

LA INSOLVENCIA DE LAS EMPRESAS EN EL PERÚ, DIEZ AÑOS DE EXPERIENCIA TRATANDO CON LA CRISIS EMPRESARIAL

GONZALO DE LAS CASAS SALINAS^(*)
Abogado

A manera de introducción

Mis amigos de la revista *ADVOCATUS* me han pedido que escriba un artículo relativo a mi especialidad. La verdad, me resulta difícil escribir sobre el tema que ha merecido gran parte de mi actividad profesional. En primer lugar, porque reconozco que existen distinguidos colegas y grandes autores que pueden -creo yo- aportar ideas interesantes sobre el tema de la crisis empresarial; y, en segundo lugar, porque considero que, en la mayoría de las veces, muchas de mis reflexiones sobre el tema están directamente relacionadas a un caso concreto.

No obstante ello, este pequeño ensayo me anima a plantear algunas reflexiones que considero de utilidad a un gran debate sobre la crisis empresarial, cómo enfrentarla y qué tipo de legislación corresponde elaborar a fin de que la solución que se desee implementar desde la esquina legislativa tenga éxito, el cual la coyuntura actual pareciera ser que le riega.

No podría sin embargo, continuar sin antes efectuar una confesión de parte, pues, nunca quise dedicarme a los temas a los que hoy me avoco. Ello, sólo fue producto del azar y de mi estrecha relación con los problemas que, como practicante, tuve que enfrentar en el antiguo Banco Industrial, entidad integrante de la recordada Banca de Fomento, fulminada en el gobierno aprista al concluir la década de los ochenta; y a la cual, el primer gobierno de Fujimori puso parte de defunción.

En efecto, mi trabajo en gran parte de los siete años que laboré en ese Banco, estuvo dedicado a -lo que desde un punto de vista burocrático- se conoció como el Área de Empresas Críticas. Digo burocrático, pues esa dependencia nació ante la necesidad del Área de Recuperaciones de establecer una sección a la cual se asigne personal excedente de las diversas áreas del Banco; y que, por sus antecedentes en el manejo de la cartera de créditos, en muchos casos correspondía asignar para el tratamiento de los créditos que no eran posibles de recuperar. No está demás recordar que la política del Banco en aquel entonces estaba orientada a asumir de alguna manera la labor de control directo de las empresas altamente endeudadas con éste y, por esta vía, conseguir rehabilitar y finalmente intentar recuperar lo prestado.

Fue en esas circunstancias que tuve la oportunidad de entender algunos casos de empresas controladas a través de mecanismos de capitalización de créditos (Moraveco, Manyisa, Picsa), otras declaradas en quiebra y controladas al amparo de nuestra antigua Ley Procesal de Quiebras por un síndico departamental de quiebras, (Tradeco S.A.); y otras, en las que el Banco

(*) Socio del Estudio Benítez, Mercado & Ugaz.

y otros acreedores habían firmado Convenios Extrajudiciales de Liquidación o Pagos, también al amparo de la antigua Ley Procesal de Quiebras.

La última de las modalidades merece una mención especial, pues fue posible sólo luego de la modificación de la Ley Procesal de Quiebras por parte del Gobierno del General Morales Bermúdez quien, por la vía de un Decreto Ley Modificatorio, incorporó la posibilidad de que una empresa sea liquidada bajo la directa supervisión de sus acreedores y enmarcada dentro de los términos de un Convenio de Liquidación Extrajudicial suscrito por la mayoría de los acreedores de la empresa, siempre que estos representaran más del 80% de los créditos del deudor (lo que viene a llamarse como la doble mayoría calificada). Es cierto también que esta posibilidad de liquidación extrajudicial, pueda ser evitada, en caso que, antes de la declaratoria de quiebra del deudor, éste acudiera ante sus acreedores para proponerles lo que se denominó un Convenio Extrajudicial de Pagos. En dicho Convenio, los acreedores, siempre bajo la regla de la doble mayoría, suscribían con el deudor un convenio de reprogramación de pagos que era de obligatoria observancia por las partes (deudor y acreedores); y cuya eficacia permitía la suspensión de toda medida de ejecución individual de los acreedores frente al deudor común; y que, además, establecía la constitución de una Comisión Asesora de los Acreedores (formada por tres de ellos) que quedaba a cargo de la supervisión del Convenio.

En ambas figuras, la de la liquidación extrajudicial y la del convenio extrajudicial de pagos, se estableció la necesidad de que ambos institutos contaran con el auspicio de una entidad financiera de fomento encargada de dar fe de la existencia de los acuerdos y su validez. Esta condición de auspiciador de los convenios fue igualmente concedida a las Cámaras de Comercio de la localidad en que el deudor desarrollaba sus operaciones.

