



“La abogacía preventiva forma parte del éxito empresarial”

En el día a día son muchos los problemas a los que se tienen que enfrentar las empresas, no sólo en su tarea meramente comercial o industrial, sino también en cuestiones legales. Problemas de morosidad, procesos concursales, competencias desleales, apropiación de secretos empresariales, entre otras, son circunstancias que afectan hoy día al mundo empresarial.

Rodolfo Fernández es doctor en derecho y abogado especializado en Derecho Mercantil, socio fundador del bufete MILINERS Abogados y Asesores Tributarios, es también profesor de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de ESA-DE, autor de varias publicaciones y tratados jurídicos. Es igualmente Presidente de la Sección de Derecho Mercantil del Il·tre. Colegio de Abogados de Barcelona.

Nos explica en esta entrevista cómo un buen asesoramiento legal preventivo ejercido por profesionales puede ayudar a evitar o subsanar estos conflictos.

novoperfil - En un contexto empresarial y laboral como en el que nos encontramos en la actualidad, ¿qué problemas están presentando las empresas en lo que respecta a cuestiones de derecho mercantil?

Rodolfo Fernández- Los problemas con que se encuentran las empresas son variados. Uno habitual en estos tiempos es que los clientes de las empresas no atienden sus obligaciones en el tiempo pactado. Por una parte, tenemos una ley de restricción de la morosidad cuyos preceptos principales en la práctica no suelen aplicarse por acuerdo entre las partes, de modo que las partes eliminan los intereses de demora simplemente por el temor del proveedor a perder el cliente. A propuesta de Convergència i Unió, las Cortes están impulsando un proyecto de ley que establece imperativamente que no se pueda mediante dichos acuerdos dejar sin efecto los principios de la Ley, es decir, que se apliquen los intereses de demora y que las partes no puedan voluntariamente modificarlo.

Estamos en un momento en el que muchas empresas no presentan concurso de acreedores porque, aunque exista posibilidad de viabilidad, no siempre la situación patrimonial de las empresas lo permite o bien no se han tomado a tiempo las medidas adecuadas para capitalizar la sociedad, o no se ha presentado el concurso de acreedores cuando realmente existía la causa de insolvencia, como impone la Ley.

A veces determinadas empresas nos llegan a los abogados en una situación en la que el concurso de acreedores debía presentarse meses antes.

Por otro lado no toda la culpa es de los empresarios. En los últimos años los bancos han tenido prácticas excesivamente laxas en cuanto a los controles a las empresas que acudían a ellos para solicitar créditos. Estas conductas han comportado que no siempre la situación patrimonial que aparece en los balances se corresponda con la realidad del patrimonio en algunas empresas.

novoperfil - En marzo de este año se aprobó un Real Decreto Ley de reforma concursal. ¿Qué deficiencias planteaba la Ley Concursal de 2003 y qué pretende corregir esta reforma?

RF- El elemento más importante de esta reforma es el que se refiere a los acuerdos de refinanciación entre la empresa y sus acreedores, con los que consiguiendo un quorum de tres quintas partes del pasivo, entre otros requisitos, mediante el contrato firmado con los acreedores se evita de forma inicial el concurso de acreedores y se puede mantener esa situación sin que sea necesario ese procedimiento. En el supuesto de que se presentara el concurso, el Real Decreto Ley ampara ese contrato en la medida en que luego no podrá ser rescindido fácilmente por los acreedores.

Yo creo que es una reforma muy positiva, que permite evitar concursos y protege al deudor diligente.

novoperfil - Las empresas se están encontrando con graves problemas de financiación debido a la reticencia de los bancos a prestar dinero. ¿Qué alternativas tienen las empresas a las formas de financiación tradicionales y cuáles son sus ventajas y riesgos?

RF- Estamos observando que las empresas de capital riesgo, o bien determinados inversores privados que tienen interés en realizar inversiones empresariales con rentabilidad, lo que llamamos el *private equity*, se están revitalizando. Desde el mes de julio o septiembre empresas de servicios e industriales, principalmente, empiezan a



mostrar interés por este tipo de operaciones, las entradas en capital como minoritario o incluso como mayoritario, que permitieran reformar el proyecto empresarial e impulsarlo.

