

EL ILUSORIO BLINDAJE DE LAS GARANTÍAS FRENTE AL CONCURSO

MARTÍNEZ BLANCO CAMILO¹

1.-UNA CONSTATACIÓN FRECUENTE

Con inocultable fastidio, apreciamos que cada vez más gana terreno en la prédica y literatura financiera, la tesis que cuando el sistema concursal osa, siquiera rozar alguna de las “vacas sagradas” del orden financiero tradicional, se alcen voces advirtiendo sobre la inminencia de que se desplome todo el edificio crediticio. “¡Qué de esa forma el crédito se encarece!, ¡qué se desincentiva la actividad financiera incrementando la tasa de riesgo!, ¡qué se alteran las reglas de juego!, ¡qué por algo el sector recurre en forma habitual a garantías especialmente diseñadas para dotar a las operaciones de certeza!, ¡qué esas garantías nunca pueden ser tocadas!, ¡qué frente al desastre del deudor común, debe primar la defensa de aquellos acreedores más diligentes y precavidos !”...son cantinelas recurrentes, que entonadas por los interesados juglares de siempre, afloran cada vez que a través del ordenamiento concursal se pretenden repartir más justa y equitativamente entre el colectivo involucrado, los daños causados o atender a las situaciones de excepcionalidad. Decimos que los autores de estas consabidas letanías son siempre los mismos, y responden inequívocamente al sector de la intermediación financiera (cuando hablan del “crédito” en términos generales, en realidad, sólo defienden al crédito financiero, pues la proveeduría difícilmente recurre a las garantías reales para minimizar sus riesgos), al que pretenden blindar contra lo que consideran efectos contraproducentes de los Concursos de Acreedores.

2.-UNA ACOTACIÓN NECESARIA

Pretenden quienes así predicán, posicionarse siempre en mejor posición que el resto de los mortales acreedores, aunque éstos sean aquellos proveedores que aportan lo esencial para la continuidad de una empresa: energía, materias primas, insumos o servicios exclusivos. Dicho sea de paso, y en orden de prioridades, cabe interrogarnos si es más importante atender a los intereses de unos proveedores en claro perjuicio de otros. Frente a una imprenta que afronta dificultades ¿es más importante atender al proveedor de servicios financieros que ya agotó su perspectiva negocial y no financia más la actividad cuestionada o al proveedor de papel y tinta que intenta con nuevos suministros (aunque sean de venta al contado) hacer su negocio pero también posibilitar la salida de la susodicha imprenta? Al no existir, por su propia definición temporal, préstamos de dinero con amortización al contado, los prestamistas dejarán de prestar, pero además el trance concursal y los incumplimientos previos, ya han colocado a ese cliente en una franja de riesgo con una mala calificación interbancaria. No sólo deja de ser buen negocio prestarle a un cliente en dificultades concursales por el riesgo cierto de que su retorno diferido sea ilusorio, sino que al hacerlo las exigencias bancocentralistas encarecen la operativa con encajes acordes con la mala calificación del deudor.

La realidad señala que el proveedor de servicios mercantiles o de insumos industriales, acostumbra seguir con su canal de ventas abierto. Y de esa forma continúa dándole de comer ración a la gallina para que no deje de poner huevos, que además servirán de alimento a todos quienes participan en la puesta en escena concursal (no sólo a esos arriesgados proveedores).

3.-UNA VANA ILUSIÓN

Entonces ¿es razonable comprar la idea de que existen blindajes perfectos frente a la insolvencia futura de aquellos clientes que promueven concursos? ¿Es creíble acaso pensar que hay acreedores financieros que por poseer “garantías mágicas” van a quedar a salvaguarda de los maleficios del Concurso de Acreedores? ¿Quién les asegura que los instrumentos de que disponen los abstraerán de los previsibles malos resultados de una empresa concursada? ¿Son

¹ Cátedra de Derecho Concursal, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, www.um.edu.uy
 cmartinez2@correo.um.edu.uy

acaso los mismos que les vendieron la piedra filosofal de la eficacia de esos instrumentos? ¿Los mismos que intentan posicionar en mejor a los prestamistas de siempre? Dicho sea al pasar: Nótese la carga peyorativa que aún hoy tiene la real actividad (prestar dinero con lucro desmedido) que realizan las instituciones de intermediación financiera, por más que sus ejecutivos no luzcan los ropajes del shakesperiano Shylock del Mercader de Venecia. Pretendiendo mejorar su imagen eluden presentarse como prestamistas, haciéndose llamar “prestadores de servicios financieros”, intentando posicionarse como un proveedor de insumos o un prestador de servicios más.