Pues bien, la existencia de empresas críticas y de diversos procedimientos para permitirle al Banco Industrial la recuperación de sus créditos, me puso en contacto con una realidad diversa en la que interactuábamos asesores legales, financieros, contadores, ingenieros y demás profesionales relacionadas con la actividad de la empresa y su entorno de crisis y, además, dada mi condición de funcionario de banca de fomento, pude participar como asesor y luego como miembro de algunas comisiones asesoras de empresas que firmaron convenios con sus acreedores y, a la vez, intervenir como asesor de directores de empresas intervenidas por el Banco Industrial.

Lamentablemente, la crisis de muchos de sus deudores y la falta de una administración técnica, condenaron al Banco Industrial a su liquidación; pero las lecciones de mis primeros años generaron una reflexión sobre el por qué las empresas quiebran y, sobre todo, qué se puede hacer para evitarlo.

Con el pasar de los años y en plena etapa de reactivación, me propuse como reto el desarrollar esta especialidad de las insolvencias, en un país como el nuestro en el cual lo único que no se esperaba era que sus empresas quebraran.

Ya en la década de los noventa, el Perú había adoptado una economía de libre mercado, había creado al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y había asignado a éste diversas áreas para velar por una sana competencia en el mercado y sancionar administrativamente actos de competencia desleal y abusos contra el consumidor.

El reto inicialmente asumido, se materializó con la promulgación del Decreto Ley N° 26116, el cual derogaba la Ley Procesal de Quiebras y asignaba al INDECOPI la función de declarar

el estado de insolvencia de las empresas para facilitar su salida simplificada del mercado. Es así que recibí el estímulo final para desarrollar la especialidad.

Lo curioso de la promulgación de la Ley N° 26116 o también denominada Ley de Reestructuración Empresarial, es que dio lugar dentro de la estructura del INDECOPÍ a la denominada Comisión de Acceso y Salida del Mercado. Dicha Comisión en lo que toca al acceso, velaba fundamentalmente por resolver conflictos entre el Estado y las empresas, en el caso que se crearan barreras artificiales que evitaran el acceso de empresas al mercado o su permanencia, cosa que ocurría y ocurre con demasiada frecuencia cuando a través de dispositivos reglamentarios y, algunas veces de carácter municipal, se impide a una empresa participar del mercado. En lo que toca a la salida del mercado, la Comisión velaba exclusivamente por la simplificación en la salida del mercado de empresas insolventes, pudiendo esta comisión declararla en estado de insolvencia y convocar a sus acreedores a constituirse en Junta de Acreedores a fin de decidir la mejor manera de liquidar el patrimonio de propiedad del insolvente o, eventualmente, a la usanza del antiguo Convenio Extrajudicial de Pagos, acordar con el deudor un mecanismo de reestructuración de pasivos que permitiera, bajo un programa de reestructuración, su permanencia en el mercado.

Lo importante en todo ello es que con la promulgación de la Ley N° 26116 se estableció como premisa fundamental que la crisis empresarial sólo incumbía a los acreedores y los deudores y, al Estado sólo le correspondía velar porque los acuerdos que éstos tomen, se enmarquen dentro de los preceptos autorizados por la Ley de Reestructuración Empresarial. En ese sentido, la aludida ley retiró al Juez como máxima autoridad del Concurso y posicionó a los acreedores reunidos en Junta como los principales actores del proceso de solución a la crisis empresarial, otorgándoles las facultades suficientes para que éstos pudiesen tomar las decisiones necesarias y de cuyos efectos serían los únicos beneficiados o perjudicados.

Entendí en aquél momento que la promulgación de una Ley de Reestructuración Empresarial en un entorno de reactivación procuraba que las empresas en dificultades pudieran mantenerse en una economía en crecimiento a través de acuerdos con sus acreedores y, por ello, su necesaria promulgación. De ahí que, si bien la ley se había diseñado con normas eficientes y sencillas para la obtención de acuerdos de reestructuración entre los deudores y sus acreedores, se mantuvo al Juez como única autoridad encargada de la declaración de quiebra, en caso de falta de acuerdo entre las partes supuestamente actoras del proceso.

Me reafirmo en que fue esta ley la que motivó definitivamente mi introducción al tema de la insolvencia, pues de ser una disciplina vinculada más a los abogados procesalistas (la antigua ley se denominaba Ley Procesal de Quiebras), las nuevas disposiciones se orientaban a lo esencial de la crisis, es decir a la insolvencia: sus causas y sus vías de solución.