Por otra parte, determinadas administraciones públicas -en particular la Generalitat de Catalunya- tienen previstos estímulos importantes a empresas que acrediten una posibilidad de innovación. Hay que tener en cuenta también esas posibilidades, hay que explorarlas, hay que presentarse ante la administración pública con las vestiduras perfectamente arregladas para poder acceder a esta posibilidad de financiación. En este sentido, abogados y consultores tenemos la misión de ayudar a las empresas.

novoperfil - Otro de los problemas de las empresas en estos tiempos es el del impago. ¿Qué mecanismos tienen las empresas para cobrar ese dinero?

RF- Estamos observando que las empresas no sólo están impagando obligaciones bancarias, sino también obli-

gaciones de las empresas en general, y las industriales en particular.

En el sector del cerramiento este hecho es destacable, ya que está ligado o participa en el desarrollo del sector de la construcción, en el que se están produciendo convulsiones. Pero a la vez el sector del cerramiento en España es un sector absolutamente innovador y en permanente ebullición.

Estamos viendo situaciones de impago por parte de clientes que no pueden satisfacer sus obligaciones con los proveedores y llega un momento en el que esos clientes entregan unos determinados efectos cambiarios vía pagaré, por ejemplo, que también a veces acaban incumpléndose. La empresa correspondiente ejecuta esos pagarés o tiene que seguir esperando aceptando nuevos aplazamientos, pero además tiene que atender a sus obligaciones, con lo que llega un momento en el que esa cadena se rompe en algún punto concreto y se producen ejecuciones judiciales.

Cuando se trata de pequeñas deudas, la posibilidad de

cobro ejerciendo acciones por la vía judicial es normalmente más limitado.

Ahora bien, cuando las obligaciones son más importantes y se concentran en determinados acreedores, éstos tienen distintos caminos a los que acudir que van más allá del ejercicio de una simple acción de reclamación o una simple ejecución en un procedimiento judicial ordinario. Más allá de ese procedimiento ordinario o en paralelo a él existen otras vías para intentar hacer efectivo el cobro intentando alcanzar el patrimonio de los administradores de la sociedad.

Si se quedan en la vía judicial estos procesos se pueden alargar, aunque es verdad que acudiendo a la vía judicial se puede provocar una negociación si el deudor se convence de que ese acreedor no va a desfallecer en el camino y esas acciones van a ser lo suficientemente amplias y contundentes como para alcanzar a su patrimonio personal.



novoperfil - ¿Es una alternativa válida el arbitraje en estos casos?

RF- Yo soy defensor del arbitraje y creo que es la gran asignatura pendiente que tenemos en España, ya que es ridículo el porcentaje de arbitrajes frente a los juicios en la justicia ordinaria. También es cierto que no cualquier controversia es idóneo someterla a arbitraje. A partir de una cierta cuantía, el arbitraje permite solventar las controversias en un plazo extraordinariamente breve, máximo de seis meses, sin posibilidad de recurso de apelación u otros que dilaten el proceso. Esta es la gran ventaja del arbitraje. Si una empresa está negociando un contrato con un cliente, ya sea un contrato nacional o internacional, y lo somete a una corte arbitral, desde ese momento sabe que en caso de controversia va a tener un laudo firme y definitivo en un breve plazo. Esto es una ventaja muy clara.

