa no puede hacer frente al pago de sus deudas por falta de liquidez. Cuando además de sobreeser o cesar en el pago de sus obligaciones, el pasivo es superior al activo y, por consiguiente, el neto patrimonial negativo, se dice que la empresa se halla en la situación de insolvencia económica o quiebra técnica. Al igual que ocurre con la suspensión de pagos, para que exista quiebra legal o simplemente quiebra, ésta habrá de ser declarada formalmente por una autoridad judicial competente, a instancia del propio empresario o por solicitud fundada de un acreedor legítimo, de acuerdo con el correspondiente procedimiento. Mientras que la quiebra supone la muerte o desaparición de la empresa, esto es, su liquidación, por medio del procedimiento de la suspensión de pagos lo que se trata de evitar es precisamente la desaparición definitiva de la empresa, haciendo que ésta y los acreedores lleguen a algún tipo de acuerdo, consistente normalmente en el aplazamiento o moratoria para el pago de sus deudas, en una quita o rebaja de las mismas, o en ambas cosas a la vez. A la quiebra también se le denomina bancarrota y falencia en algunos países de América del Sur. Consultado en: <http://www.economia48.com/spa/d/insolvencia/insolvencia.htm>

4 El análisis económico del Derecho es una metodología de análisis que apareció aproximadamente en los años 60's en los Estados Unidos pero ya ha sido extendida a Latinoamérica y Europa. Utiliza los métodos de la ciencia económica y los aplica al Derecho, busca establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, de manera que puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de éstas conductas. Los dos precursores más importantes del análisis económico del derecho, son Ronald Coase y Guido Calabresi. Ver más en <https://cvperu1.files.wordpress.com/2011/07/analisis-economico-del-derecho.pdf>.

de la norma y para ello no basta acudir a su medida según el óptimo de Pareto⁵, sino que se trata de evaluar los métodos que mayores beneficios traen a la sociedad. Prevenir la insolvencia, detectarla a tiempo, evitarla y cuando ya no es posible, disolver la empresa, todas son opciones legales que en uno u otro sentido dependerán del mayor beneficio que reporten a la sociedad en sí. En ello radican los análisis más modernos.

Para Broseta Pont⁶, la insolvencia tiene dos manifestaciones: "(...) Puede ser provisional o definitiva (...) Es provisional la que transitoriamente impide pagar al deudor debido a una situación de iliquidez, a pesar de que el valor de sus bienes (normalmente no dinerarios) supera al de sus deudas. Por el contrario, la insolvencia es definitiva cuando el valor total de los bienes del deudor es inferior al importe de sus deudas, de tal modo que con sus medios patrimoniales propios le es imposible hacer frente puntualmente al cumplimiento de sus obligaciones. En el primer supuesto existe una simple situación de iliquidez, mientras que en el segundo existe una situación de déficit o de desbalance".

El concepto utilizado por la autora Luciana Beatriz Scotti⁷ distingue entre su acepción fáctica y jurídica: "(...) los primeros marcos legislativos en la materia aludían al término "quiebra", en cambio los emprendimientos más recientes se refieren a "insolvencia". Ello no es un dato menor. En efecto, la moderna terminología empleada responde a una cuestión de hecho, la insolvencia es una situación fáctica real, el deudor no se encuentra en condiciones de pagar sus deudas y sus bienes no son suficientes para solventar su pasivo. La quiebra, en cambio, es un término jurídico, por ello, dependerá de cada régimen legal, cuál será su alcance: a cuáles sujetos abarcará y cuál será su presupuesto objetivo".

Otros autores como el mexicano Alfredo Javier Machuca⁸ distinguen entre la insolvencia informal, cuando el propio deudor o sus acreedores deciden de manera voluntaria resolver las controversias que en sus relaciones esté causando el estado de insolvencia del deudor sin que intermedie el Estado, o sea sin acudir a un órgano que intermedie en la materia concursal. Por otra parte, entonces define a la insolvencia formal cuando ante un determinado caso, por voluntad de cualquiera de las partes o cuando así lo amerita la protección del bien común que es la economía nacional, el Estado mismo decide intervenir y se inicia un procedimiento concursal.

Como se observa en estas definiciones jurídicas y en la literatura jurídica en general sobre el tema, es usual confundir el incumplimiento de las obligaciones con la insolvencia o se intenta definir la insolvencia empresarial como la cesación en los pagos de una empresa o se infiere que esta es el presupuesto inequívoco de aquella, utilizando indistintamente cualquiera de esos términos.