Yendo al grano, a nuestro entender no existe un blindaje de probada eficacia frente a la insolvencia de un deudor que es declarado en Concurso de Acreedores. Todos los instrumentos de refuerzo o garantía de créditos se verán afectados (lógico que con distinta graduación en su gravedad) cuando el Concurso con su carga patológica toca a la puerta del insolvente. Por eso consideramos que es comprar espejitos de colores, creer que cuando una empresa comienza a tener dificultades y los quebrantos afloran afectando sus resultados operativos, algún “elegido” de entre sus acreedores va a quedar por fuera del riesgo sin que lo salpiquen los problemas.

Desde que un comerciante toma un préstamo prometiendo honrar en el futuro su amortización, desde que compra algún bien material o adquiere uno inmaterial a otro y difiere el pago de su precio para el futuro, no existe mecanismo inventado por el hombre que haga desaparecer totalmente el riesgo crediticio. Podrá minimizarse, podrá reducirse, podrá diferirse pero el riesgo de no poder dar cabal cumplimiento a las obligaciones contraídas, siempre estará rondando la actividad empresarial.

Así como no es posible que por arte de birlibirlique un crédito incobrable se convierta en bueno, tampoco es posible exigir que una empresa agotada por las escaramuzas pre-concursales a la que no le quedan recursos suficientes para subsistir con holgura sea celoso guardián de las garantías que en aquella etapa le “birlaron” sus suministradores de capital financiero.

4.- UNA DEMOSTRACIÓN PALMARIA

Un caso reciente en que personalmente nos involucramos trae al tapete el tema. Una empresa constructora había cedido en garantía a favor de una entidad financiera los derechos de cobro de varias obras. Cuando la firma constructora es declarada en Concurso de Acreedores, el banco acreedor pretende cobrar los créditos cedidos en su integridad, retaceándole las disponibilidades para poder seguir generando negocios e incluso para cumplir con los compromisos pactados. Pero por otra parte, se le exige que siga adelante con las obras en construcción, para que la entidad financiera, que supone tener una garantía a prueba de balas, pueda cobrar los resultados de una obra cedida. Se trata de un planteo utópico, donde la conclusión lógica es que nadie puede abstraerse totalmente de los malos resultados de un concurso, ni siquiera aquel que piensa que contaba con una blindada garantía, si es que éstas existen.

¿Qué estudio se hizo acerca de las necesidades operativas de la propia empresa? ¿Le queda “resto” para cubrir sus costos de funcionamiento?. Volviendo al ejemplo recurrente El banco así garantizado, tuvo que dejar que la gallina siga comiendo ración para que pudiera seguir produciendo. Para ello, tuvo que revisar los supuestos de la garantía, los términos de la cesión y adecuarlos a la nueva situación. Es decir, debió “renegociar la garantía”, pues lo contrario sería pretender que la gallina ayune pero que igual siga produciendo. En la aldea gallega donde nació, donde por cierto no abundaba la comida para los hombres (dije “hombres”, no humanos, porque aquellos eran quienes debían ir a trabajar fuera y por eso se alimentaban primero) Cañotas estaba intentando criar un burro sin darle de comer, cuando al tiempo sus vecinos le preguntaron en que andaba la crianza del pollino, dijo muy triste: “Mal, pues cuando había aprendido a vivir sin comer, se me murió.....”

Menuda tarea enfrentan quienes pretenden abstraer al concursado de los avatares de su propia insolvencia. El Concurso de Acreedores, como ya analizamos, siempre va a salpicar a quienes están alrededor y un acreedor por más garantías que haya cosechado en la etapa in bonis, también ingresará al bando de los damnificados por el concurso.

Lo contrario es sostener el ridículo planteo que todo el sistema crediticio existe sólo en función de las garantías, magnificando su naturaleza accesoria o colateral. Esa sobrevaloración de las garantías, pierde vista aquellos elementos que están en el origen del crédito en tanto principal. Obnubilados por la apropiación de las garantías, descuidan analizar las tres C del crédito.

5.-UNA INOLVIDABLE LECCIÓN

Para recordar lo que son las tres “C” del crédito, deberemos reiterar conceptos que con frecuencia olvidan los analistas de riesgos. Los entendidos, repiten siempre que pueden, que una actividad mercantil, para ser exitosa requiere en lo interno del esfuerzo combinado de las tres “C”: “capital”, “conducta” y “capacidad”. Y eso

es fundamental que se sopesen por parte de quien tiene que dar un crédito, pues si se carece de una sola de estas "C", el postulante está condenado al fracaso.

Lógico que las carencias son más notorias en los momentos de crisis, donde es necesario que el peticionario del crédito disponga de capital, pero también que demuestre capacidad, y además que lo haga en un marco donde no se incurra en conductas reprobables.