Si bien es cierto que a inicios de 1993, salvo el caso de empresas como Fábrica de Tejidos La Unión y otras empresas que basaron su crecimiento en un sistema de protecciones y subsidios a la producción, pocas eran las empresas que se enfrentaban a un estado de crisis financiera. Era la etapa de la expansión del crédito en el Perú, del crecimiento económico, era la época en la cual resultaba común ver que las empresas se endeudaban para realizar inversiones de capital y acudían al mercado de capitales para efectuar emisiones de bonos o acciones dado que, era más interesante evaluar nuevos mecanismos de financiación vía el mercado de valores a través del factoring, el leasing o la emisión de Bonos, antes que dedicarse a las quiebras y a la crisis empresarial. Recuerdo muy bien que alguien me comentaba con ironía, que le resultaba difícil entender que me dedicara a enterrar empresas, mientras el mercado daba cada vez más mayores muestras de que se iniciaban exitosos emprendimientos empresariales.

Lo que mi experiencia pasada me señalaba es que muchos de esos emprendimientos del 93 y ese crecimiento basado en la política de endeudamiento tendría que terminar mal; y lo que se estaba incubando era una tormenta de insolvencias futuras que no tardó en mostrarse desde 1996 en adelante, y de la cual aún no salimos.

Era evidente, pues que para ello había que estar preparado y que lo más conveniente era tomar la iniciativa, conociendo mejor que muchos los aspectos relacionados con la crisis y la forma cómo resolverla.

¿QUÉ ES LA INSOLVENCIA Y QUÉ PASÓ EN EL PERÚ?

No estoy seguro si quienes diseñaron la Ley de Reestructuración Empresarial estaban conscientes de los términos empleados en la ley para señalar qué constituye el estado de insolvencia de una empresa. Como recordarán, para la 26116 una empresa era insolvente si había perdido más de las dos terceras partes de su patrimonio o, si algún acreedor con un crédito exigible que excediera 50 unidades impositivas tributarias solicitaba la declaratoria de insolvencia ante la Comisión del INDECOPI.

Como siempre he señalado, la insolvencia, en esencia, no ocurre con el incumplimiento, pues éste, lo que permite es revelar un estado de impotencia patrimonial del deudor para hacer frente de manera regular a sus compromisos frente a sus acreedores. La insolvencia más bien es un estado económico, constituye algo así como una enfermedad empresarial (si de empresas estamos hablando), que no se sabe a ciencia cierta cuándo es que se contrae, aunque es posible saber a partir de cuándo se estuvo expuesto.

En el Perú, por ejemplo, los empresarios están prácticamente acostumbrados a realizar proyectos de inversión sólo con endeudamiento de terceros (usualmente Bancos que en las épocas de crecimiento estaban ansiosos de prestar dinero sin tener en cuenta a quien les prestaban); con lo cual, no resulta muy difícil diagnosticar que el virus de la insolvencia fue contraído por muchísimas empresas entre los años 93 al 95. A ello, debo agregar, que el diseño de una ley como la de Reestructuración Empresarial no estuvo concebido para hacer frente al tamaño de la crisis de insolvencia incubada en los "buenos años".

Debe entenderse entonces que la insolvencia constituye un estado del patrimonio pocas veces reconocido, incluso por quienes tienen la responsabilidad de conducir los destinos de las empresas, que se caracteriza por un patrón que no por múltiple es poco común, recordemos si no, el elevado endeudamiento, falta de una política de racionalización de expectativas, falta de disciplina en el manejo de los gastos, sobre expectativa respecto de pronósticos de ingresos; y ausencia de una política de liderazgo al interior de la empresa.

Ahora bien, las consecuencias de la insolvencia, una vez que aparece como enfermedad, son igualmente variadas y diversas en cuanto a sus manifestaciones, así es consecuencia de la insolvencia, el retiro de funcionarios claves de la gerencia, el crecimiento de las cuentas por pagar, el crecimiento de los gastos financieros por acumulación de intereses de deuda contraída que se reprograma y no se paga, un decaimiento en los resultados económicos; producto de una menor venta o una baja rentabilidad, la existencia de un cambio en la administración; priorizando funciones de tipo financiero para reciclar deuda antes que las relativas a aspectos productivos, generación de niveles de obsolescencia empresarial; en los que no se reinvierte utilidades para cubrir activos enteramente depreciados, por el contrario, se procura que los activos sean utilizados para obtener mayor endeudamiento tratando

cosméticamente de demostrar solvencia a nivel de los estados financieros, revaluando bienes sin importar que la rentabilidad real de la empresa decaiga y logrando que el valor de los activos supere en innumerables veces la utilidad que éstos permiten generar.

