

La desjudicialización de los mecanismos de recuperación en el derecho francés

ADRIANA CELY

SUMARIO: *Premisa- I. Ventajas y desventajas del concordato preventivo- II. Principales características del concordato preventivo en la legislación francesa- III. Ejes de reflexión "para una reforma legal ambiciosa"- A. Consagrar la eficacia de la prevención-detección- B. Reafirmar el carácter preventivo del mandato ad hoc y del arreglo amistoso- IV. Propuestas de la reforma en materia de prevención y tratamiento de las dificultades- Conclusión.*

PREMISA

El desarrollo y la fortificación de los mecanismos de prevención constituyen una materia de importancia vital para la salud de la economía nacional y para el desarrollo del pensamiento jurídico.

Para la economía nacional, porque presentan las oportunidades para la conciliación de los intereses diversos y a veces opuestos de los distintos actores económicos que intervienen en el desarrollo de la vida de la empresa, y particularmente en el funcionamiento del crédito y de la financiación bancaria o interempresarial. La prevención y el tratamiento de las dificultades juegan un rol fundamental en el mantenimiento de las empresas y en la satisfacción, así sea parcial, de los intereses de los acreedores. El mantenimiento de la unidad de producción y de los empleos permite que exista continuidad de la dinámica económica.

Y para el desarrollo del pensamiento jurídico, porque la idea de prevención de las dificultades de las empresas se inscribe dentro de un movimiento de reflexión que ve su luz en el desarrollo de una deontología empresarial¹. En efecto, los dirigentes de empresa tienden cada vez más a involucrar en el manejo de la empresa a quienes hacen parte de ella y a aquellos a quienes se deben rendir cuentas (accionistas, inversionistas, empleados, clientes, poder público).

Los mecanismos de prevención y de detección de las dificultades deben reunir ciertas calidades para ser positivamente influyentes dentro de la dinámica

1 M. BOURRIE-QUENILLET. "Nouvelles approches de la prévention des entreprises en difficulté", en *Petits Affiches*, n.º 211, 2001, 6.

económica. Deben ser idóneos, eficaces, adaptados a las necesidades de las partes involucradas, y sobre todo, conocidos y accesibles por todos los actores económicos. Aunque cualquier ley, por bien redactada que esté, es incapaz de arreglar los problemas económicos y financieros de las empresas, sí puede establecer mecanismos de ayuda para prevenir las dificultades y contribuir así a salvar las empresas sanas y a organizar la desaparición de empresas deficitarias en las condiciones menos desfavorables para los acreedores.

Si bien es cierto los mecanismos de prevención y de tratamiento de las dificultades conocen un éxito indiscutible, también presentan desventajas, ya que, mal conocidos por los operadores económicos o mal adaptados al problema específico de la empresa, pueden retardar la apertura del procedimiento de enderezamiento y conducir irremediamente a la liquidación. El éxito de la prevención depende de varios factores, pero depende ante todo del grado de confianza que exista entre los diferentes copartidarios y del ambiente favorable que se cree alrededor de la prevención.

El sistema francés se encuentra actualmente, como el colombiano, en un momento de transición entre dos legislaciones. Los practicantes del derecho del procedimiento colectivo en Francia han enriquecido el debate con sus ideas nacidas de la experiencia legislativa construida en 20 años de vigencia del régimen actual. Doctrinantes, tratadistas, magistrados y analistas de la Cámara de Comercio y de Industria de París han publicado diferentes consideraciones con el fin de obtener que el legislador de 2004 reconozca y dé a la prevención y al tratamiento de las dificultades el lugar y la dimensión que merecen dentro del nuevo texto legal.

Luego de presentar las ventajas y desventajas del concordato preventivo de manera general, haremos una exposición de sus principales características en la legislación francesa actual. En vísperas de la adopción del nuevo texto legal, mostraremos cuáles han sido, en materia de prevención y tratamiento de las dificultades, las reflexiones presentadas por la Cámara de Comercio de París, que han influido largamente la redacción del proyecto de reforma legislativa, y cuáles han sido concretamente las propuestas presentadas en el proyecto de ley que se debate actualmente en el Parlamento francés.

I. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONCORDATO PREVENTIVO

Algunos autores se han interrogado sobre la oportunidad misma de legislar en materia de prevención, considerando que quizá sea mejor dejar el campo libre a la imaginación creadora de los practicantes o, por lo menos, a la libertad contractual². De hecho, no es necesaria la existencia de una reglamentación legal para que los acreedores (todos o solamente los principales) se pongan de acuerdo con

2 E. KERCKHOVE. "Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises", en *Revue des Procédures Collectives*, n.º 1994, 441.

el fin de consentir, a su deudor que se encuentra en dificultades, una moratoria general o un concordato amistoso³. El principio de la relatividad de las convenciones exige que ese acuerdo no pueda ser aplicado a los acreedores que no participaron en él. La exigencia de unanimidad, bien que perfectamente fundamentada, hace difícil la existencia de un concordato amistoso. En efecto, el acuerdo se haría inoperante una vez que alguno de los acreedores principales decidiera ejercer efectivamente su derecho a acudir ante la jurisdicción en acción de enderezamiento o arreglo o de liquidación judicial.

De conformidad con su carácter contractual⁴, los efectos de este acuerdo son libremente debatidos y consentidos por las partes. Estas pueden convenir en una simple moratoria, es decir, acordar al deudor un plazo para el pago de su deuda, en el transcurso del cual los acreedores renuncian a ejercer su derecho de solicitar la apertura de un procedimiento colectivo. Los acreedores pueden también consentir el abandonar una parte del monto nominal de su acreencia. O, en fin, el concordato amistoso puede contener una combinación de estos dos modos de arreglo o ventajas acordadas al deudor.