La falta de capacidad se traduce, no solo en la carencia de habilidad para timonear las etapas difíciles, sino además en no saber (o no querer) leer los "avisos" de las crisis que se avecinan y que van a afectar su emprendimiento. Esa incapacidad de prever, hace que se prosiga actuando en forma indolente, sin adoptar a tiempo las medidas necesarias que permitan sortear lo inminente.

La falta de conducta empresarial no sólo se exterioriza en un actuar doloso o fraudulento, pues también es una traducción de inconducta el desorden administrativo o la desorganización interna, que en innumerables casos acompañan las crisis empresariales.

La carencia de capital hace que las empresas languidezcan, pues es otro de los elementos básicos para el éxito empresarial. Muchas veces, el capital no desaparece de golpe, sino que se va perdiendo en un lento proceso, sin que se adopten oportunos correctivos de salvaguarda. Y no abundan los casos en que el empresario procede a reinvertir en la empresa en dificultades, parte de los retiros y lucros percibidos en los períodos de bonanza.

En la etapa que el crédito se forma, todas esas "C" debieron haber sido analizadas por quien otorga un crédito, pues la patología crediticia encuentra su simiente al momento de su concesión. Un crédito que no llega a un buen fin (que no se honra, que no se paga en forma puntual) no es sólo un crédito "mal tomado", sino que fundamentalmente es un crédito "mal concedido". Faltó analizar la real capacidad de pago (o los antecedentes o conductas, o conocer el capital arriesgado), generalmente haciendo caso omiso a los problemas de información en la etapa constitutiva del crédito: "se carecía de información", "no se recabó toda la información que se requería", "la información que se disponía no era veraz o transparente", "no se leyó bien la información existente" Se olvida con demasiada frecuencia que el simple hecho de disponer de una garantía (cualquiera ella sea) no asegura al prestamista aislarse de la inminente etapa patológica. Cuando hacemos la disección del cadáver concursal, encontramos que nada de aquello se tuvo en cuenta, solo se guió el acreedor financiero por la máxima: "tiene una garantía = accede a un crédito". Y además se apoyan en el aforismo: "la mayoría de los clientes cumplen bien" (así lo indican los grandes números y el bajo porcentaje de morosidad) o en la reducción de costos ínsita en la ecuación "disponer de una garantía mejora la certeza de cumplimiento". Aunque proceder de esta forma, no habla nada bien de la profesionalidad de los analistas de riesgos que autorizaron el crédito (fundamentalmente financiero), lo cierto es que a la hora de medir la eficacia del sistema crediticio, los "prestamistas" son permanentes apropiadores de las garantías reales, sobrestimando el efecto disciplinador de éstas y pretendiendo ubicarse "por fuera" de los efectos del incumplimiento generalizado que caracteriza el estado de insolvencia. Quién cree que sin atender las causas se pueden minimizar los efectos de la patología crediticia, no comulga con el pensamiento científico.

6.-UNA DESMEDIDA VALORACIÓN

Cuando analizamos la desbalanceada apreciación de los prestamistas hacia lo accesorio (las garantías), abstrayéndose de la capacidad y conducta de quien toma el préstamo, notamos además la mala apreciación del riesgo.

Olvidan, que cuando llegue el momento concursal, toda hipoteca será pasada por la lupa. Es que más allá del "automatic stay" (espera reflexiva de 120 días consagrada en la ley concursal) siempre será examinada la pertinencia de aquella garantía real, aunque más no sea que para descartar si fue contraída en el período de sospecha que amerite su revocación. O que no garantiza el cobro de un crédito subordinado y que por lo tanto deberá ser cancelada. Respecto de los créditos subordinados, recordamos que la ley 18.387 (nal.2 del art.111) , atiende no a la naturaleza del crédito, sino a la persona titular del derecho. Una "persona especialmente relacionada con el deudor", puede poseer una garantía hipotecaria o prendaria, y no por ello se convierte en acreedor con privilegio especial. Por el contrario, es un simple acreedor subordinado, por lo que identificado como tal, se procederá a cancelar las garantías que muchas veces rodean estos créditos. Así lo dispone el artículo 113: "Si el acreedor declarado especialmente relacionado con el deudor no recurriera la resolución judicial aprobatoria de la lista de acreedores, el Juez del Concurso dispondrá, cuando corresponda, la cancelación de todas las garantías de dicho crédito inscritas en los Registros Públicos".