5 Aduce la teoría del análisis económico del Derecho que una norma jurídica es eficiente cuando cumple el óptimo de Pareto, o sea que no puede ser modificada para mejorar la situación de una persona, sin perjudicar a otra o cuando alcanza la Eficiencia de Kaldor e Hicks, bajo la cual, una norma jurídica es eficiente si las personas o grupos de personas que mejoran pueden compensar a aquellos que empeoran.

6 Broseta Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Madrid, Editorial TECNOS, 1977, Pág. 602

7 Beatriz Scotti, Luciana, "Armonización Legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente para el MERCOSUR", Tesina final defendida y aprobada el 1° de junio de 2006 para obtener el título de máster en relaciones internacionales de la Universidad de Buenos Aires, pag 101. Consultado el 22 de noviembre de 2016 en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/scotti-insolvencia-internacional-de-los-grupos-economicos.pdf>

8 Miembro de la Asociación mexicana de profesionales en reestructuración, insolvencia y concursos mercantiles, Concursos Mercantiles en los Estados Unidos Mexicanos, Primera Edición, INSOL, México, 2008.

La definición legal de insolvencia la determina la ley misma que la incorpora al ordenamiento jurídico. La doctrina concursal suele asimilar la evolución de los marcos jurídicos de la insolvencia empresarial con situaciones de crisis económicas generalizadas en el tiempo y de impacto internacional. En el estudio del Derecho comparado, se hace evidente el tránsito desde regulaciones de marcada intervención judicial hacia los más modernos intentos de institucionalizar un derecho pre concursal, de carácter preventivo con amplio uso de mecanismos centralizados y administrativos y con alto predominio del *animus negotiandi*.

El panorama actual del Derecho de las obligaciones obedece a móviles de distinta índole. Existen además de los patrimoniales, móviles económicos y sociales, y su incidencia en las transformaciones del Derecho de las obligaciones no es más que una derivación del modo en que interactúan lo económico y lo jurídico. Hoy un incumplimiento contractual, trasciende de la simple relación privada entre dos partes. Si se convierte en causa de una situación de insolvencia o colabora con ella, el incumplimiento original puede originar pérdida de valor a la empresa, sus empleados y lo que es peor a aquellos entes económicos que en la cadena de relaciones mercantiles de esa relación jurídica intervienen.

Es una necesidad para el incremento del bienestar social que los bienes patrimoniales estén al servicio de la economía, siempre que ésta quede al servicio de la comunidad en general, y de sus integrantes en particular. De tal modo, los más modernos modelos legislativos sobre Insolvencia, como el Reglamento comunitario⁹ de la Unión Europea y la Ley Modelo de la CNUDMI¹⁰, inducen a centrarse, en vez de en la liquidación, en el estímulo de las empresas viables para que se reestructuren en una fase temprana a fin de prevenir la insolvencia.

Para alcanzar ese objetivo diferentes legislaciones¹¹ vienen regulando mecanismos de negociación temprana que demandan del presupuesto del *animus negotiandi* no solo en deudores sino también en acreedores.

Las llamadas soluciones pre concursales, se encaminan a determinar aquellas modalidades de “arreglos” con el deudor, que induzcan a evitar la situación de insolvencia per se, prevenir la disolución empresarial y fomentar su rescate. Algunas de estas variantes han surgido por iniciativa

9 El nuevo Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. El 26 de junio de 2017 entró en vigor.

10 En diciembre de 1997, la Asamblea General aprobó la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, elaborada y aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La Ley Modelo iba acompañada de una Guía para la incorporación al derecho interno que ofrecía información explicativa y de antecedentes para ayudar a los encargados de preparar la legislación necesaria para aplicar la Ley Modelo y a los jueces y demás responsables de su aplicación e interpretación. Esa Guía para la incorporación al derecho interno ha sido revisada a fin de incluir las orientaciones complementarias impartidas con respecto a la interpretación y aplicación de determinados aspectos de la Ley Modelo relativos al “centro de los principales intereses”, y la Comisión la aprobó el 18 de julio de 2013 como “Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Entre sus principales objetivos se encuentran: a) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones; b) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor; c) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor, con miras a su distribución entre los acreedores, tanto en una reorganización como en una liquidación y d) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo. Consultada el 20 de noviembre del 2017 en http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts.html.