La homologación judicial, que presenta la ventaja de dar a los acreedores un título que los autoriza a exigir la ejecución del acuerdo, no atenta contra el carácter contractual de éste⁵. Esta homologación no es obstáculo a la posibilidad de demandar la nulidad de los actos celebrados por el deudor con alguno de sus acreedores. Se trata de un reconocimiento judicial a la voluntad manifestada por las partes, que da lugar a título ejecutivo.

La solución concertada tiene la ventaja de la flexibilidad y de la confidencialidad. Estas características favorecen el encuentro espontáneo de voluntades. La confidencialidad es un factor de éxito de la técnica de prevención por su efecto incitativo al diálogo. Los jefes de empresa presentarán con menor resistencia el estado de sus dificultades si saben que éste no saldrá de un círculo reducido de personas⁶. Una solución consensual es mejor que una solución impuesta. El juez sale de su rol clásico y no dicta solución al conflicto sino se hace una opinión sobre el justo valor de los intereses en juego. El juez tiene poderes de intervención y control desprovistos de toda finalidad represiva.

Toda vez que el concordato preventivo presenta en la práctica un éxito que vale resaltar, ya que, por un lado, es bastante practicado, y por el otro, ha permitido efectivamente la salvación de algunas empresas, el sistema de acuerdo pre-

3 RIPERT y ROBLOT. *Traité de droit commercial*, t. II, Paris, LGDJ 9e, n. 3186.

4 "Siendo indiscutible que un acuerdo amistoso es un contrato sometido al derecho común de las obligaciones": Y. CHAPUT, en *Actas del Foro de Affic, Revista Jurisprudencia Comercial*, n.º especial, septiembre de 2003, 78. Sent. Cour de Cass. com, 14 de mayo de 2002, D 2003, n. 9, 615, nota MARTINEAU-BOURGNINEAU.

5 A. M. ROMANI. "Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises", en *Mélanges Honorat*, 173.

6 Ídem.

senta inconvenientes. Desde un punto de vista teórico, algunos autores⁷ consideran la prevención como un sistema que, mal adaptado, puede llegar a retardar la apertura inexorable de un procedimiento colectivo, con consecuencias aún más graves debidas a la demora en abrir el procedimiento. Cuando la dificultad de la empresa presenta una gravedad tal que genera que su situación no se pueda enderezar, o que la cesación de pagos va a llegar irremediamente, es mejor no recurrir a la prevención y acudir directamente a los mecanismos judiciales de enderezamiento o de liquidación. Es preferible ser realistas sobre la situación de la empresa y adaptar la medida del tratamiento a la gravedad del diagnóstico⁸. En efecto, "el número de empresas en cesación de pagos que benefician de un procedimiento de prevención parece ser importante"⁹. A efectos de adaptar un tratamiento que corresponda exactamente a la situación, se corre el riesgo de pasar insensiblemente y en grado sucesivo de un procedimiento a otro (prevención, enderezamiento, liquidación), en lugar de ahorrar tiempo y dinero al sistema jurídico-social y dirigir sus esfuerzos a curar el mal conforme a su verdadera dimensión.

Por otro lado, en la práctica, los acreedores por lo general piden al deudor levantar un reporte sobre la situación de sus negocios y sobre las posibles causas de sus dificultades. También piden la presentación de un proyecto de arreglo. Pero si este trabajo del deudor no es verificado luego por un tercero que sea objetivo y competente, la mayoría de las veces quedará en letra muerta. De ahí la importancia de la homologación. Además, el deudor se verá presionado en la elaboración de su proyecto por la amenaza de los acreedores de recurrir al procedimiento de enderezamiento judicial. En fin, los acreedores más importantes tienden a consentir menos sacrificios que los otros, de tal manera que el principio de igualdad entre los acreedores no es respetado. Sobre estas bases se hace por lo general el acuerdo, y podemos suponer que su validez será rechazada por algunos acreedores que podrán alegar que el deudor ya estaba en cesación de pagos.

La ejecución del concordato preventivo es precaria por el riesgo de aparición de algún nuevo acreedor que haga valer inmediatamente sus derechos y de este modo ocasione una cesación de pagos. También puede ocurrir que el deudor no pueda cumplir con los términos puestos en el acuerdo y, en particular, con los plazos concordatarios. Por último, si el concordato preventivo no prospera, el deudor puede ser acusado de haber retrasado la apertura del procedimiento colectivo y de haber continuado abusivamente su explotación económica deficitaria.

Estos inconvenientes del concordato preventivo legitiman la redacción y puesta en marcha de un texto de ley que trate de aportar paliativos y, sobre todo, autoridad al acuerdo. En derecho francés, ese texto se traduce en la Ley del 1.º de

7 B. SOINNE. "Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives)", en *Rec. Dalloz*, 2004, n.º 21, 1506.

8 Ídem.

9 Cita de SOINNE. Ob. cit., sobre documento difundido en octubre de 2000.

marzo de 1984, modificada 10 años después (en 1994) y vuelta a debatir en 2004, mediante un proyecto de ley que cursa actualmente en la Asamblea Nacional.

Veamos sucintamente las características principales de la Ley del 1.º de marzo de 1984 modificada, para luego presentar los principales ejes de reflexión que llevaron a la Cámara de Comercio de París a abogar por una modificación de los mecanismos de concordato preventivo.