Se trata de una innovación introducida por la reforma concursal, muy importante, lo que además nos hace revalorizar el trascendente papel que cumple la lista de acreedores y la escasa atención que se le da en la práctica, por el Síndico o Interventor y/o el propio Tribunal. Pretender que una hipoteca por el hecho de sólo hecho de llamarse así, quede fuera de su detenido análisis es sumarse a las corrientes fundamentalistas que no solo en materia religiosa aquejan este tercer milenio. También es fundamentalismo pretender que un fideicomiso de garantía o una

cesión global de créditos futuros sean aceptados sin más por el Concurso, sin someterlos a un examen de pertinencia. Y lo peor aún es estallar en berrinches cuando el concursado no puede dar cumplimiento a obligaciones desmedidas, como seguir generando documentos para alimentar la cesión de créditos, cuando no hay ventas o las mismas se reducen (?). Pretender hacer valer per se una garantía pactada en un período in bonis, es olvidar que sin alimentación genuina (continuidad de proveeduría y nuevas fuentes de financiación que posibiliten concretar nuevos negocios rentables) no hay producción posible. Es el ejemplo pedestre de la gallina y los huevos.

7.-UNA CERTEZA INNEGABLE

Ya cuando la reforma concursal se aprobó, se alzaron voces discordantes contra la afectación provisoria de 120 días de las hasta ahí consideradas intocables prendas e hipotecas. Se argumentó por los discrepantes que estas garantías reales, perderían parte de la fortaleza que hasta ese momento poseían, temiendo que eso pudiera influir negativamente a la hora de conceder créditos a las empresas. Algunos doctrinos, incluso al día de hoy, siguen hablando en forma impropia de acreedores preferentes para referirse a aquellos que obtuvieron garantías reales en la etapa anterior al Concurso de Acreedores. No compartimos ese criterio. Es más, creemos que la realidad concursal reclama dejar de lado la prescindencia tradicional de los acreedores hipotecarios y prendarios, demasiado alejados de la suerte de su deudor común. Para nosotros, la Ley 18.387 impuso un gran avance en el sentido de aumentar el grado de compromiso de “todos” los acreedores en la salida concursal. Y los que predicán la intangibilidad de las garantías reales, en especial la hipoteca, olvidan interrogarse: ¿Qué pasa entonces con la hipoteca otorgada entre gallos y medianoches? ¿Deberá siempre “comprarse por buena”, a pesar de la ínsita revocabilidad del nal.2 del art.81.? ¿Y la hipoteca caducada, afectada por el inexorable transcurso del tiempo? ¿Deberá admitirse a pesar de su inexistencia real? Sólo por que se llame hipoteca deberemos abstraernos de los exámenes acerca de la pertinencia y admisión de ese negocio jurídico? ¿Obviamos entonces someter a las garantías reales al inquisitivo tránsito de la verificación? ¿No se le aplican acaso las disposiciones del capítulo I “Verificación de Créditos” del Título V de la ley 18.387?

La respuesta a esta última pregunta es: *Por supuesto que se le aplican* , y así lo hemos sostenido en forma reiterada. Interrogados acerca de quiénes deben verificar sus créditos; la respuesta no es otra que: “todos”. El artículo 55 dispone: “Todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio quedarán comprendidos en la masa pasiva del concurso...”. Ergo: no hay acreedores preferentes como insinúan algunos, aquellos con prenda e hipoteca devinieron con la reforma en “acreedores con privilegio especial”. Además la “verificación de créditos” es un capítulo del Título “Formación de la masa pasiva”. Sumadas ambas disposiciones, la convocatoria deviene universal. Máxime si en todo el capítulo se lo menciona, sin distinguo alguno: “Los acreedores deberán presentarse a verificar sus créditos...” (artículo 94). Tampoco de los efectos y las excepciones (artículos 99 y 100) deducimos exoneración alguna de la obligación de verificar a acreedores de cualquier naturaleza. Y de acuerdo al art. 109, estos acreedores con garantías reales, están obligados en su insinuación a acreditar la inscripción de sus gravámenes en el Registro correspondiente o en el caso de la prenda común a acreditarla mediante documento público o documento privado con fecha cierta o comprobada.

8.-UNA MITOLÓGICA COMPARACIÓN

Dudo que el mitológico Sísifo padeciera más suplicios, que el prestamista que posee una garantía que ilusamente supone blindada contra la insolvencia de su deudor. Empuja la piedra del riesgo cuesta arriba para alejarla de su operación, pero su momento de gloria dura poco, pues enseguida cual el hijo de Eolo ve con desesperación como el peñasco rueda cuesta abajo y vuelta otra vez a cumplir con la pena impuesta por los dioses.

Si la conclusión es que no existe garantía suficiente que blinde y aisle a un acreedor del riesgo empresarial en que puede incurrir su deudor, la recomendación es, entonces, de trabajar mucho para bajar el listón de las expectativas de estos acreedores, so riesgo de alimentar su caudal de frustraciones.