Pese a las causas, las consecuencias y las estadísticas que hoy vemos a nivel de INDECOPI, son pocas las empresas que acuden en busca de remedios empresariales cuando la insolvencia tiene el correlato médico de gripe, sino más bien, se espera "pacientemente" que la gravedad de la crisis, nuevamente desde un punto de vista médico, se pueda equiparar a un cuadro agudo de neumonía de pronóstico reservado.

Esa ha sido la situación de las insolventes (empresas) y parece que aún persistimos en nuestra terrible realidad de país cortoplacista, pues, antes que ir a las causas, preferimos enfrentarnos a la terrible realidad de los hechos consumados. Pocos son los procesos en los que vemos que una empresa que se encuentra enfrentando una situación de crisis financiera, (entendiendo como una situación transitoria de insolvencia), procure concursarse, esto quiere decir, la renuencia a acudir a las reglas del concurso para procurarse soluciones concertadas y colectivas a fin de lograr la solución de una potencial cesación de pagos. Muy por el contrario, las empresas esperan que las causas se vuelvan contra el empresario en dificultades; y que la cesación de pagos prácticamente ocurra para recién allí acudir a las reglas del concurso cuando realmente no existen ya posibilidades de solución.

Las situaciones de insolvencia que he podido ver son en muchos casos las mismas, empresas sobreendeudadas, sobrevencidas en sus obligaciones o refinanciadas sin mayor sustento en un flujo de caja. Son empresas, usualmente, cargadas de gravámenes y con pocas posibilidades de enfrentar una deuda que ya se ha tomado en impagable. Pero, lo lamentable de todo esto, es que en este escenario los sacrificios ya no corresponden al deudor, sino, que se transportan a los acreedores; quienes deberán incorporarse al concurso para decidir qué hacer con el patrimonio empresarial y, de ser el caso, juzgar a los empresarios que permitieron u omitieron tomar medidas para evitar esta situación que, finalmente, a todos afecta.

Creo sin temor a equivocarme, que en gran medida en el Perú son muy pocas las empresas que logran reestructuraciones exitosas. Este punto de vista no tan optimista, obedece a lo que he explicado en el párrafo anterior, y no hace si no corroborar la posición de quienes señalan la analogía siguiente: "INDECOPI es a funeraria, como abogado experto en temas de insolvencia es al enterrador". ¡Nada más deprimente en temas de percepción sobre para qué sirven las instituciones y quiénes son los principales usuarios!

No obstante lo anterior, nuestra labor sigue siendo una absolutamente importante, pues así como explicamos qué pasó en el Perú con las insolvencias, también es cierto que en gran medida esta situación tiene relación con decisiones empresariales equivocadas y malas estrategias de refortamiento. En el fondo, el patrimonio empresarial está allí; pese a que sus operadores no supieron enfrentar el océano de dificultades en el que les tocó navegar, aún queda la nave al garete.

LA NAVE EN DIFICULTADES Y EL POSIBLE NAUFRAGIO, REGLAS APLICABLES PARA ABANDONAR EL BARCO.

Ante la nave al garete, lo importante, en todo caso, es reconducirla a puerto seguro. Aquí, cabe tener en cuenta que en la nave en dificultades existen diversos pasajeros y pocos botes salvavidas, para lo cual se debe recurrir a la ley que es algo así como el manual para el rescate.

Dicho manual prevé, que los últimos en salvarse, si de naufragio hablamos, serían los tripulantes y los dueños del barco, mientras que los niños y las mujeres (representadas por los trabajadores y ex trabajadores de la empresa); quienes están en el barco y en el naufragio sin que su voluntad o decisión tenga algo que ver con ello, quienes no pidieron entrar, quienes no compraron el pasaje que los condujo a tan infausto viaje, son los primeros en usar los botes salvavidas. Sólo, luego de salvados estos últimos, serán favorecidas las demás pasajeras (representadas por los demás acreedores); quienes obtendrán los botes salvavidas que queden.

Como ya precisé, el crédito laboral tiene una consideración especial que no obedece a capricho o medida populista alguna, sino que, nace como el reconocimiento a su origen, es decir, la valoración de la relación de dependencia o subordinación, la cual incapacita al trabajador para velar por su crédito exigiendo garantías en respaldo de sus sueldos impagos, por ello, los salarios no se negocian en una mesa donde empleador y trabajador mantienen las mismas capacidades de negociación y es, por dicho motivo, que la ley de reestructuración concede un privilegio absoluto en el pago respecto de otros acreedores, en caso de liquidación de la hacienda empresarial, es pues, el principal acreedor al bote salvavidas.