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONCORDATO PREVENTIVO EN LA LEGISLACIÓN FRANCESA¹⁰

La Ley del 1.º de marzo de 1984 sobre prevención de las dificultades de las empresas, puso en pie mecanismos de alerta al mismo tiempo que presentó un arreglo amistoso de las dificultades antes de abrir cualquier procedimiento. La característica fundamental de esta ley es que es solo aplicable a las empresas que no han caído todavía en cesación de pagos.

Esta ley prevé tres medidas diferentes: la prevención, la alerta y el enderezamiento extrajudicial.

La ley presenta dos medidas de prevención: prevención a través de la información y prevención a través del financiamiento.

La alerta es la gran innovación de esta ley. Término de origen militar, evoca a la vez una idea de reconocimiento general de la situación y una idea de defensa. Es una obligación para el auditor contable de dar la alerta cuando constata hechos que pueden llegar a comprometer la continuidad de la empresa.

Pero lo que nos detendremos a estudiar es el enderezamiento extrajudicial: para algunos autores¹¹, el enderezamiento tiene una eficacia limitada ya que supone un acuerdo entre deudor y acreedores. Una conciliación es difícil de lograr, ya que el deudor a veces rehúsa tomar conciencia de una realidad que le es adversa¹², los acreedores en ocasiones prefieren un reembolso parcial pero inmediato a un plan de levantamiento de la empresa, y los asalariados hacen uso de la única arma con la que cuentan: la huelga, sin medir que ésta va a agravar aún más las dificultades.

El enderezamiento amigable o extrajudicial es difícil de obtener, pero a veces se presenta como útil, porque tiene la doble ventaja de ser flexible y de poder ser ejecutado de una manera rápida y discreta. Antes de cualquier decisión sobre el levantamiento, resulta conveniente conocer el diagnóstico sobre las posibilida-

10 Y. GUYON. *Droit des Affaires*, t. 2, 2.ª ed.

11 Ídem.

12 "Al día siguiente de que Eurotunnel anunciara una pérdida de 1,88 millares de euros y llamara a concertar sobre una nueva reestructuración de su pesada deuda, el título cayó en un 15,38% quedando a 0,44 euros luego de haber perdido un 5,45% la víspera. Con el fin de calmar los ánimos, el director general RICHARD SHIRREFS ha indicado que Eurotunnel "lógicamente no caerá en quiebra", en *Le Figaro*, actualidad económica de las empresas, 11 de febrero de 2004.

des de sobrevivencia de la empresa. De hecho, existe una profesión nueva en Francia que se encarga de dar este diagnóstico: son los *expertos en diagnóstico de empresa*, inscritos por tres años en una lista que lleva cada corte de apelación. Son auxiliares de justicia, nombrados con el fin de levantar un reporte sobre la situación económica y financiera de una empresa en caso de arreglo amigable o enderezamiento judicial (art. L 813-1 Co. Com). Sin embargo y a pesar de todo lo útil que puede resultar recurrir a estos profesionales, los jueces en la mayoría de los casos todavía no hacen uso de esta facultad. Es una profesión poco desarrollada por el momento.

En opinión de la doctrina más reconocida¹³, una acción colectiva de los acreedores es el medio más seguro para enderezar una empresa en dificultad. Por consiguiente, todos los acreedores, o únicamente los principales, pueden ponerse de acuerdo con el fin de consentir a su deudor en dificultad plazos de pago, o pagos parciales de su deuda. Durante el tiempo de este acuerdo, los acreedores renuncian a solicitar la apertura de un procedimiento colectivo.

De conformidad con el principio del efecto relativo de los contratos, este acuerdo es inoponible a los acreedores que no participaron. Desde un punto de vista práctico, el establecimiento de este arreglo amigable es difícil. Se trata de que los acreedores hagan sacrificios espontáneamente, y no siempre estarán en condiciones de hacerlos. La Ley del 1.º de marzo de 1984 se esfuerza, sin embargo, por incentivar la conclusión de arreglos amigables, y la Ley del 10 de junio de 1994 mejoró el régimen existente, con el fin de convertirlo en el mecanismo más eficaz de levantamiento de las empresas en dificultad. Pero el arreglo amigable sigue siendo una institución híbrida.

En la legislación francesa actual, existen cuatro condiciones de fondo (art. L 611-3):

1. El demandante debe ser comerciante, artesano o persona moral de derecho privado (art. L 611-5). Las empresas agrícolas tienen un sistema especial de arreglo amigable, así como los particulares (que tienen un sistema creado por el Código del Consumidor).

2. La empresa, sin estar en cesación de pagos, debe estar pasando por una dificultad financiera o por necesidades que no pueda satisfacer mediante un financiamiento adaptado. La ley no exige que se trate de dificultades graves o duraderas. Sin embargo, para que el arreglo amigable sea concedido éstas no pueden ser mínimas o pasajeras.

3. La empresa no debe estar en cesación de pagos. Si no, será demasiado tarde para contentarse de un arreglo amigable y deberá abrirse el procedimiento de enderezamiento o liquidación judicial. Así la ley no lo precise, también es necesario que la empresa sea susceptible de enderezamiento, ya que el arreglo amigable no tiene por objeto ganar tiempo antes de caer en cesación de pagos. Debe

13 GUYON. Ob. cit.

abrirse sólo si la empresa es viable y por esta vía puede salir del impase económico. Si la empresa estaba en cesación de pagos, los acuerdos que se hayan tomado como arreglo amigable serán nulos¹⁴.

