

PREVENCIÓN O LIQUIDACIÓN**Luisa Isabel BORGARELLO****EL PANORAMA GENERAL**

Como se ha señalado, el tema debe entenderse de dos modos, no sólo como oposición de los mecanismos preventivos (concurso preventivo) contra los liquidativos, una vez desatada la crisis, sino también la circunstancia de la tempestividad o “timing problem” (o la actual preconcursalidad), es decir llegar a prevenir la crisis antes que se desate, lo que obliga a instalar mecanismos de alertas tempranas o preconcursales.

1.- Mecanismos de prevención y liquidación de la legislación de sus respectivos países. Grado de eficiencia demostrado por ambos.

Los mecanismos legales de prevención y liquidación están muy bien marcados en la legislación argentina, en forma similar que en el derecho comparado.

La Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 establece dos procedimientos concursales: El Concurso Preventivo y la Quiebra.

En ambos procedimientos el presupuesto objetivo es la cesación de pagos, entendida en el criterio amplio y que se manifiesta a través de hechos reveladores, que presuponen la existencia de ese presupuesto.

El concurso preventivo, se desarrolla como un proceso de carácter universal, en el que con la citación y participación de los acreedores, el deudor presenta una propuesta de acuerdo, que como único recaudo no debe ser abusiva ni contraria a la ley, pero su contenido es amplio y no taxativo, requiriéndose que sea aceptada por mayoría de las dos terceras partes del capital computable y la mayoría absoluta de acreedores.

La quiebra, es el procedimiento universal eminentemente liquidativo, que regula la distribución del producido por la liquidación de los bienes, preservando la igualdad de los acreedores, de acuerdo a sus privilegios y categorías.

La Ley argentina regula también un procedimiento preventivo denominado Acuerdo Preventivo Extrajudicial, al que puede acudir ante dificultades económicas o financieras, no requiere necesariamente la existencia de la cesación de pagos ni la participación de todos los acreedores y puede ser homologado judicialmente.

En materia societaria (Ley General de Sociedades) los mecanismos de prevención están marcados por dos causales de disolución, que constatadas, imponen la liquidación si no son remediadas:

El art. 94.4. se refiere a la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, que desde el punto de vista de la crisis se corresponde con problemas patrimoniales o financieros.

El art. 94.5 impone la disolución por pérdida del capital social, que resulta constatada cuando se aprueba un balance con pérdida del capital social o patrimonio negativo. No se ingresa en el análisis preventivo de la reducción obligatoria del capital social de las sociedades anónimas cuando han perdido el 50% del capital social (art. 206 LGS).

Constatada la pérdida del capital social, el art. 96 LGS impone la liquidación salvo que se capitalice la sociedad. Y esto corresponde al órgano de gobierno: la medida a aplicar es reintegrar el capital social y el patrimonio activo para que cubra el pasivo y la sociedad recupere su capital, o lo mismo capitalizando la sociedad por los socios, algunos o todos, terceros e incluso por un procedimiento que puede acercarse a un acuerdo concursal, pero absolutamente privado sin intervención judicial alguna.

De igual modo establece la normativa societaria formas de liquidación internas y privadas que pueden ser voluntarias u obligatorias.

En cuanto a la eficiencia de mostrada no dudo en afirmar que el problema está en el timing. Por lo general el deudor acude al proceso de concurso preventivo cuando ya es muy tarde para llegar a un acuerdo con sus acreedores, lo que irremediamente lleva al fracaso del procedimiento con la consiguiente declaración de quiebra. En nuestro país es muy grande el porcentaje de concursos preventivos que culminan en una quiebra. Pero no por ineficiencia del procedimiento, sino por la presentación tardía. El empresario por razones diversas, acude al concurso preventivo, sin haber intentado la aplicación de remedios preconcursales y cuando la crisis está ya instalada y la empresa no tiene posibilidades de sobrevivir.

En relación a la tempestividad, la Ley argentina no establece plazo alguno para solicitar la apertura del concurso preventivo, éste puede solicitarse mientras la quiebra no esté declarada, lo que conspira para que las presentaciones sean tardías y los posibles acuerdos concordatarios, fracasen en la mayoría de los casos.

2.- ¿Son la prevención y/o liquidación mecanismos incompatibles en los procesos colectivos de crisis?

De ninguna manera son incompatibles, la prevención de la insolvencia importa tratar de evitar justamente la liquidación.

La prevención es un mecanismo vinculado a la alerta temprana y que por diferentes procedimientos intenta evitar que se desate la crisis insostenible que irremediamente llevaría a la liquidación.

Los mecanismos societarios pueden ser usados ante la mera avizoración de la crisis en forma voluntaria y preventiva, u obligatoriamente en las sociedades, ante la pérdida del capital social que debe ser remediada por los socios como única forma de evitar la liquidación.