11 Mecanismos de rescate empresarial y autocomposición con los acreedores han sido utilizados en varias jurisdicciones, pero no con carácter preventivos ex ante, o sea previos al procedimiento en sede judicial. Así es el caso del tradicional concordato preventivo que tenía carácter procesal y era dispuesto con intervención de un Juez. De manera similar el Derecho norteamericano introdujo el salvataje o “crawn down” y otras legislaciones como la Argentina lo han hecho suyo, pero siempre con intervención judicial.

privada en países como Reino Unido y en otros como España¹², se han impuesto por normativas dentro de la heterogénea gama de normas que conforman la legislación concursal. Particular mención merece la legislación Francesa de Insolvencia que desde 1984 introdujo la primera legislación de prevención en las empresas con dificultades financieras y utiliza tribunales especializados. El llamado procedimiento de alertas, disponía la obligación de los administradores de compañías en problemas a explicar como iban a resolver las dificultades¹³. De manera similar se introdujo el “procedimiento de salvaguarda” (procédure de sauvegarde) que permite a los deudores con dificultades financieras, pero no insolventes, reorganizar y reestructurarse bajo protección de un Tribunal y negociar un plan de reestructuración consensuado con sus acreedores. Este preventivo “proceso de salvaguarda” aporta otras alternativas al deudor que quiere “a priori” evitar incumplimientos de pagos. En tal caso la ley propone que el Plan de salvaguarda puede proponer a sus acreedores reestructuración de deudas o el cambio de deudas por inversión, a sus accionistas la recapitalización de la compañía, la venta o refinanciación de activos o la venta parcial del negocio¹⁴.

Como se muestra en los procedimientos contemporáneos encontramos negociaciones dentro del procedimiento concursal y antes del él, o sea ex post y ex ante. La existencia de un periodo de sospecha de la insolvencia previo que entraña responsabilidad para el comerciante que debió prever la insolvencia demanda que el *animus negociandi* prevalezca desde antes de la situación de concurso declarado. Ya no hay que esperar al concordato judicial para negociar sino por el contrario se impone una actuación preventiva.

La voluntad de negociar se ha impuesto por sobre la voluntad de pagar o de cobrar. Una negociación en materia de insolvencia se extiende mas allá de un simple acuerdo entre deudor y acreedor, es un mecanismo de ejecución colectiva que representa intereses de varias partes entre las que figura el Estado.

De tal modo, las nuevas tendencias en materia de insolvencia empresarial han determinado que el *animus negociandi*, como intención de negociar debe cumplir ciertos presupuestos para que sea efectivo, entre ellos debe:

-Ser oportuno, la negociación debe ocurrir incluso antes del incumplimiento, ello permitirá reestructurar las operaciones y evitar su vencimiento.

12 En España existe este tipo de acuerdos, para las personas jurídicas que, en caso de ser declaradas en concurso no les fuera de aplicación el denominado procedimiento de especial complejidad, y que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo y que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan suponer que el acuerdo tiene posibilidades de éxito.

13 La ordenanza de 12 de marzo del 2014 (2014 Ordinance) modificó la Ley de Bancarrota francesa con vistas a: favorecer la adopción de medidas preventivas, fortalecer la eficiencia de procedimientos de pre insolvencia, así como incrementar la protección de los acreedores.

14 Dadas las características preventivas del proceso de salvaguarda, la ley no exige requisitos de aprobación por los representantes de los trabajadores. Basta con que la Junta de administración decida acogerse a esta protección y puede hacer la petición judicialmente. No obstante, si durante el proceso se prueba que la compañía es insolvente o que se ha imposibilitado de honrar sus adeudos post petición, la Corte puede convertir el procedimiento en una rehabilitación o en una liquidación. El proceso de salvaguarda es supervisado y controlado por la Corte que designa un Juez de insolvencia, un administrador que supervisa y asiste a la Junta Directiva en la conformación del Plan de salvaguarda y a un representante de los acreedores. El proceso comienza con un periodo de observación de hasta 6 meses durante el cual se evalúa la situación financiera del deudor. Restructuring and insolvency in France: overview, Paul Talbourdet, Gumpelson, Brocas Maffei et al., Thomson Reuters, Practical Law. Consultado el 27 de octubre de 2017, en <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-5016905?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29&firstPage=true&bhcp=1>

-Estar presente en ambas partes, el incumplimiento es una figura de dos caras con obligaciones sinalagmáticas y recíprocas. En el comercio moderno es usual que cuando una parte incumple una obligación de pago la otra incumple la de entrega o la de embarque o viceversa, de manera que no basta con que una parte manifiesta la voluntad negociadora, sino que es imprescindible recibir respuesta en igual sentido.

-Prever los intereses sociales que circundan la negociación. Dado el papel de la empresa en las economías ya sea pública o privada, constituye la célula básica de generación de producción y empleos y demanda protección. En consecuencia, la negociación de sus incumplimientos y el alcance de una solución negociada atañe no solo a los acreedores, sino también al deudor y a la sociedad toda.