El arreglo amigable suspende a futuro la exigibilidad del pasivo, pero no tiene el poder de borrar retroactivamente una exigibilidad ya adquirida.

4. El gerente demandante debe indicar los medios que él estima permitirán hacer frente a las dificultades.

Las condiciones de forma son flexibles, porque no se trata de un procedimiento contencioso. Lo esencial es la discreción, ya que cualquier divulgación de las negociaciones puede perjudicar el crédito de la empresa. En tal caso, las dificultades se acentuarían¹⁵.

La demanda de arreglo amistoso puede ser presentada únicamente por el gerente de la empresa. Ni los acreedores, ni los asalariados, ni el ministerio público pueden presentarla, y el tribunal tampoco puede actuar de oficio. En efecto, como la empresa aún puede hacer frente a su pasivo, ninguna medida de enderezamiento le puede ser impuesta¹⁶. Una vez el proyecto de acuerdo sea definitivo, el gerente debe darlo a conocer al comité de empresa, que debe respetar del silencio profesional.

Presentada la demanda, el tribunal puede designar un mandatario *ad hoc* y fijar su misión. Este mandatario rinde cuentas de su intervención al tribunal. Su misión puede implicar la toma de medidas conservatorias y tomar los primeros contactos con los principales acreedores. El tribunal se informa sobre la situación de la empresa. Para llevar esa investigación puede nombrar un experto, o puede realizarla el presidente del tribunal directamente. El poder de investigación del uno o del otro es bastante amplio, puesto que el auditor contable, la administración y la seguridad social no guardan frente a él su deber de secreto profesional. El acceso a la información es real y constituye un elemento básico para poder proceder a realizar efectivamente un acuerdo con los acreedores.

Cuando ya se ha establecido la situación real de la empresa, el presidente del tribunal nombra un conciliador, encargado de mediar entre los acreedores con el fin de lograr el acuerdo. El conciliador es un auxiliar de justicia nombrado por un plazo máximo de tres meses (con posibilidad de prórroga por un mes adicional) que debe respetar el secreto profesional.

De una manera general, la misión del conciliador consiste en analizar el funcionamiento de la empresa, sugerir medidas de enderezamiento, y sobre todo, buscar que los acreedores concluyan el acuerdo. Ninguna medida de publicidad

14 Porque habrán sido tomados durante un tiempo que la ley denomina como "período sospechoso".

15 Com. 14 mayo de 2002, D. 2002, 1987, con nota de LIENHARD.

16 Sin embargo, en el caso de las empresas agrícolas la demanda sí puede ser presentada por los acreedores, ya que el arreglo amigable en ese caso hace parte del procedimiento de enderezamiento judicial.

debe ser realizada para garantizar la confidencialidad del acuerdo, que tendrá efectos contractuales.

El mandatario *ad hoc* no está limitado en el tiempo. Tiene una gran libertad de acción y de interpretación para tratar cualquier tipo de dificultad, ya sea con los acreedores, con los socios, con los proveedores o con el personal de la empresa, a partir del momento en que estas dificultades obstaculizan la posibilidad de permanencia de la empresa. La mayoría de las veces, este mandatario es nombrado para asistir al director de la empresa en la resolución de las dificultades económicas y financieras¹⁷.

La misión clásica que el presidente va a confiar tanto al mandatario *ad hoc* como al conciliador será siempre la de asistir al director de empresa. El papel de éstos no será nunca el de defender los intereses de alguna de las partes en conflicto, sino sólo de asistencia al empresario para tratar de restablecer la confianza entre las partes y proveer que deudor y acreedores encuentren un justo equilibrio entre lo que el deudor puede dar y lo que los acreedores pueden aceptar. Estos mandatarios negociarán con los acreedores y tratarán de obtener fuentes de financiamiento con los socios y prestamistas¹⁸.

Como el principal obstáculo para la misión del conciliador son los acreedores intransigentes, cuando hay uno que busca hacerse pagar persiguiendo por su cuenta los bienes del deudor, el conciliador tiene la facultad de pedir al tribunal la suspensión provisional de los procesos iniciados en contra del empresario que ha solicitado el arreglo amigable (L 611-4 al. 3). Esta medida puede ser impuesta a todos los acreedores, incluido el Tesoro Público. Pero en opinión de algunos¹⁹, esta suspensión se aviene mal con el carácter contractual y confidencial del arreglo amigable.

La suspensión no puede exceder la duración de la misión del conciliador, es decir, cuatro meses, y se aplica tanto a los procedimientos que buscan el pago de una deuda anterior como a la resiliación de un contrato.

Los efectos del acuerdo se pueden resumir así: 1. Por un lado, el acuerdo, enumera las medidas que permitirán a la empresa superar las dificultades. En este sentido, el acuerdo no tiene un carácter global, porque es muy raro que todos los acreedores participen en él. Se busca sólo la participación de los acreedores principales, es decir, aquéllos que permitirán, con su participación, enderezar la situación de la empresa. La lista de esos acreedores es dada por el deudor.

2. El acuerdo tiene un carácter colectivo. En efecto, no se trata de la simple yuxtaposición de varios acuerdos individuales. Se trata de un solo acuerdo con varios participantes, con miras a enderezar la situación de la empresa. Los acree-

17 A. REINS. "Etat des lieux et propositions des acteurs de la prévention en France", en *Actas del Foro de Affic*, cit., 25.

18 Ídem.