Continuando con el rescate, veremos que los salvavidas están a disposición de aquellos que desde la partida del barco compraron pasajes más caros, digamos que son los pasajeros de primera clase, estos señores fueron más cautos que el resto, pues se aseguraron de alguna manera no sólo que todas las camarotes que adquirieron para este viaje sean confortables, que la tripulación a cargo sea experta y que la estructura del barco fuese resistente, sino también que pensaron que, si hasta el Titanic sucumbió, es posible que ello pudiese ocurrir en la nave en la cual se embarcan, por lo que, para evitar peleas de último momento y angustias a la hora de abordar el barco, compraron también un salvavidas con el pasaje.

Creo que la ilustración es clara, quienes tomaron garantías al momento de conceder el crédito, no sólo esperaban una tranquila travesía, sino también, un mecanismo de salvataje eficaz ante la nave en dificultades. El mismo objetivo es perseguido por quienes tomaron garantías "cuando la nave no enfrentaba dificultades", vale decir, quienes asumiendo "los costos de transacción", en palabras usuales a mi buen amigo Alfredo Bullard, tomaron garantías del deudor. Pues bien, ambos tipos de pasajeros diligentes, han sido eximidos, por la ley, de soportar el riesgo del naufragio o impago del deudor común; pero ojo, sólo hasta el valor de su garantías.

Explicándonos en el particular ejemplo, tenemos que, si el bote salvavidas que compró un pasajero de primera clase es para siete personas y en el camarote hay ocho o nueve, los dos restantes no pueden ser acomodados con los otros pasajeros de primera clase sino que pasarán indefectiblemente a "coach".

Luego, están el resto de pasajeros y, al igual que en el Titanic, es usual que éstos sólo hayan confiado en la pericia de la tripulación y la fortaleza del barco. En este caso, es usual que los botes salvavidas no sean suficientes, de ahí que hay una regla cruel ... "los viejos primero" y, si no hay botes suficientes, correrán la suerte de la nave, de forma tal que hay posibilidades de grandes pérdidas. En síntesis, quien confió en la diligencia del empresario, quien no tomó garantías por su crédito o no las suficientes ó quien por única garantía tenía el patrimonio del deudor común, deberá soportar los riesgos de la potencial o real pérdida del deudor común, regla que obliga a todos los acreedores.

Sin embargo, es cierto también que no todos los acreedores comunes soportan la pérdida en igual proporción, pues, si existe remanente a distribuir después de los órdenes de prelación anterior y los créditos constan en un registro (la ley no especifica cuál) los créditos más antiguos

son pagados en primer lugar, caso contrario (no hay registro) se entiende que todos los acreedores sin garantías en respaldo de sus créditos, soportan el riesgo a prorrata de su participación en la totalidad de créditos del orden de prelación al que pertenecen (quinto orden de preferencia según la actual Ley de Reestructuración Patrimonial).

He dejado al margen de las reglas de prelación al Estado, como acreedor por tributos que la ley le otorga, en casos de liquidación, pues es un acreedor que se posterga a los acreedores laborales y a los garantizados; pero con preferencia a los acreedores sin garantía.

En mi opinión el Estado, como acreedor, debería ser un supuesto negado en cualquier crisis, pues las reglas del concurso son enteramente mercantiles; y éste (el Estado) sólo recauda impuestos producto de la renta (en crisis nunca hay utilidades), o en caso el deudor sea sujeto responsable en el pago de créditos indirectos (impuestos al valor agregado), en cuyo supuesto el deudor actúa como un simple agente retenedor de impuestos y no debería retenerlos para alargar su agonía. No obstante, si lo hace al margen de las consideraciones de otro tipo, creo yo que el Estado, en cuanto sea recaudador de tributos, no debe ser pasajero de esta nave en dificultades, pues nos representa a todos nosotros que no somos pasajeros voluntarios de esta nave, por lo que, deberemos ser algo así como polizontes legitimados de esta nave y con ello, deberemos tener la posibilidad de salir primero que nadie; pero procurándonos, al margen de los salvavidas de la nave, nuestros propios implementos de rescate (uno de ellos es poder salirnos vía los salvavidas que siempre se reserva el dueño del barco).

En efecto, respecto de los tributos, debería existir mayor celo del Estado en su recaudación, de forma tal, que se pudiera evitar, por todos los medios, estar de acreedor de un deudor en dificultades. La existencia de medios coactivos de cobranza permite ello. Sin embargo, en el Perú, después de los acreedores bancarios, el Estado, ocupa el segundo lugar entre los acreedores más importantes de empresas declaradas insolventes por tributos dejados de recaudar; y, ello, es una responsabilidad del administrador de la recaudación tributaria. Mal hacemos al considerar al Estado o, mejor dicho a la hacienda pública, como un acreedor más del nivel de un acreedor sin garantía, pues el origen de la deuda con el fisco responde al incumplimiento de una obligación legal no de la empresa, sino del empresario.

