

*EXPOSICION de Sergio Gabriel RUIZ**

A) ¿Cómo se identifican las crisis empresariales? ¿Existen mecanismos que permitan realizar una alerta temporánea de las situaciones de crisis? ¿Existen o es conveniente la existencia de mecanismos de alerta temprana? ¿Cuáles deben de ser éstos?

Así como las enfermedades en los seres humanos comienzan con manifestaciones orgánicas, en las empresas sucede algo similar, ya que éstas exteriorizan síntomas indicativos de la situación patológica de insolvencia. Dichas manifestaciones son más notorias a medida que la situación se agrava.

Precisamente, la pre-insolvencia requiere de la búsqueda de reglas e instituciones que puedan atender una función puramente preventiva, no sólo como mecanismos para evitar el desbalance sino, también, como instrumentos de advertencia sobre la futura realidad de la insolvencia y, de este modo, poder actuar las respuestas oportunas para la reestructuración empresarial.

Ahora bien, ¿cuáles son –o cuáles deberían ser- esos indicadores financieros y cuáles, las probabilidades que permitirán predecir la quiebra a través de la generación de alertas tempranas en empresas?

En un primer aspecto, se considera que el análisis del estado de situación patrimonial y del estado de resultados, que normalmente se tienen en cuenta a la hora de la apertura de un proceso concursal preventivo, constituye una imagen estática de la situación de la empresa durante un lapso determinado, en una realidad cada vez más dinámica. Sin perjuicio de lo cual, desde la práctica forense, se advierte que los índices o ratios que surgen de esos estados –si bien no agotan la información necesaria- resultan de gran utilidad, toda vez que se extraen en sucesivos períodos y se realizan comparaciones entre ellos.

Ahora bien, la insolvencia no es, normalmente, un resultado de producción instantánea sino, más bien, la consecuencia de un proceso que arranca con una situación de dificultades que pueden ser económicas o financieras, aunque muchas veces, son de difícil conceptualización. Es por ello que, para identificar las crisis empresariales, ante todo, debe superarse un enfoque tradicional centrado en estrictas causas de carácter financiero como origen del futuro desbalance.

La realidad muestra como el elenco de causas que pueden justificar la consideración de una “empresa en dificultades” es muy amplio y de significado plural, es decir, una multivariedad causal.

En este punto, advertimos que, además de factores financieros, entre ellos, el endeudamiento, liquidez, rentabilidad, la limitación del crédito, entre otros, se visibilizan causas económicas a la hora de explicar el fracaso empresarial; entre ellos, problemas en la estructura productiva, de estrategia, de demanda, ciclo económico, etcétera.

* Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Juez del Juzgado de Concursos y Sociedades N°8 de Córdoba, Argentina. Docente en Derecho Concursal y Cambiario de la Universidad Nacional de Córdoba.

A la par de considerar que las variables financieras por si solas son insuficientes para explicar el fracaso de la empresa, la prevención de la insolvencia ha centrado su estudio en épocas recientes en el análisis de las denominadas variables cualitativas.

Mucho se ha empeñado la ciencia en tratar de encontrar indicadores y modelos que permitan anticipar las situaciones de crisis empresarial, a los fines de que se puedan tomar medidas correctoras que eviten el fracaso financiero y la desaparición de la empresa.

Especialmente en Europa, la Comisión Europea, ha incentivado el desarrollo de sistemas de alerta temprana del fracaso con el fin de poder reducir el número de procesos concursales en empresas de los países miembros.

Sin duda alguna, el desarrollo de estos mecanismos de alerta temprana contribuye a incrementar las posibilidades de éxito de una reestructuración que reduzca las causas del problema, aumentando ese tiempo de reacción, de modo que se minimicen los efectos negativos.

La importancia del modelo de previsión de insolvencia puede ayudar no sólo a los empresarios a evaluar con mayor exactitud y perspectiva la probabilidad de un potencial fracaso del negocio, sino también a gestores, directivos, proveedores, asesores externos, accionistas, inversores que proporcionan el capital para su empresas, responsables de políticas internas y demás grupos de interés en el universo empresarial.

Esta información es imprescindible para describir la realidad empresarial y debe formar parte de cualquier modelo de previsión de insolvencia. Algunos estudios que combinan variables cualitativas y cuantitativas llegan a tasas de predicción de hasta el 90% con un horizonte de 3-5 años.

Sin embargo, los mecanismos de alerta temprana pueden generar algunas resistencias en su aplicación, puesto que, como bien se ha afirmado, es factible que se filtre información y que, al tomar estado público, pueda producir consecuencias desfavorables para el crédito de las empresas denunciadas, aun cuando pudiera resultar que no estaban en verdadera preinsolvencia y en definitiva, dichos rumores la arrastren a una verdadera crisis.

Otro aspecto importantísimo en cuanto a la actuación preventiva, es la aplicación de los institutos emanados de la normativa societaria, que contiene un conjunto de reglas que pueden atender, aunque no de forma aislada, esa finalidad preventiva de la insolvencia.

Instituciones como el capital social, así como consecuencias vinculadas al estado de su correspondencia patrimonial (reducción obligatoria, disolución social, responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución, etc.), pueden actuar como mecanismos con aquella finalidad.