19 GUYON. Ob. cit.

dores realizan sacrificios que no necesariamente son iguales para todos. Algunos pueden dar plazos de pago, otros perdonar la deuda.

El acuerdo no es forzado sino espontáneo. Los acreedores aceptan libremente otorgar al deudor plazos o remisiones de deuda. También pueden ayudarlo de otra manera, por ejemplo garantizando un nuevo préstamo al deudor.

Los acreedores que han otorgado plazos no pueden seguir persiguiendo al deudor²⁰. En contrapartida, los plazos para accionar en contra del deudor se suspenden durante la duración del arreglo amigable.

En principio, los demás acreedores que no han participado del acuerdo conservan sus derechos para perseguir al deudor, ya que el acuerdo es de naturaleza contractual y tiene un efecto relativo. Sin embargo, este efecto relativo desaparece si el deudor solicita al tribunal la homologación del acuerdo (L 611-4 al.8). El tribunal puede rehusar la homologación, pero cuando la acuerda, puede imponer plazos de pago a los acreedores que no participaron del acuerdo, que van hasta dos años, incluido el Tesoro Público²¹.

La homologación no purga las eventuales irregularidades que se hayan presentado en la formación del contrato, por ejemplo en lo que respecta a los vicios del consentimiento de los acreedores que participaron del acuerdo.

Finalmente, el acuerdo de arreglo amigable tiene un carácter sinalagmático. En efecto, si los acreedores conceder plazos de pago o remisiones de deuda, el deudor debe, en contrapartida tomar las medidas necesarias para sanar su situación (aumentar el capital social, reducir costos, vender activos improductibles, despedir empleados), y ello de conformidad con el derecho común, ya que todavía no estamos dentro del procedimiento colectivo.

El conciliador debe hacer estipular dentro del acuerdo las medidas que aseguren un buen funcionamiento de la empresa. En ese sentido, debe designar un controlador de gestión, al que el deudor deberá informar y consultar sobre sus actos de gestión de la empresa, de conformidad con las modalidades previstas en el acuerdo.

En caso de inexecución por el deudor de alguna de sus obligaciones financieras definidas en el acuerdo amigable, el Tribunal declara la resiliación de éste y todas las obligaciones se vuelven inmediatamente exigibles (art. L 611-4 al. 10). Puesto que el deudor cae en ese momento en cesación de pagos, se abre el procedimiento de enderezamiento o liquidación judicial.

Una vez presentados el funcionamiento y las bases del procedimiento preventivo de las dificultades en Francia, debemos anotar que para la doctrina²² la ley francesa permite efectivamente escapar a algunos de los inconvenientes del concordato preventivo al poner en marcha un procedimiento de alerta y un arreglo amistoso.

20 Com. 14 de mayo de 2002, D. 2003, 615, nota MARTINEAU-BOURGUINAUD.

21 Com. 16 de junio de 1998, D. 1998, 429, nota DERRIDA.

22 KERKCHOVE. Ob. cit.

Sin embargo, las dificultades que aparecen en la práctica se deben a un desconocimiento de estos mecanismos por parte de los operadores económicos (empresarios, contadores, académicos, jueces y abogados), a una carencia de información institucional y a una falta de condiciones materiales suficientes para poder aplicar estos mecanismos²³.

Para tratar de detectar rápidamente los primeros signos de fatiga de la empresa, es necesario contar con técnicas de evaluación de riesgos eficientes, y de un buen circuito de información. La técnica de prevención por la información tiende a circunscribir muy de cerca la situación económica, social y financiera de la empresa concernida.

Los actores de la prevención en su fase de detección y alerta deben ser conscientes de la importancia que reviste la honestidad y la rapidez en la difusión del conocimiento que tengan de algún signo de enfermedad de la empresa. Estos actores son principalmente el deudor, los acreedores, sus abogados y contadores, y también los empleados y la jurisdicción comercial²⁴. Son una parte de los operadores económicos, en términos de otros autores. Para algunos se trata de desbloquear la información que tienen, y para otros, de permitir y asegurar su difusión. A través de su efecto conjugado, las diferentes técnicas de evaluación del riesgo deben permitir una propagación de la información hasta la jurisdicción comercial, que tomará el relevo y tratará de asegurar, mediante un control externo y reforzado, el mantenimiento de la empresa.

Para dar publicidad a los empresarios sobre las técnicas de información, existen en Francia alrededor de quince centros de información sobre la prevención (CIP), creados por iniciativa de los tribunales de comercio y profesionales del derecho. Los autores abogan por una multiplicación del número de esos centros.

Las anteriores críticas, y sobre todo algunas ideas para solucionar las deficiencias encontradas a lo largo de 10 años de reforma, fueron presentadas en un estudio realizado por la Cámara de Comercio de París²⁵ en vísperas de la redacción del proyecto de ley que busca adaptar la legislación en materia de prevención de las dificultades a la realidad del manejo de las empresas que se constata luego de 20 años de vigencia legislativa.

III. EJES DE REFLEXIÓN "PARA UNA REFORMA LEGAL AMBICIOSA"

La Cámara de Comercio y de Industria de París (CCIP) quiso presentar una propuesta que trajera coherencia a la legislación en materia de prevención. El estu-

23 REINS. "Etat des lieux et propositions des acteurs de la prévention en France", cit., 25; ROMANI. "Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises", cit., 173.