-Incentivarse mediante acciones paraconcursoales o medidas administrativas. En materia de insolvencia, ya existen modelos de legislaciones paraconcursoales que incentivan la negociación entre las partes, apoyando de tal modo la espontaneidad. Los Estados no sólo no pueden desentenderse de los procesos concursales, sino que son un partícipe más. El Estado al conceder permiso o licencia para que una empresa desarrolle su objeto social queda comprometido con sus resultados aun cuando su capital sea privado, pues esos resultados son parte de la macroeconomía que determina la base económica en la cual se erige y funciona el soberano. Un estudio reciente de las crisis económicas por las que ha atravesado la sociedad moderna y la prevención de sus causas, muestra que las crisis son cíclicas y que los desbalances globales persistirán, sin embargo el uso de políticas domésticas de control puede permitir soluciones que ayudan a prevenir futuras crisis¹⁵.

II El acuerdo extrajudicial y la negociación: su efecto preventivo para situaciones de insolvencia empresarial.

Como ha sido expuesto, el accionar a tiempo permite prevenir situaciones de insolvencia y es crucial la adopción de políticas públicas encaminadas a ello. O sea, para adoptar acciones de prevención, no basta con la existencia de un procedimiento que a nivel judicial permita accionar contra los insolventes. Se requiere actuar ex ante de ese proceso y una legislación que aporte una gama de posibilidades para el tratamiento de las deudas.

Remitir a la Ley de concurso preventivo del Ecuador¹⁶ que permite la utilización de formas contractuales que facilitan alcanzar acuerdo con los acreedores. De tal modo, pueden proponerse:

-La consolidación de deudas y la transformación de créditos de corto plazo, a mediano y largo plazo;

-El otorgamiento de nuevos créditos para capital de operación que se ajuste al esquema de rehabilitación de la compañía deudora;

-La condonación de aporte del capital, intereses o rebaja de los mismos;

-La enajenación de los bienes no necesarios para la actividad empresarial; y,

-Cualquier otro que facilite la extinción de las obligaciones a cargo de la compañía deudora o que regule las relaciones de ésta con sus acreedores.

15 Hsu, Sara, *Financial Crises, 1929 to the Present*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA, 2017, pag 185.

16 Consultado el 27 de octubre de 2017, en <https://vlex.ec/vid/codificacion-12-ley-concurso-643461585>

No obstante, en su generalidad se pueden agrupar las propuestas en:

-acuerdos para la refinanciación. Consisten en aquellos tratos que tienden a organizar las vías para obtener nuevos flujos financieros no comprometidos aun y su destino o distribución de manera optima que facilite la reanudación de la obtención de ingresos en la compañía deudora. Los fondos puede ofrecerlos un tercero (salvataje) o los propios acreedores.

-acuerdos para la reorganización. Incluye las disposiciones sobre la mejor forma de reorganizar la empresa deudora de manera que sus actividades se incrementen y se generen nuevas fuentes de ingresos. Pueden provenir de la diversificación hacia nuevos mercados o del establecimiento de nuevas líneas de trabajo o productos.

-acuerdos para la restructuración del pasivo. Se encaminan hacia el aplazamiento de los plazos de vencimiento de las obligaciones vencidas o próximas a vencerse. Su efectividad permite evitar los incumplimientos mediante la novación de obligaciones.

La modalidad más conocida por sus efectos preventivos son los llamados acuerdos extrajudiciales en cualquiera de sus variantes. Estos acuerdos no son más que la extensión jurídica en el Derecho pre concursal, del principio civilista de la libre autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, su traspolación al Derecho concursal le impregna un fin o destino social que excede los límites e intereses de las partes en el acuerdo civil¹⁷. El hecho de llevar este tipo de soluciones al Derecho pre concursal lo transforma en un instituto público que al derecho le interesa proteger en aras de la tutela de crédito y su importancia en la sociedad.

Por otra parte, ha sido discutible si por carecer de sede judicial el Acuerdo extrajudicial de pagos puede ser ejecutable. Esta modalidad ha sido tratada de diferentes formas por las diversas legislaciones pre concursales que ya los introducen. Por ejemplo, la Ley Argentina no exige homologación judicial salvo para ser oponible a terceros mientras que la Española no contempla homologación judicial en tanto el Registrador o el Notario le impregnan la necesaria tutela pública. Si nos atenemos al tradicional principio Kelseniano que distinguió entre la dicotomía que encierra el contrato como acto y el contrato como norma, podríamos concluir que la homologación del Acuerdo extrajudicial es innecesaria ante un “contrato” que se constituye en norma o precepto, lex contractus o regla contractual¹⁸.