El arbitraje tiene unos costes que la justicia ordinaria no tiene, porque los jueces cobran del Estado, pero los árbitros no, sino que cobran de las partes, así como la corte arbitral que también cobra sus honorarios por administrar el arbitraje. No hay que olvidar los honorarios de los abogados defensores que se dan en ambos casos. Sin embargo nos ahorramos varios pasos y recursos que tendríamos en la vía judicial, la lentitud del proceso, acudir a una segunda instancia en recurso de apelación, e incluso en ocasiones recurrir al Tribunal Supremo hasta que alcancemos una sentencia firme, con lo cual pueden ser hasta ocho años de procedimientos judiciales y de invertir en abogados y procuradores. Porsupuesto, en el ámbito arbitral tendremos que pagar a nuestro abogado, si hay condena en costas a lo mejor habrá que pagar también al abogado contrario, y también los honorarios de la corte arbitral. Al final sale más barato el arbitraje.

La calidad técnica de los árbi-

tros es otra ventaja: generalmente son juristas de reconocido prestigio que van a dedicar mucho tiempo a resolver esa controversia y no pueden permitirse un desliz.

Por desgracia y de forma totalmente inexplicable, en las controversias mercantiles el porcentaje actual de procedimiento de arbitraje en España es escasísimo, a diferencia de otros países de nuestro entorno. La propia rutina e inercia de los abogados nos aboca permanentemente a los tribunales y luego somos los primeros en desesperarnos del colapso que observamos en algunas plazas de la administración de justicia, donde hacen muy bien su trabajo, pero la litigiosidad de los últimos años nos está desbordando a todos.

novoperfil - La competencia desleal siempre ha existido y algunos de sus practicantes pueden defenderse de tal acusación aludiendo a las leyes del libre mercado. Según la legislación, ¿qué se entiende por competencia desleal y qué casos son claramente punibles?

RF- Según el Artículo Cinco de la Ley de Competencia Desleal, en su cláusula general, “*Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”.



¿Cómo se llega a la conclusión de que un comportamiento por parte de un directivo o de un empleado o de un empresario es contrario a las exigencias de la buena fe? En función de los estándares de comportamiento que la moral empresarial exige a un determinado operador que se encuentra en la



actividad empresarial. Es decir, bajando al terreno de lo concreto, alguien que tiene una iniciativa y quiere abrir una actividad empresarial tiene derecho a hacerlo y, es más, debemos procurar premiar esa iniciativa empresarial y la valentía que le es inherente. Justamente lo que necesitamos son nuevos emprendedores para crear empresa, innovar y desarrollar la economía.

Sin embargo, la situación de crisis de muchas empresas está provocando algunos desmembramientos y en ocasiones la salida o fuga de determinados directivos o la entrada de inversores que aprovechan la coyuntura para iniciar su actividad en España.

Esto comporta que en ocasiones algunos tengan la tentación de aprovechar el camino más rápido e ilegal, aprovecharse de los desarrollos ajenos y de los secretos empresariales, de la información sensible sobre clientes que todas las empresas tienen y que forman parte de su secreto empresarial. El hecho de que ciertas informaciones estén a disposición de los empleados no quiere decir que eso sea público y que se pueda fotocopiar, explicar o exhibir a terceros, sino que eso debe quedarse en el ámbito reservado de la empresa. Puede existir a veces la tentación de saltarse la legalidad y apropiarse de informaciones que son de la empresa en la que se está trabajando y a la que se debe lealtad.

El límite de la diferencia está en una serie de indicios y comportamientos que debidamente analizados nos pueden llevar a la conclusión de que ha existido esta actitud desleal. Es ilícito y contrario a la buena fe aprovechar la documentación y la información de la empresa en la que trabajaba para desarrollarla fuera de la empresa en

interés propio o a favor de un tercero. No se puede aprovechar la información que mientras se ha trabajado en la empresa nadie razonablemente exhibiría a un competidor para luego llevársela y entregársela a un competidor. Ninguna empresa consentiría que un empleado o un directivo obtuviera información de

la empresa mientras está trabajando y se la facilitara a una persona de la competencia. Nadie entendería eso, sería un despido procedente inmediato. Pues tampoco nadie puede entender y el derecho no puede admitir que esa misma persona, cuando decide marcharse de la empresa, tenga esa actitud y, por tanto, eso es desleal.