24 Esto es, el tribunal de comercio junto con su secretario. Ídem.

25 Reporte Courtière, Comisión Jurídica de la Cámara de Comercio y de Industria de París. *Relancer la réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises – Axes de réflexion préconisés par la CCIP-*, adoptado por la Asamblea General el 24 de abril de 2003.

dio en mención²⁶ constata, primero, que los textos de ley vigentes se articulan alrededor del enderezamiento judicial, cuando en realidad la mayoría de los procedimientos colectivos desembocan en liquidación; segundo, que los mecanismos de prevención, que son el mandato *ad hoc* y el arreglo amigable, parecen ser efectivos, pero en la práctica pocas empresas recurren a ellos.

En este contexto, la CCIP estima que se debe favorecer la puesta en marcha de los mecanismos legales lo más anticipadamente posible, y desarrollar al máximo los dispositivos de prevención, en particular los que implican detección de las dificultades. Antes de la reforma legal de 1994, se verificó que los mecanismos de prevención presentados por la ley de 1984 estaban subutilizados, tanto por parte de los empresarios como por parte de la misma jurisdicción comercial. La reforma legal de 1994 quiso mejorar el dispositivo en cuatro grandes campos, el primero de los cuales era mejorar la prevención²⁷. Pero la voluntad del legislador de 1994 de restaurar los derechos de los acreedores resulta en gran medida incompatible con la finalidad de preservar la empresa y los empleos, que era la finalidad primera buscada por el legislador de 1984²⁸.

Para el empresario, el tratamiento de las dificultades comienza realmente con la apertura del procedimiento de enderezamiento judicial cuando ya ha caído en cesación de pagos. Admitir las dificultades antes de caer en esa situación y buscar ayuda parece ser una decisión que presenta gran dificultad, desde el punto de vista psicológico, y desde el punto de vista de la confianza de los acreedores y prestamistas.

Esto implica que estadísticamente²⁹, en Francia, el 80% de las empresas que se someten a un procedimiento colectivo terminan liquidadas inmediatamente, sin pasar por el enderezamiento judicial. El enderezamiento concierne solamente a una empresa sobre cinco³⁰. Inversamente, los mecanismos de prevención, que son el mandato *ad hoc* y el enderezamiento amistoso, presentan un éxito del 75% según estadísticas llevadas por el Tribunal de Comercio de París, pero muy pocas empresas recurren efectivamente a ellos³¹.

La CCIP concluye que una primera reforma debe entonces tender a dar coherencia a la legislación mediante la articulación de diferentes mecanismos de prevención y tratamiento de las dificultades. Por otro lado, para la CCIP la noción de cesación de pagos debería ser redefinida, ya que la constatación es que cuando el procedimiento colectivo se abre, ya es demasiado tarde para poder enderezar la empresa y hay que proceder mejor a su liquidación; pero, a la inversa, hay em-

26 Ídem.

27 Los otros tres fueron la simplificación y aceleración de los procedimientos, la restauración de los derechos de los acreedores y moralización de los planes de cesión.

28 Reporte Courtière, cit.

29 Estadísticas expuestas en el Reporte Courtière, cit.

30 Ídem.

31 Ídem.

presas que a pesar de entrar en la categoría legal de cesación de pagos pueden ser todavía salvadas y en la práctica lo serán, si se les aplica alguna técnica de prevención, generalmente el arreglo amistoso³².

Importantes problemas prácticos se presentan entonces. La Corte de Casación, por ejemplo, ha tenido que pronunciarse sobre el nivel de autoridad de la decisión judicial de homologación de un acuerdo amistoso, y sobre todo, sobre el aspecto crucial de saber si la apertura de un arreglo amistoso debe o no impedir, en caso de procedimiento colectivo posterior, retrotraer la cesación de pagos a un momento anterior a la fecha fijada por el tribunal. Así, una sentencia de la sala comercial de la Corte de Casación³³ respondió negativamente a esa pregunta. En términos de la Corte,

... ni la decisión que abre el arreglo amistoso, ni la que suspende las acciones en contra del deudor, ni la que homologa el acuerdo concluido, tienen autoridad de cosa juzgada en cuanto a la fecha de la cesación de pagos [...] [L]a apertura del procedimiento de arreglo amistoso no es obstáculo para que se pueda reportar la fecha de cesación de pagos.

Los elementos de solución que propone la CCIP para tratar de dar coherencia al sistema legal, son:

– Si el riesgo de crisis o enfermedad es inherente a la vida de las empresas, la desaparición de éstas, así como la de los empleos que conlleva, solo podrá ser limitada mediante el favorecimiento de la puesta en marcha lo más anticipadamente posible de los mecanismos legales. Esto será posible mediante el desarrollo de los mecanismos de prevención y en particular de detección, como la alerta.

– Es conveniente otorgar un justo lugar al procedimiento de enderezamiento judicial e interrogarse sobre los criterios de apertura. Es necesario, entonces, permitir al empresario solicitar que sus acreedores no puedan ejercer sus derechos individuales en su contra mientras se realiza el enderezamiento de la empresa.

En la realidad, tres situaciones pueden ocurrir:

– O bien el deudor, confrontado a sus dificultades, siente que puede manejar la situación y su reestructuración sin necesidad de paralizar las acciones individuales de sus acreedores. Este caso entraría dentro del arreglo amistoso, en el cual la decisión de paralizar las acciones individuales no debería ser impuesto.

– O bien la empresa ya está en cesación de pagos, caso en el cual se le debe abrir procedimiento de enderezamiento judicial.