El acuerdo extrajudicial de pagos actúa como un instrumento preventivo que permite anticiparse a la situación de insolvencia irreversible. Desde el punto de vista de la teoría de las obligaciones, la situación de insolvencia del deudor puede ser tal que incluso en la instancia judicial impida que los

17 La práctica del uso de estos acuerdos ha demostrado que hay cierta efectividad preventiva en desjudicializar el milenario “concordato”. Se ha hecho usual en las diferentes jurisdicciones, que los que acuden voluntariamente a solicitar intervención judicial para arreglarse con sus acreedores, ya lo hacen en fase casi terminal de su patrimonio. En tal caso, si ya no le quedan activos para repartir, tampoco los encontrará en la Corte. De tal manera, pareciera que la única fórmula para evitar cadenas de inejecuciones judiciales sin solución, es que el magistrado actuante evalúe la “verdadera viabilidad de subsistencia” del deudor o dicte el fallo liquidatorio, sobre el patrimonio que resta, si así fuere. Entre las ventajas que los autores modernos le atribuyen a esta modalidad en relación al acuerdo judicial está su carácter discreto frente a la mayor publicidad que adquieren estos tratos al ser judicializados.

18 Al decir de Luis Diez Picaso, “... el contrato se nos aparece como un precepto o como una regla de conducta (lex contractus, la regla contractual). El contrato es, entonces, una determinada disciplina, que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta.” Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato, Quinta Edición, Editorial Civitas, Madrid,1996, P.p.123.

acreedores alcancen a repartirse sus bienes¹⁹. En tal caso, vale la conocida frase de que “a veces es mejor un mal arreglo que un buen pleito”. Pero los Acuerdos preventivos son en el Derecho concursal más que la simple evitación de un pleito y su alcance llega más allá se alcanza un acuerdo para evitar un concurso. En el Derecho concursal, estos acuerdos permiten la novación de las obligaciones evitando con ello llegar a incumplimientos contractuales. Esta figura contractual, permite al deudor pactar con sus acreedores una rebaja en su deuda, un aplazamiento de los plazos de pagos, períodos de espera y otras modalidades sin tener que acudir a un Plan de pagos forzoso sancionado judicialmente. La práctica mercantil en los países que utilizan este tipo de acuerdos preventivos demuestra que ellos hacen más diligente al “empresario” que incrementa su cultura negociadora y diligente. Al adquirir nuevos compromisos, la contabilidad empresarial mejora pues evita caer en impagos y las obligaciones contractuales próximas a vencer, lejos de llegar a incumplirse reciben tratamiento de novación, de manera que derivan en nuevas obligaciones de pago, evitando así incumplimientos innecesarios y perjudiciales. Otra arista positiva que se les atribuye radica en que siempre queda otra puerta o “momento” para no hacer perentoria la acción: el concurso consecutivo.

Estos acuerdos deben cumplir con formalidades básicas delimitadas en la ley, que garanticen los principios del Derecho concursal, pues estando situados en etapa pre concursal el bien jurídico protegido es el mismo²⁰. De tal manera, a modo de ejemplo remitimos a “los efectos de la iniciación del expediente del Acuerdo extrajudicial de pagos y a su contenido, citados en el Comentario sobre el tema del Estudio legal de Garrigues²¹.

Sobre la publicidad (Según la Ley Española²²), es relevante notar que la solicitud de Acuerdo extrajudicial de pagos (AEP, por sus siglas) se debe dirigir a un Notario, en el caso de personas naturales; al registrador mercantil del domicilio del deudor, para las compañías en el registradas y a la Cámara de Comercio, cuando se utilizan sus servicios de mediación.

La legitimación activa y los requisitos esenciales para presentar junto con la solicitud debe estar clara para los deudores interesados. Es vital precisar qué deudores pueden beneficiarse de un AEP y qué requisitos debe adjuntar a su solicitud, los que son la garantía para que el acuerdo tenga un buen fin. Son aquellos documentos que fundamentan legalmente las obligaciones y que muestran el verdadero estado financiero del deudor.

En España, por ejemplo, se exige cuando el deudor es persona jurídica que “sus activos sean suficientes para cumplir el AEP”. Argentina por su parte, en la Ley No.24522, Modificada por la Ley No. 26086/ 2006, la legislación legitima a las personas jurídicas de existencia real, incluidas las sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal tenga una participación.

19 Sostiene Blanco y Sánchez, A “Curso de obligaciones”: “La acción directa (...) se detendrá ante la insolvencia del deudor, y más que insolvencia imposibilidad para el acreedor de perseguir bienes de su deudor con los que hacer efectivo su crédito”, University of Puerto Rico Press, 1979 pp. 115.

20 Aunque un acuerdo extrajudicial cumple los mismos fines que los llamados acuerdos “out of Court o workout” que la doctrina moderna aconseja utilizar para solventar problemas de endeudamiento, no compartimos el criterio de que son enteramente acuerdos privados fuera del marco legal concursal doméstico.