Pero lo que acabo de reseñar como nave en dificultades y salvavidas de rescate, es posible de evitar, es decir, no todas las naves al garete deberían, irremediablemente, naufragar.

LA REESTRUCTURACIÓN VISTO COMO UNA REVUELTA DE INTERESES EN CONFLICTO.

Como mencioné, resulta difícil analizar cuándo la insolvencia ha afectado las bases mismas del negocio al extremo de sacar prácticamente una empresa del mercado en materia de crisis. Ello es una premisa, cuando los activos industriales valen más que el flujo de caja que son capaces de generar, estamos, sin lugar a dudas, frente a una situación de naufragio potencial, entendiendo que no solo la nave está al garete, sino que hace agua y va próxima al hundimiento. De ahí que, será necesario aplicar las reglas que comentábamos en el apartado anterior y que conlleven una salida ordenada para los acreedores.

Pero, ¿qué sucede y cómo se debe analizar si es necesario y más útil a los acreedores resolver el tema de un barco sin brújula, dándole un nuevo norte?

Todos sabemos que una empresa sobre endeudada transita a veces por circunstancias de total incertidumbre que impide establecer a sus administradores, cuál es la vía de solución. Hay

muchos casos en los que las empresas, pierden dinero porque sus administradores no toman las decisiones para evitarlo, o de hacerlo, la reacción está fuera de tiempo para solucionar el problema. Sin embargo, no me cabe duda que con una administración adecuada, es posible cerrar los huecos e ir reduciendo las pérdidas acumuladas.

Es oportuno preguntarse ¿cómo entonces determinar cuáles son empresas rescatables y cuáles no tienen posibilidad de sobrevivir en un país como el nuestro, caracterizado por ciclos cortos de estabilidad económica?

Lo primero que debemos señalar es que las empresas no se reestructuran por Decreto, ello, quiere decir que cuando las primeras planas de diarios financieros señalan que INDECOPI propone más protección a las empresas en procesos de reestructuración, lo que garantiza es que los únicos desprotegidos serán los acreedores. No debemos olvidar que la premisa fundamental a toda crisis empresarial debe ser darle el mejor resultado a los acreedores y procurar que recuperen lo más posible, de ahí que no se puede decir que una reestructuración es exitosa si los acreedores nunca recuperaron sus créditos, aunque la empresa siga operando y, peor aún, acumulando cada vez mas pérdidas.

He visto algunos casos realmente lamentables de reestructuración empresarial en los cuales se dice que tal empresa tiene y viene pasando por un proceso exitoso; y resulta que lo único exitoso es que quien la conduce recibe puntualmente su sueldo a costa de proceder a prorrogar sucesiva e interminablemente a los acreedores en sus justas expectativas de cobro. ¿Cómo lo hacen? La respuesta es inmediata, valiéndose de innumerables recursos. Mencionamos algunos.

Es común, en innumerables casos, que una empresa con una muy abultada deuda tenga como origen que los acreedores hayan perdido parte del capital de su crédito. No obstante, los acreedores no desean o no pueden reconocer dicha pérdida, pues ello, les remitiría a una situación de pérdidas que pondría en riesgo su propia supervivencia como empresa. Lo que se hace entonces es asumir como premisa verdadera que una empresa que ha venido arrojando pérdidas consistentemente pueda revertir su situación en el transcurso de los próximos doce meses. Basta para ello, que un tercero, digamos un asesor financiero, proyecte un flujo de ingresos y egresos que convierte la empresa, de un fracaso total desde el punto de vista financiero a una realidad próspera de utilidades constantes, que permite a los acreedores que financian esta nueva aventura convertirse en los beneficiarios de esta ficción financiera. De esta manera, la ceguera empresarial se traslada de los deudores a sus acreedores (el 66.66% de los créditos reunidos en Junta de Acreedores) cuando éstos acuerdan la REESTRUCTURACIÓN empresarial y la ficción se convierte en realidad para todos, pese que a la vuelta de un año seguimos al garete con nuevas deudas.