– O bien la empresa se encuentra en una situación intermedia, donde todavía no hay cesación de pagos pero un eventual acuerdo con los acreedores sería ilusorio por la obstinación de algunos en ejercer sus derechos de cobro del pago de

32 Ídem.

33 14 de mayo de 2002, D. 2003, 615, con nota de MARTINEAU-BOURGUINAUD.

sus acreencias. En este caso, la apertura de un enderezamiento judicial debería ser posible de manera anticipada y a petición del deudor.

La CCIP estima que un segundo gran eje de reforma debería tender a dar rigor a cada uno de los mecanismos. Así, debería consagrarse la eficacia de la prevención-detección.

De una manera más esquemática, los ejes de reflexión para la reforma preconizados por la CCIP giran alrededor de dos ideas fundamentales. Veamos.

A. Consagrar la eficacia de la prevención-detección³⁴

A pesar de todo lo útiles que pueden resultar las medidas de prevención, solo pocas empresas recurren a ellas. Es entonces en el aspecto cuantitativo y no cualitativo donde el legislador deberá actuar.

La eficacia de las acciones de prevención podría ser mejorada de existir en la práctica un verdadero carácter nacional y medios financieros y logísticos suficientes para desarrollarlas, y de otro lado, si existiera una verdadera información por parte de los operadores económicos interesados. Con el fin de consagrar la eficacia de la prevención-detección, los ejes de reforma propuestos son los siguientes:

1. Dar a la prevención un verdadero carácter nacional: territorialmente, debe haber una oficina de prevención por lo menos en cada departamento.

2. Dotar a las oficinas de prevención de medios logísticos y financieros suficientes.

3. Lanzar una campaña de información sobre el tema de la prevención: es importante informar y comunicar a los empresarios, sobre todo de las pequeñas empresas, que no cuentan con los medios suficientes para informarse, sobre los mecanismos de prevención y tratamiento de las dificultades. Sobre todo, hay que sensibilizarlos acerca del carácter no punitivo de los mecanismos. Esta información puede realizarse por la vía común de las empresas, esto es, a través de las cámaras de comercio y demás operadores del manejo empresarial.

4. Desarrollar los esfuerzos de detección. Siendo la rapidez en la búsqueda de soluciones el secreto del éxito del levantamiento de las empresas, el esfuerzo debe estar enfocado en las técnicas de prevención-detección, es decir, en involucrar a todos los operadores que tienen acceso a la información sobre la situación de la empresa, y en que esta información pueda ser rápida y discretamente difundida.

34 Los practicantes del derecho del procedimiento colectivo en Francia, y en particular la CCIP, diferencian los vocablos de prevención-detección y prevención-tratamiento, e incluyen dentro de cada una de estas categorías una técnica de prevención específica: alerta, mandato *ad hoc* o conciliación.

B. Reafirmar el carácter preventivo del mandato *ad hoc* y del arreglo amistoso

Para reafirmar el carácter preventivo del mandato *ad hoc* y del arreglo amistoso, los ejes de reforma propuestos son:

1. Utilizar el arreglo amistoso exclusivamente como un mecanismo de prevención. Como el mayor obstáculo para que un arreglo amistoso funcione son los acreedores recalcitrantes, que poseen el "arma" de la amenaza de ejercer sus derechos individuales, éstos derechos deberían ser paralizados. Pero ello implica una decisión jurisdiccional. Actualmente existe la posibilidad de solicitar al juez que los acreedores no puedan ejercer individualmente sus derechos, dentro del marco del procedimiento amistoso. Pero en opinión de la CCIP, debería quitarse esta posibilidad dentro del concordato preventivo, y abrirse la posibilidad al deudor de solicitar anticipadamente la apertura de un procedimiento de enderezamiento judicial que lleva consigo la parálisis de las acciones individuales.

2. Conservar la flexibilidad de esos mecanismos. El éxito de los mecanismos de prevención se debe ante todo a su flexibilidad.

IV. PROPUESTAS DE LA REFORMA EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO DE LAS DIFICULTADES

Una vez presentados los ejes expuestos por la CCIP para aclarar el espíritu del legislador de 2004 en la reforma al régimen del concordato preventivo francés y de los mecanismos de verificación de riesgos, veamos cuáles han sido las propuestas presentadas en el proyecto de ley que está siendo actualmente debatido.

Esperada durante varios años y solicitada por los practicantes y doctrinantes, la reforma al régimen del procedimiento colectivo cursa actualmente en el Parlamento. De inspiración más pragmática que dogmática, se trata de una gran reforma, tanto por su talla como por su ambición³⁵, sin llegar a ser realmente revolucionaria ya que no acaba con ninguna de las instituciones preexistentes.

El proyecto de ley tiene como objetivo fundamental corregir el carácter tardío y complejo de una legislación que no ha obstaculizado la desaparición anual de 40.000 empresas. Reconoce la insuficiencia de los mecanismos de prevención, tratando al mismo tiempo de fortalecer los existentes, y aun de crear nuevos.

Habiendo atendido en gran parte los reclamos de la CCIP, el proyecto prevé el mantenimiento de los procedimientos preventivos (mandato *ad hoc* y conciliador), y la creación de un nuevo procedimiento llamado de "salvaguardia". Este nuevo procedimiento comienza a iniciativa del jefe de empresa, quien continúa a la cabeza de sus negocios. Dicho procedimiento permite suspender el término de exigibilidad de las acreencias con el fin de permitir la organización de una ne-

35 A. LIENHARD. "Le point sur la réforme des procédures collectives-Avant projet de loi de sauvegarde des entreprises", *R. Dalloz* 2003, Chroniques, 2554.

gociación entre la empresa y sus acreedores dentro del marco de dos comités: un comité de verificación de créditos y un comité de proveedores.