21 Garrigues Comentario. “Reestructuraciones e insolvencia”. Ley 25/2015 de 28 de Julio de 2015. 2-2015, Julio, JBA, Garrigues, S.L.P. Madrid, España, pp 8. Consultado en fecha 23 de noviembre de 2015. Disponible en: http://www.garrigues.com/sites/default/files/documents/comentario-ri-2-2015_0.pdf

22 España precisa este tipo de acuerdos en el Título X de la Ley Concursal “Acuerdo extrajudicial de Pago”, introducido por la Ley 14/2013, con un alcance limitado a determinados empresarios y compañías, aunque su primera regulación es ubicada en el 2009, con el estallido de la actual crisis.

Durante la tramitación del AEP, se le prohíbe al deudor realizar cualquier acto de administración o disposición que exceda de los actos y operaciones propias del giro o tráfico de su actividad y se prohíbe el inicio o continuación de ejecuciones ordinarias durante 3 meses. Las ejecuciones de créditos con garantía real podrán iniciarse o continuarse si la garantía no recae sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor, ni sobre su vivienda habitual.

Al igual que en las reclamaciones crediticias que llegan a sede judicial, se suspende el devengo de intereses de los créditos afectados y según la propia Ley no podrá declararse el concurso del deudor que negocia un AEP mientras no transcurra el plazo de 4 meses previsto en la ley.

Es importante destacar que los créditos de Derecho Público no se verán afectados en ningún caso por los AEP, así como tampoco están legitimados en ellos los deudores que sean entidades públicas.

Las instituciones financieras generalmente prefieren este tipo de acuerdos con sus clientes y acreedores que acudir a la vía judicial que incrementa costos y no garantiza el cobro de las obligaciones pendientes. Sin embargo, en las legislaciones que refrendan este “remedio” generalmente no están legitimadas como sujetos activos para solicitarlo, de manera que acuden a una ley especial que prevé una vía pre concursal especial para el sector o se atiene a la autonomía de la voluntad consagrada en materia civil.

Una modalidad moderna a la cual recurre la doctrina concursalista para destacar la utilidad de estos acuerdos, lo constituyen los “Scheme of arrangements” consagrados por la legislación inglesa²³. La novedad de este procedimiento radica en que no es necesario que la compañía este en insolvencia para que se alcance un Acuerdo de este tipo, aunque en la práctica también puede ser implementado de conjunto con un procedimiento de concurso. Su mayor formalidad radica en que requiere la aprobación de todos los acreedores y su posterior validación por el Tribunal, pero sus términos son abiertos y flexibles a la voluntad de las partes. Es el mecanismo utilizado por los deudores para ofrecer “a tiempo” una amplia gama de soluciones para la restructuración de sus deudas. De tal modo incluyen cambios de deuda por participaciones, capitalización con dinero fresco, restructuración de los términos de pago y hasta la renovación de garantías.

La práctica de estos Acuerdos demanda de la legislación que los regula la exigencia de determinados requisitos formales mínimos, para alcanzar su efectividad, así, por ejemplo:

Debe ser simple la forma legal de iniciar la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, es usual que baste con una simple solicitud firmada por el deudor, aunque debe ser precisa indicando sus activos, pasivos, lista de acreedores, ingresos y gastos previstos, contratos vigentes, relación de garantías reales y créditos frente a organismos públicos.

Para su sanción y fuerza legal, la doctrina y la mayoría de las legislaciones consultadas exigen que el Acuerdo alcanzado reciba homologación judicial. Sin embargo, aunque es cierto que esa “aprobación judicial” puede ser efectiva, en términos de economía procesal ha sido más efectivo en estas fórmulas preventivas, el uso de la forma heterocompositiva mediante el nombramiento de un mediador concursal, ya que estos terceros suelen ser más especializados y ágiles que los jueces en materias económicas y empresariales y no están atados al cumplimiento de plazos procesales. En tal caso se introduce, por ejemplo, el uso de instituciones de otra naturaleza, lo que permite que los deudores empresarios y personas jurídicas inscritas en el Registro Mercantil soliciten a éste la

23 En particular la Parte 26 de la Company Act (ley de compañías) de 2006, introdujo el procedimiento para alcanzar este tipo de Acuerdos bajo la ley inglesa.

designación de mediador concursal. En otros supuestos, la solicitud la deberá hacer el deudor a un Notario de su domicilio.

Resulta significativo en el tratamiento legal de estos Acuerdos preventivos su complejidad transaccional, que se ve influida por un número diverso de normativas de índole contable, corporativa, económica, procesal y hasta penal. De manera que su uso estará determinado por la existencia de un marco legal apropiado.