Es desleal también intentar hacer una contratación en masa a los directivos y empleados de una determinada empresa si va dirigido a desmembrar a esa empresa e intentar ocupar su lugar en el mercado o una parte de su cuota en ese mercado. Ese tipo de comportamiento es perseguido por nuestro ordenamiento jurídico.

No siempre todas las empresas y sus directivos y trabajadores han dado la importancia que hubiera sido recomendable a esta cuestión. Lo que tenemos que hacer es proteger a las empresas que actúan legalmente, que pagan sus impuestos, que son capaces de innovar en mercados muy competitivos, que durante años han organizado unos cuadros empresariales y una actividad empresarial exitosa. Por tanto, intentar utilizar estas artimañas para encontrar el camino más corto es execrable y está sancionado por la ley.

Si me pide ejemplos concretos, hacer un back up con la información que se encuentra en el servidor informático poco antes de dejar la empresa, hacer fotocopias de información de clientes o intentar denigrar en conversaciones con terceros el desarrollo que una empresa está teniendo en el mercado... estas son situaciones que nos encontramos continuamente. Habitualmente son hechos de difícil prueba que exigen a los abogados un esfuerzo considerable. Sin embargo también es cierto que varios

indicios debidamente presentados ante los Tribunales pueden convencer al Juez de la mala fe de la conducta y declarar la deslealtad con todas sus consecuencias.

Tenemos una Ley que bien interpretada permite al Juez proteger a las empresas diligentes y condenar la deslealtad de las conductas empresariales. En estos momentos, además, se encuentra en las Cortes un Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Competencia Desleal.

novoperfil - En tiempos de crisis y en un mercado globalizado, ¿es más difícil para las empresas proteger sus secretos profesionales? ¿Cómo pueden actuar para “blindar” las fugas de personal especializado a otras empresas del sector?

RF- Las empresas se pueden proteger a través de cláusulas en los contratos de trabajo en general, y muy especialmente a través de cláusulas con los administradores y con los miembros de los consejos de administración, que no son empleados comunes sino de alta dirección normalmente, y con los directores generales y directivos en general. También es recomendable suscribir contratos de especial protección con los representantes, agentes y distribuidores, franquiciados etc. Por tanto, la cláusula de prohibición o limitación de la competencia en los contratos de trabajo y en los contratos mercantiles de colaboración empresarial debería extenderse como una cláusula que a nadie debería sorprender. Evitaríamos muchos pleitos.

novoperfil - ¿Cree que las empresas son conscientes de sus actos cuando incurren en hechos que pueden infringir la legalidad? ¿Serían solucionables algunos de estos conflictos si las empresas contaran con un buen asesoramiento legal?

RF- El día a día nos absorbe tanto que en ocasiones los empresarios creen que actúan correctamente y no son conscientes de que pueden estar cometiendo actividades ilícitas, ya sean ilícitos mercantiles que generen responsabilidad pecuniaria o incluso que puedan comportar un ilícito penal. Las empresas

deben estar asesoradas de forma continuada, de modo que al descolgar el teléfono puedan tener siempre a su disposición a un abogado mercantilista que les asesore en su actividad recurrente y sobre todo cuando tomen cualquier decisión importante.

Incluso sin saberlo a veces se puede actuar ilegalmente, pero la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento y no por eso se deja de cometer el acto ilícito.

Es conveniente que una parte del presupuesto previsto para el inicio de un nuevo proyecto empresarial se destine a contar con un buen asesoramiento jurídico. Esto es algo que ya está asumido por muchas empresas, pero algunas no lo hacen y pueden actuar ilegalmente por total desconocimiento y por una falta de asesoramiento profesional.