El procedimiento de arreglo amistoso cambia de nombre. Ahora se llamará "procedimiento de conciliación", lo que institucionalizaría la importancia del rol del conciliador. El procedimiento de conciliación es aplicable a las empresas comerciales y artesanales que presentan alguna de las dos condiciones siguientes³⁶:

- Atravesar una dificultad jurídica, económica o financiera real o previsible.
- Llevar menos de 45 días en estado de cesación de pagos.

La gran novedad del proyecto es la creación de un procedimiento intermedio entre el concordato preventivo y el enderezamiento judicial, aplicable a las empresas que ya se encuentran en estado de cesación de pagos pero sólo de manera reciente. El conciliador designado por el tribunal tiene por misión vigilar las operaciones de gestión de la empresa y negociar un acuerdo entre deudor y acreedores. Para ello, tanto el deudor como la jurisdicción comercial deben comunicar al conciliador toda la información de la que disponen. Vemos aquí una manifestación del deseo del legislador de institucionalizar la fluidez de la información.

Este acuerdo podrá ser homologado³⁷ si se reúnen las condiciones siguientes:

1. Si el deudor no estaba en cesación de pagos o el acuerdo pone fin a este estado.
2. Si los términos del acuerdo tienen por objetivo la sobrevivencia de la empresa.
3. Si el acuerdo no atenta contra los intereses de los acreedores que no participaron de él³⁸, sin perjuicio de la facultad del juez de reportar o fraccionar el pago dentro del límite de dos años, en consideración a la situación del deudor y las necesidades del acreedor.

En opinión de algunos autores³⁹, se ve en este nuevo procedimiento la influencia del *Chapter Eleven* norteamericano [del Código de Quiebras], donde luego de la apertura del procedimiento se instituyen comités por categoría de acreedores (privilegiados, quirografarios, asalariados, accionistas), integrados por máximo siete acreedores cada uno y representantes del conjunto de acreedores pertenecientes a esa categoría, que negociarán con el deudor las condiciones de su plan de enderezamiento⁴⁰.

Diversas medidas dan seguridad a los acreedores: así el beneficio de una prioridad de pago, acordada por privilegio frente a las deudas nacidas con anterioridad a la apertura del enderezamiento amistoso, a aquéllos que, dentro del marco de este acuerdo, den crédito al deudor que permita asegurar el financiamiento de la empresa.

36 Artículo 5.º del proyecto.

37 Artículo 7.º del proyecto.

38 Artículos 1244-1 y siguientes C. C.

39 LIENHARDTH. ob. cit.; SOINNE. Ob. cit.

40 *Ibíd.*, n. 16.

Con el fin de mantener la flexibilidad de los mecanismos de prevención, el contenido de la misión del mandatario *ad hoc* y del conciliador no está encuadrado por el proyecto de ley, sino que aquellos deben adaptarse caso por caso⁴¹.

CONCLUSIÓN

El proyecto de modificación al sistema legal francés de la prevención y tratamiento de las dificultades ha escuchado las voces de las personas mejor situadas para abogar por un perfeccionamiento de los textos que permita una mejor adaptación a la realidad.

Como dice un gran sector de la doctrina⁴², no hay que esperar un texto normativo consagrado al tratamiento, a la prevención y a la solución de los problemas económicos y financieros a los cuales se ven enfrentadas las empresas. Ninguna ley sobre concordato preventivo o procedimiento colectivo, por bien redactada que esté, será suficiente para inyectar vida y dinamismo a empresas moribundas⁴³. Pero lo que es cierto es que la ley puede y debe contribuir, de una parte, a asegurar el levantamiento de empresas sanas, y de otra, a organizar la desaparición de empresas deficitarias en las condiciones más satisfactorias para los acreedores. Estos objetivos serán alcanzados mediante la puesta en marcha de mecanismos idóneos de detección, prevención y tratamiento de las dificultades de las empresas.

La ley sobre prevención de dificultades ilustra el tránsito de un derecho impuesto a un derecho negociado⁴⁴. Debe traducirse en una ley de regulación del derecho que repose sobre relaciones de confianza y sobre la noción de responsabilidad de los actores. Ha de ser un derecho flexible que permita reservar un lugar importante a la negociación convencional. La realidad social actual impone replantear la ley no como un texto de contenido inamovible, sino más bien como un sistema de organización eficaz, adaptable a la complejidad de las realidades fluctuantes de las sociedades modernas.

La mutación de las formas del derecho debe estar acompañada de un cambio en la mentalidad judicial. Para que un concordato preventivo sea exitoso, no cabe duda que debe darse la prioridad a las relaciones de confianza. La voluntad conjunta de evitar la quiebra debe estar al origen de un compromiso mutuo cuya cuna es la confianza. Es el espíritu de cooperación el que debe primar sobre cualquier relación de fuerza. Realizar un arreglo amistoso no es un camino desprovisto de riesgos, pero estos riesgos se pueden controlar mediante la intervención judicial.

41 Por todos, A. OUTIM-ADAM. "Relancer la réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés de entreprises-Axes de réflexion préconisés par la CCIP", *JCPE*, 3 de julio de 2003, n. 27, 1113.

43 GUYON. Ob. cit.; COURTIÈRE. Ob. cit.; SOINNE. Ob. cit.

44 Ídem.

44 BOURRIE-QUENILLET. Ob. cit.