En síntesis, la alternativa del uso de la negociación como método preventivo puede ofrecer mayores resultados que su uso en el procedimiento concursal.

III La figura de la insolvencia empresarial en legislación cubana y bases para su actualización.

El tema que se desarrolla adquiere particular relevancia en Cuba en el proceso de implementación de los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución, que avizoran y respaldan los cambios estructurales, funcionales, organizativos y económicos del sistema empresarial cubano. En ellos se aprobó como premisa que “las empresas estatales o cooperativas que muestren sostenidamente en sus balances financieros pérdidas, capital de trabajo insuficiente, que no puedan honrar con sus activos las obligaciones contraídas o que obtengan resultados negativos en auditorías financieras, serán sometidas a un proceso de liquidación o se podrán transformar en otras formas de gestión no estatal, cumpliendo con lo que se establezca al respecto”²⁴. Esta formulación demanda un estudio de nuestras particularidades, un sistema económico de planificación centralizada que convergerá con facultades más amplias para los entes empresariales. Ello exigirá mayor responsabilidad empresarial que sin dudas puede demandar la aplicación de un procedimiento concursal fundado en los principios del tratamiento especializado a los entes o empresas de marcado interés estatal y la proyección de un proceso de reestructuración o salvataje con cambio de administración o por adquisición de terceros.

En sintonía con estos preceptos ya el Estado tiene planteado además que “se eliminará el subsidio por pérdidas a las empresas y como norma, no recibirán financiamientos presupuestarios para realizar producciones de bienes y servicios”²⁵. En el sector de la inversión extranjera²⁶, ya se introdujo como una de las causales de la disolución, terminación y liquidación de cualquiera de las formas que la entidad adopte, “la insolvencia patrimonial declarada de la sociedad”.

Por demás, el modelo de gestión reconoce y promueve, además de la empresa estatal socialista, que es la forma principal en la economía nacional, las modalidades de inversión extranjera previstas en la ley (empresas mixtas, contratos de asociación económica internacional, entre otras), las cooperativas, los agricultores pequeños, los usufructuarios, los arrendatarios, los trabajadores por cuenta propia y otras formas, las que en conjunto, se consolidan como nuevos actores que se integran al sistema y deben contribuir a elevar su eficiencia.

24 No. 17 de los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución. Aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (Resolución del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba de fecha 18 de abril del 2011) y por Acuerdo No. VII-61 de fecha 1 de agosto del año 2011, VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 28, año CXI, miércoles 31 de agosto, La Habana, 2011.

25 No. 18 de los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución. Ob. Cit.

26 Artículo 37 inciso f, Decreto 325 “Reglamento de la Ley de Inversión extranjera”. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Extraordinaria, número 20, año CXII, miércoles 16 de abril, La Habana, 2014.

En tal contexto internacional y nacional, se torna imprescindible reaccionar ante el marco jurídico de la insolvencia con que cuentan hoy las entidades cubanas. Los órganos administrativos y jurisdiccional en su labor de aplicación de la ley, carecen de un particular apoyo legal y en especial, para el caso de entidades estatales el marco legislativo es omiso totalmente²⁷. Ello origina innumerables casos de demandas arbitrales y judiciales por impagos que parecen indicar que las deudas nunca perecen mientras se reclamen a tiempo. Unido a este vacío sustantivo, convive el obstáculo de la carestía de un procedimiento. Resta efectividad al proceso de las actuales circunstancias que vive el país, inmerso en la renovación y actualización del modelo económico y por consiguiente de su base normativa, que se dejara aplicable una legislación sustantiva del 1886. Se impone un procedimiento que sin dudas resultará muy novedoso en el contexto jurídico cubano actual. En este escenario se introduce la necesidad de profundizar en soluciones alternativas que añadan seguridad jurídica a las relaciones de crédito cuando en ellas intervienen entidades estatales. Resulta evidente la necesidad de complementar su aplicación con soluciones paraconcursoales preventivas o administrativas que permitan alcanzar el necesario equilibrio y garanticen la igualdad de las partes contractuales sin menoscabo de la responsabilidad independiente del Estado. Este análisis sin dudas se favorece con las particularidades propias de un país de economía planificada y centralizada en sus decisiones medulares. En tal contexto bien pudieran tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes bases o presupuestos:

-Precisar el estudio de las legislaciones que remiten a un marco legal regulatorio del concurso e identificar su alcance.

-Reconocer el vínculo patrimonial de la insolvencia como institución jurídica e insertarlo en la conceptualización del modelo económico, separando el falso concepto de asimilar su existencia solamente a otros sistemas económicos.

-Inducir el animus negotiandi en situaciones previas a la insolvencia empresarial de manera que se estimule la prevención de los incumplimientos.