Otro caso, es aquél de acreedores vinculados al deudor que controlan las decisiones de la Junta de Acreedores. En el Perú, lamentablemente, no existe la figura de la subordinación equitativa; precepto que obliga a aquellos acreedores que controlan la administración del negocio a pasar previa a la solicitud de concurso por un filtro acerca de su comportamiento. Vemos con impotencia, ante la falta de este control previo, que existe cada vez más la práctica de algunos inescrupulosos que no llamaría empresarios, de aprovechar su condición de controladores de la empresa para simular o, eventualmente, prestarse a sí mismos. Así, muchas veces puede ocurrir que estos empresarios le hayan prestado dinero a la empresa; pero ese dinero no es producto de una fortuna personal, sino que son los propios recursos de la empresa extraídos vía dividendos que no se debieron repartir o remuneraciones excesivas, con el único propósito de garantizarse el control en las sesiones de la Junta de Acreedores, de manera que

adquieran derechos de controlar la decisión de la empresa concursada y permitir por este camino la permanente reestructuración del negocio con los efectos señalados en el párrafo anterior.

La subordinación equitativa procura eso, subordinar a aquellos acreedores que controlan la empresa y deja la decisión al resto de acreedores no vinculados. Es importante anotar que cada vez más vemos que el INDECOPI trata de evitar que circunstancias como la anotada en el caso de acreedores vinculados a la administración de la empresa se presenten, cuando ello conlleva decisiones abusivas; pero siempre he creído que no hay solución a las crisis empresariales cuando la causa de ellas son actitudes consideradas de fraude a los acreedores. En esos casos, es necesario resolver el problema por medio de la liquidación de la empresa, que es la sanción aplicable al mal empresario.

En el caso de reestructuraciones que son sólo someras ficciones financieras en agravio de las minorías de acreedores, he sostenido en innumerables foros y eventos a los que he sido convocado como expositor, que la solución es imponer a un tercero como autoridad del concurso, de forma tal que sólo sea posible reestructurar empresas que sean razonablemente viables. Ello quiere decir que existan en las propuestas de reestructuración algo más que la ya famosa frase "la empresa vale más como empresa en marcha que en liquidación". Es necesario demostrar que eso es así, acreditando ante la autoridad que se han corregido o remediado las causas que originaron la crisis, que se cuenta con los recursos financieros destinados para su rehabilitación, que la plana administrativa que asuma la responsabilidad de su gestión está calificada para llevar a cabo el proceso de reestructuración, que las posibilidades de un mercado que atender existen, que las proyecciones financieras son razonables atendiendo al entorno macroeconómico en que se desenvuelven y, además, que los acreedores no tendrán que hacer sacrificios excesivos (En pocas palabras, no más esos planes de reestructuración donde a un grupo de acreedores se les dispare al final de los años de proyección -en sales sin intereses- para pagarles, si hay recursos en el año veinte)

Considero entonces, que la nave en dificultades, es posible de ser reconducida a puerto:

- (i) si se avisa de las dificultades a tiempo,
- (ii) si se cuenta con la responsabilidad y el esfuerzo de sus administradores para efectuar la reconducción de la empresa; y
- (iii) si los acreedores -antes de penalizar el hecho de confesar dificultades temporales, adelantando con ello el naufragio- participan en la estrategia de salvataje y apoyan su implementación.

En definitiva, la empresa se puede reencaminar, no sólo si el deudor sino, todos los participantes de la crisis, actúan responsablemente. De lo contrario seguiremos viendo las tristes estadísticas que revelan los fracasos de procesos de reestructuración iniciados; y que concluyen finalmente en procesos de liquidación.

La falta de una adecuada percepción de la crisis empresarial, sus causas, sus consecuencias, la falta de una real autoridad que ponga orden en el proceso, evite abusos de ambos lados, y que intervenga con algo de criterio en función de cada caso concreto, constituyen las razones por las que oímos a diario voces que demandan soluciones alternativas. Se reclama así, apoyo estatal para salvar a las empresas en el Perú, capitalizaciones de deudas tributarias, una nueva banca de fomento para que otorgue créditos subsidiados, entre otras.

A la autoridad le corresponde entonces velar no sólo por el cumplimiento formal de las reglas de la reestructuración, sino el evitar que, en nombre de la conservación de empresas, se permita que permanezcan en el mercado aquellas calificables como enteramente inviables.

¿QUÉ HACER?

He pensado varias veces si se hizo bien al regular el proceso concursal como un procedimiento administrativo a cargo de INDECOPI.

En reiteradas oportunidades he advertido como el órgano administrativo interviene en el proceso sin poder ejercer realmente su autoridad, no pudiendo inclusive hacer cumplir sus resoluciones. Son conocidos los casos en que existe la llamada interferencia de poderes. Citando algunos, recuerdo el más cercano en el tiempo, el de AEROPERÚ; en el cual existió una suspensión del proceso de liquidación en razón a decisiones judiciales que dilataron el proceso más de dos años. Como se recordará, para los representantes del Sindicato de esta empresa de aviación; quienes promovieron la interferencia del poder judicial, era posible reifolar AEROPERÚ, mientras que para el resto de acreedores, la empresa estaba condenada a su liquidación. Lo trascendente ante esta polarización de criterios, es que la demora del proceso sólo obedecía a que las decisiones de los acreedores en Junta no constituyen en ningún caso mandato judicial y, por tanto, es posible que se considere que la decisión de los acreedores debe quedar en suspenso ya que se ha violado algún derecho fundamental sea, de un acreedor o, de un accionista.