Siguiendo al maestro Richard, en lo que él denomina “preconcuralidad societaria”, podemos señalar que, con bajo coste de transacción, se asegura la conservación de la empresa. La aplicación de las normas imperativas societarias frente a la pérdida del capital social constituye una

obligación para administradores y socios, y un compromiso ético para los asesores en las ciencias económicas y jurídicas, en pos de la paz social y el desarrollo productivo.

Toda la regulación de la preconcursalidad societaria está vinculada a la viabilidad de la empresa. Es una forma de imponer un plan mínimo: reintegrar o capitalizar, por una parte si se entiende que la empresa o el objeto es viable, o liquidar la sociedad en caso contrario. Así se advertirán las congruencias entre las uniformes regulaciones societarias y el derecho concursal ambas en el derecho comparado.

Por otro costado, a la par de la prevención, se considera que deben existir incentivos. El costo del proceso concursal "no puede ser excesivo" y, especialmente, es necesario que no sirva sólo para paliar los efectos de la insolvencia, sino para prevenir que ésta se vuelva a producir en el futuro.

Finalmente, ante el aviso de una futura insolvencia, los deudores deberían poder concertar convenios extrajudiciales entre el deudor común y sus acreedores en los que se adopten medidas que, dirigidas a paliar la futura crisis o, por el contrario, asumiendo su realidad y ordenando una liquidación ordenada, permitan realizar el interés de los acreedores, saneando y permitiendo la continuidad de la empresa o, si fuera el caso, poniendo fin a ésta pero acordando las previsiones necesarias para realizar la pluralidad de intereses que concurran en tal supuesto.

Lamentablemente en el estado del derecho concursal actual, en Argentina, muchos de estos mecanismos están, carentes de una adecuada regulación.

B) ¿Resulta similar el tratamiento que corresponde dar a las crisis particulares de empresas y a las crisis generales o sistémicas? ¿Es conveniente establecer soluciones especiales para las crisis sistémicas, resulta ésta una cuestión a ser resuelta mediante soluciones coyunturales y específicas, o deben estar sujetas a las mismas soluciones establecidas para las crisis particulares?

Además de las causas referidas en el acápite precedente, las crisis empresariales pueden deberse a coyunturas particulares, o de pérdida de competitividad, también pueden existir crisis locales o regionales y luego están las crisis sistémicas que afectan indiscriminadamente a las empresas de todo el país, tal cual fuera en Argentina la crisis del año 2002.

En este sentido, cabe señalar que las normas concursales, que deberían ser de aplicación excepcional, están previstas para atender las crisis individuales de las empresas, dado que el mercado en forma permanente produce la desaparición de algunas empresas (extinción) y el nacimiento o renovación de otras que las desplazaron por eficiencia u ocuparon el espacio de mercado abandonado por aquéllas. Esta rotación que es común a todos los países capitalistas, va produciendo la selección natural de las empresas a través de las propias normas del mercado.

Pero, como se dijo ya, cuando sobrevienen las crisis del sistema todo, el contenido de las normas concursales se muestra insuficiente para atender a los conflictos generados. Para esos supuestos, que a menudo se muestran cíclicos, el sistema jurídico requiere necesariamente del dictado de leyes de emergencia, seguramente tendientes a disminuir el impacto que produce la

crisis en forma masiva sobre las empresas. En Argentina hemos tenido experiencia reciente con la emergencia económico-social que hizo crisis en el año 2002.

C) ¿Cuál es y cuál debe ser el presupuesto material u objetivo de los procedimientos concursales: cesación de pagos, mal estado de los negocios, insolvencia actual, insolvencia inminente, insuficiencia patrimonial, sobreendeudamiento? ¿Cuál es la solución establecida por los respectivos ordenamientos jurídicos y cuál la valoración crítica de dichas soluciones?

Tras un somero análisis, en la legislación argentina, se advierte una mutación del presupuesto material de apertura del procedimiento concursal, en el que la tradicional cesación de pagos, definida magistralmente por Bonelli, y explicada entre nosotros por Yadarola y Fernández, aparece perdiendo su fuerza excluyente, para dar paso a la "crisis", focalizada en dificultades transitorias o permanentes, reales o previsibles, actuales o inminentes.

Es decir que, frente al concepto tradicional, el derecho concursal reconoció modernamente que las fórmulas de prevención de la crisis de la insolvencia permiten actuar antes de la instalación de la cesación de pagos. Tanto la insolvencia como la situación de crisis son nociones que se encuentran en una relación de grado en el proceso de deterioro financiero del emprendimiento y predicen diversos niveles de dificultad económica que enfrenta, sea persona humana o jurídica.

Insolvencia, cesación de pagos, dificultades económicas financieras, sobreendeudamiento, insuficiencia de bienes, entre otros presupuestos objetivos, sumado a la difuminación de la cesación de pagos en ciertos procedimientos, verbigracia, concursamiento de garantes, concurso de agrupamiento, extensión de quiebra, o, incluso el supuestos de "hechos de bancarrota", como en el caso de quiebra del deudor domiciliado en el extranjero, son notas características de esta mutación que ha sufrido el presupuesto objetivo, en su concepto tradicional.

Para concluir, sobre este tópico, consideramos que maguer la flexibilidad apuntada, la posibilidad de acudir al remedio extraordinario del proceso concursal sigue teniendo por presupuesto la crisis empresarial, en cualquiera de sus manifestaciones, considerándose abusivo y contrario a derecho el requerimiento concursal cuando se advierte la existencia de una empresa in bonis, sin dificultad económica o financiera instalada.