-Elevar la cultura negociadora extrajudicial aun cuando la legislación no se inserte en las etapas preconcursoales.

En la actualidad, debe iniciarse la investigación y el debate jurídico a nivel de las instituciones académicas para revertir una tendencia al olvido, de tan importante rama del Derecho. El vacío legal vuelve a dejar paso a disímiles interpretaciones en los círculos especializados e impone el estudio preciso de la doctrina moderna y el derecho comparado de manera que se evalúen las experiencias positivas que permitan diseñar una efectiva protección jurídica de las relaciones crediticias en la legislación nacional, en correspondencia con el modelo económico que se actualiza.

Termino parafraseando el dialogo de Alicia con el Gato de Cheshire²⁸:

– Minino de Cheshire -empezó Alicia tímidamente, pues no estaba del todo segura de si le gustaría este tratamiento: pero el Gato no hizo más que ensanchar su sonrisa, por lo que

27 Se infiere que, está aún vigente, el Código de Comercio Español extendido a Cuba desde el 1 de mayo de 1886, en sus Disposiciones sustantivas del Libro cuarto "De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones", siendo aplicable en lo relativo a la Suspensión de pagos, por modificación, las Disposiciones de la Ley, de 24 de junio de 1911. No obstante, el Decreto Ley 24 suprimió su alcance al sector de la economía planificada, aunque éste a su vez fue derogado por el Decreto Ley 304. No obstante, es de suponer que no es la intención del legislador re aplicar una legislación obsoleta para un sistema empresarial en evolución.

28 Lewis Carroll, Alicia en el país de las Maravillas, Publicado por Ediciones del Sur, Abril de 2003, pp 59.

Alicia decidió que sí le gustaba-. Minino de Cheshire, ¿podrías decirme, por favor, ¿qué camino debo seguir para salir de aquí?

– Esto depende en gran parte del sitio al que quieras llegar – dijo el Gato.

– No me importa mucho el sitio... –dijo Alicia.

– Entonces tampoco importa mucho el camino que tomes – dijo el Gato.

– ... siempre que llegue a alguna parte – añadió Alicia como explicación.

– ¡Oh, siempre llegarás a alguna parte – aseguró el Gato- , si caminas lo suficiente!

No importa el camino que se adopte para llegar a una regulación sobre insolvencia corporativa lo importante es caminar lo suficiente.

Conclusiones

El Derecho Concursal moderno muestra la necesidad del uso de figuras jurídicas nuevas como: los instrumentos concursales que promueven el uso del animus negotiandi como presupuesto para alcanzar soluciones preventivas y el rescate o resurgimiento de la empresa si resulta viable económicamente. La intervención judicial queda como recurso de última instancia y exige una especializada preparación de jueces y expertos en la compleja materia de las actuales finanzas empresariales que puedan evaluar los diversos factores que inciden en la litis de tal naturaleza.

BIBLIOGRAFIA.

- BLANCO Y SÁNCHEZ, A., “Curso de obligaciones”. University of Puerto Rico Press, 1979.
- BROSETA PONS, Manuel Manual de Derecho Mercantil. Madrid. Editorial TECNOS. 1977
- CARROLL Lewis. Alicia en el país de las Maravillas. Publicado por Ediciones del Sur. Abril de 2003.
- Concursos Mercantiles en los Estados Unidos Mexicanos. Primera Edición. INSOL. México.2008.
- DIEZ PICASO, Luis.” Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero. Introducción Teoría del Contrato. Quinta Edición. Editorial Civitas. Madrid.1996.
- GARIGUES Comentario. “Reestructuraciones e insolvencia”. Ley 25/2015 de 28 de Julio de 2015. 2-2015. Julio. JBA. Garrigues, S.L.P. Madrid. España. http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/comentario-reestructuraciones-e-insolvencias-3-2014
- HSU, Sara. “Financial Crises, 1929 to the Present”. Edward Elgar Publishing. Cheltenham, UK Northampton, MA, USA.2017.

- Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución. Aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (Resolución del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba de fecha 18 de abril del 2011) y por Acuerdo No. VII-61 de fecha 1 de agosto del año 2011. VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 28, año CXI, miércoles 31 de agosto, La Habana, 2011.
- Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, elaborada y aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)
 - Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.
 - El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras por María de los Angeles Soza Ried. Revista de Estudios históricos-jurídicos No.20. Valparaiso.1998
 - SCOTTI, Luciana Beatriz "Armonización Legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente para el MERCOSUR". Tesina final defendida y aprobada el 1° de junio de 2006 para obtener el título de máster en relaciones internacionales de la Universidad de Buenos Aires.