De todas maneras, la pequeña y mediana empresa en los últimos años ha mejorado sustancialmente su asesoramiento jurídico. Muchas de ellas cuentan con excelentes profesionales y se observa que están bien asesoradas. Otras no, también hay que decirlo, y toman decisiones arriesgadas, sobre todo en la contratación internacional. Observamos que hay una tendencia al *cutar y pegar* de contratos internacionales y también nacionales. Desde este punto de vista hay que ser muy cuidadoso, porque luego en la práctica puede ocurrir que no sea fácil ejercitar acciones en ningún Estado o jurisdicción si no apa-



rece una cláusula arbitral clara y una ley aplicable que sea explícita. Por ejemplo, con operaciones con países de fuera de la Unión Europea es posible que no se admitan por parte de las autoridades de estos países los convenios internacionales a los que estamos acostumbrados dentro del ámbito de la Unión Europea y que son admitidos por parte de todos los estados miembros. Y no hablemos de algunos países asiáticos u Oriente Medio, cuya legislación es totalmente desconocida para nosotros, donde una resolución judicial que nosotros podamos ejecutar en España puede no ser ejecutable en esos países. Por lo tanto, en la contratación mercantil y especialmente en la contratación internacional, desde el primer momento, debería ser imprescindible tener un abogado al lado acompañando al empresario, incluso en los viajes, y éste además colaborará con sus colegas extranjeros -si es una firma internacional avezada en el asesoramiento jurídico internacional- si es necesario.

novoperfil - ¿Qué consejos daría a las empresas de cara a estar bien asesoradas, sobre todo la pequeña empresa?

RF- En primer lugar, el empresario no debe evaluar la importancia de un asunto, un determinado negocio o proyecto empresarial concreto o de un contrato que una empresa quiera realizar con un cliente, en función del corto plazo sino del medio y del largo. Si el empresario prevé a medio y largo plazo que su proyecto va a tener una facturación relevante ha de pensar que la clave de su negocio es el contrato que tenga con su cliente. Por ello hay que evitar el contrato verbal, los contratos deben celebrarse por escrito, en la medida de lo posible, cuando hay una continuidad en la relación. Han de ser contratos debidamente asesorados por un abogado mercantilista. Démosle importancia a esto. No pensemos que por ser una actividad que se encuentra en sus inicios tiene menos importancia. Si el empresario quiere desarrollar esa actividad empresarial como directivo lo que debe hacer es conseguir que eso esté perfectamente blindado.

A veces puede darse cierta tendencia consistente en que pequeñas empresas han recurrido a sus asesores fiscales o gestores históricos, que habrán hecho muy bien su trabajo en esos ámbitos, para solucionar esas situaciones contrac-

|| Si el empresario prevé a medio y largo plazo que su proyecto va a tener una facturación relevante ha de pensar que la clave de su negocio es el contrato que tenga con su cliente. Por ello hay que evitar el contrato verbal, los contratos deben celebrarse por escrito, en la medida de lo posible, cuando hay una continuidad en la relación. Han de ser contratos debidamente asesorados por un abogado mercantilista"

tuales de las que hemos hablado, pero no son abogados mercantilistas. Lo barato acaba siendo caro.

Muchos bufetes de abogados tienen convenios con sus clientes y empresas, con honorarios muy módicos siempre que el cliente actúe con fidelidad y de forma continuada. Cuando en el día a día se asesora a un cliente de forma permanente, el abogado está pensando continuamente en esa empresa y se adelanta a los problemas. El asesoramiento jurídico preventivo evita infinidad de pleitos, ahorra muchos miles de euros a las empresas y sobre todo da una tranquilidad al sector desde el punto de vista de su responsabilidad.

En estos tiempos de convulsión estamos viendo también muchos conflictos entre socios de las empresas, entre accionistas. La forma de evitar eso es un asesoramiento continuado y una auditoría de cuentas bien hecha, que yo creo que debería ser obligatoria en todas las empresas, incluso desde el punto de vista de la transparencia ante los bancos, lo que ayudaría de cara a conseguir pólizas de crédito por contar con un balance auditado y evitaría muchos problemas en las relaciones con los accionistas. La abogacía preventiva es el futuro y forma parte del éxito empresarial. Las empresas que pretenden el éxito en su actividad necesitan una abogacía preventiva. De otra forma es fácil ir cayendo y tropezando en la misma piedra una y otra vez.