Obviamente que los preventivos, privados o judiciales, tienden a evitar los mecanismos liquidativos, que se dan en el derecho concursal cuando la empresa resulta inviable o sea se llega

muy tarde, o cuando en el concurso preventivo no se logra presentar a los acreedores una solución o acuerdo que merezca apoyo suficiente.

3.- ¿En qué momento debe darse la prevención concursal?

El proceso colectivo de crisis, concurso preventivo o acuerdo preventivo extrajudicial (aunque judicial) de la ley argentina debería actuar ante un problema financiero y no patrimonial, es decir al avizorarse la crisis y no cuando ésta se haya instalado.

El problema es que la crisis se asume tardíamente, cuando ya está afectada la viabilidad de la empresa. Debería acudir a los remedios preventivos apenas se avizoren síntomas de crisis, sino será demasiado tarde e irremediablemente devendrá en una liquidación.

Normalmente antes de que llegue la crisis, las empresas pasan dificultades, generalmente, aunque no siempre, de índole financiera, una especie de “estado de preinsolvencia”, como se ha dado en llamar doctrinariamente.

Es éste el momento de la alerta temprana en el que debe acudir a los remedios preventivos privados y por qué no, concursales. En realidad el concurso preventivo nace para convocar a los acreedores a los fines de que el deudor pueda acordar con ellos una forma de sanear el pasivo concursal. Y este procedimiento llega a buen fin, mejor dicho cumple con su objeto siempre que la empresa sea económicamente viable y socialmente útil y solicite la apertura del procedimiento en “tiempo oportuno”.

Por eso ante la mera avización de la crisis, es fundamental el “timing problem” o sea cómo reacciona el deudor o los integrantes del órgano de administración societaria, cuando no del órgano de fiscalización, o los mismos socios de manera individual o a través del órgano de gobierno, tratando de evitar esos disvalores, incluso el efecto negativo de la desaparición de una empresa en el país.

4.- ¿Prevención o liquidación? A través de cuales se defienden, de mejor modo y a su criterio, el “interés concursal” y los principios y finalidades del Derecho de la Insolvencia.

En primer lugar debemos conceptualizar cuál es el interés concursal. El objeto del derecho concursal ha ido evolucionando a través del tiempo y desde la mera satisfacción de los acreedores como era en la antigüedad, este objetivo ha ido evolucionando hasta que el foco se concentra fundamentalmente en la conservación de la empresa, aún sin el empresario cesante.

Puesta de manifiesto la importancia de la preservación de la empresa, como célula de la economía, fuente de trabajo y de producción, la condición sería que la empresa sea económicamente viable y/o socialmente útil

El centro de la cuestión es entonces, la viabilidad de la empresa, que se refleja seguramente en un adecuado plan de negocios, hoy incentivado en la reforma del art. 100 LGS.

Sin duda con la prevención se defienden cabalmente los principios del derecho de la insolvencia y en consecuencia, la preservación de la empresa, el interés general, el de los socios, el de los trabajadores y el de los acreedores no dañándolos con el incumplimiento.

La liquidación es en principio un efecto jurídico y psicológico no querido, es como “el fracaso” y por tanto debe tratar de evitarse.

En los supuestos de crisis, la liquidación es el efecto menos querido porque genera efectos disvaliosos, pérdida de valor de los bienes organizados para desarrollar el objeto social o empresa, costos de despido, rescisión de contratos y muchos más.

Pero por otra parte, considero que la liquidación cumple con los intereses concursales y de la sociedad, cuando la empresa no es económicamente viable o socialmente útil. No se trata de salvar lo “insalvable”, ya que esto resulta dañoso para la comunidad, se ha señalado que la empresa insolvente contamina la economía y produce efectos dañosos.

Por eso cuando se habla de la aplicación de los mecanismos preventivos y el timing, corresponde siempre evaluar la viabilidad de la empresa. Pero la empresa puede ser conservada viable, si los remedios preventivos se aplican oportunamente, deja en general de ser viable, cuando la crisis se ha instalado.

Por supuesto que existen casos en que la importancia social del sujeto en dificultades, amerita recurrir a todos los medios para su conservación, ya que el daño social que produciría su desaparición, hace que la aplicación de recursos extraordinarios sea necesaria, como es el caso de los clubes deportivos y sociales.

Quizá la reflexión final sea que no se realizan diagnósticos oportunos de viabilidad de la empresa, de la forma de corregirlos a tiempo, integrando incluso a los acreedores que están interesados en mantener el giro de la sociedad, y a veces en una suerte de prejuicio de presentación temprana, de ingenuidad sobre un acontecimiento futuro e incierto que puede resolver la cuestión.