En algún otro caso de liquidación que me fue consultado, recuerdo como un Juez declaró en suspenso el proceso de liquidación de una empresa, ministrando la posesión de la empresa a un accionista; quien sostenía que los acreedores habían acordado la reestructuración de la empresa; y después, obviando esta decisión inicial, habían acordado liquidarla, afectando con ello su derecho a la propiedad.

En fin, podríamos enumerar y comentar infinidad de casos; pero capaz lo más importante es entender que la solución de regular el proceso de concurso como uno de naturaleza administrativa no ha sido sino la consecuencia de una necesidad de simplificación del proceso de reestructuración empresarial que recogieron los autores del Decreto Ley N° 26116.

Creo, por cierto, que nadie fue conciente que excluir al Juez como autoridad del concurso ocasionó a su vez que se suscitara una serie de irregularidades que desprestigian el sistema de reestructuración, ante lo cual, el INDECOPI no puede ser sino un observador pasivo.

Hay quienes piensan que la solución es concederle a INDECOPI función jurisdiccional, la cual corresponde mas bien al Poder Judicial. ¿cómo aceptar que sea INDECOPI que declare la nulidad de un acto de disposición de bienes por el deudor? ¿Es conveniente permitir que sea un órgano del Poder Ejecutivo que administre justicia en caso de empresas en crisis?

Como vemos el problema de la crisis empresarial nos lleva nuevamente a la necesidad de revisar algunos temas como, si es conveniente retornar al Juez del concurso permitiendo la apertura de procesos preventivos ante él, o dar a las decisiones de la Junta de Acreedores fuerza vinculante a través de decisiones judiciales de homologación; en cuyo caso es la autoridad judicial; quien previa evaluación de las decisiones de los acreedores, autoriza las mismas y les concede los efectos de una sentencia judicial.

Sólo podemos comprender que la autoridad judicial, avocándose realmente a las causas, podría evaluar cuándo un acto de disposición del deudor afecta a los intereses de los acreedores del concurso o sólo el Juez de la quiebra podría estar capacitado para juzgar si un deudor ha cometido delito de quiebra fraudulenta o no.

Entendamos entonces, que no podemos desvincular los problemas de las crisis del impago de las circunstancias de la actual administración de justicia en el Perú. En el fondo, la razón para mantener un procedimiento administrativo que regule la insolvencia, obedece a una natural desconfianza en la administración de justicia en el país. La solución para evitar confrontarnos con la realidad de la judicatura parecería estar en entender y aceptar que la crisis empresarial sólo involucra al deudor y a sus acreedores; y que no se requiere del Juez o de ninguna autoridad distinta de la que la actual ley de reestructuración le concede a los acreedores. No obstante, a la hora de hacer cumplir los acuerdos de esos acreedores, reunidos en Junta, no existe forma de evitar acudir al Juez para permitir que éstos se ejecuten. ¿Por qué entonces no vincular al Juez desde el origen de la crisis y no sólo hacerlo cuando surgen los problemas que comentamos en este apartado?

México nos ha dado una solución interesante a través de la creación del denominado Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, el IFECOM.

El IFECOM es un órgano auxiliar del Consejo Federal de la Judicatura que goza de autonomía técnica y operativa; y que ha sido creado para la administración de los procesos de insolvencia. Dentro de sus funciones está, administrar un sistema de especialistas que supone la selección de auxiliares de la administración de justicia en materia concursal, lo que significa que, si bien el proceso de concurso sigue siendo judicial, su real administración reside en la intervención de una serie de profesionales elegidos por el IFECOM; quienes intervienen facilitando al Juez los elementos necesarios para la administración de justicia en el proceso concursal. De ese modo, se asegura al juez una visión empresarial de la crisis que le permite intervenir garantizando que las finalidades del concurso se cumplan.

Pero además el IFECOM cumple funciones regulatorias, pues dicta reglas de carácter general de obligatorio cumplimiento para los actores del concurso.

En resumen, ¿por qué no buscar que implementar dentro de nuestro sistema judicial los mecanismos que permitan integrar eficientemente las experiencias del pasado, dotando a las autoridades judiciales de los auxiliares que permitan administrar justicia considerando una visión empresarial?

Recordemos que, aún en el caso del Titanic, el capitán ejerció autoridad hasta que éste se hundió.