

CONOCIENDO LAS CAUSAS DE LAS CRISIS EMPRESARIALES, UN PRIMER PASO PARA RESOLVERLAS (MÁS ALLÁ DE LA LEY DE REESTRUCTURACIÓN)

JOSÉ ANTONIO JIMÉNEZ CHOCANO^(*)

"La deficiencia que uniformemente se señala al requerir un replanteo del derecho concursal clásico -en sus fines, estructura, técnicas, etc.- apunta fundamentalmente a la falta de un sistema de detección temprana de la crisis o dificultades de la empresa y al retardo en la promoción de los procedimientos."

Rubén Segal

I. INTRODUCCIÓN

Hay quienes piensan que la legislación concursal en nuestro país no ha tenido éxito en coadyuvar a la solución de la crisis económica por la que se viene atravesando hace ya varios años y que afecta a la mayoría de los sectores productivos del país. Ello parece ser cierto, pues las cifras no mienten. Del Documento de Trabajo No. 008-2000 denominado "Perfeccionamiento Del Sistema De Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico De Una Década" publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de agosto del año 2000 por el Área de Estudios Económicos del INDECOPI, efectivamente se precisa que el promedio histórico de las decisiones de junta de acreedores ha sido mayoritariamente a favor de la liquidación de las empresas, puesto que desde el año 1993 a mayo de 2000, la liquidación se acordó en el 75% de los casos, en cambio, solamente en el 25% se acordó la reestructuración patrimonial. Pero como el propio Documento de Trabajo refiere, para evaluar con mayor precisión el porcentaje de empresas que son realmente reestructuradas, debe restarse al número de empresas en proceso de reestructuración, aquellos casos que devienen luego en procesos de liquidación por decisión de la propia junta de acreedores. Así el Documento de Trabajo muestra que del 100% de los casos en los que se decidió la reestructuración de la empresa, el 24,9% de ellos devino en una liquidación de activos y expresamente se comenta:

"Tal estadística es de suma importancia pues nos muestra claramente que de las reestructuraciones decididas, aproximadamente la cuarta parte es una decisión temporal que luego es revertida a una decisión de liquidación".

Por tanto, el porcentaje promedio neto de reestructuración será definitivamente inferior al 25% de los casos. Pero la cifra que resulta alarmante, es que solamente el 2,8% de los procesos en reestructuración concluyen cumpliendo con el pago de créditos de acuerdo al cronograma de pagos aprobado en el plan de reestructuración correspondiente,

(*) El autor es abogado del Área Financiera y Reestructuración del Estudio Benítez, Mercado & Ugaz, Abogados.

Adicionalmente, en la página web del INDECOPÍ hemos encontrado que respecto a los años 2000-2001, la tendencia de liquidar las empresas continúa, puesto que de un total de 298 decisiones que sobre el destino de las empresas se han tomado en procesos de insolvencia de enero del 2000 a agosto del año 2001, el 82% ha decidido por la liquidación y únicamente el 18% por la reestructuración.

Por otra parte, no hemos encontrado información relativa a la cantidad de créditos que han sido pagados en procedimientos concursales de reestructuración, preventivos, simplificados, transitorios o de liquidación, pero seguro las cifras no serán alentadoras y entonces ¿Cómo quedan estos créditos impagos en el mercado? ¿Qué efectos conlleva esta situación?

Todo ello nos lleva a cuestionar ¿Qué ocurre con el sistema concursal? Lo paradójico es que el Perú cuenta con uno de los sistemas concursales más modernos de la región latinoamericana y según el Documento de Trabajo los resultados desde 1993 han sido positivos, en la medida que se entienda por positivo, el incremento importante de la demanda por servicios de reestructuración patrimonial, aumento que de acuerdo con el propio Documento de Trabajo, evidencia que el sistema legal concursal de alguna manera ha sido útil para los usuarios. Por nuestra parte consideramos que en todo caso, el aumento de la demanda de "servicios concursales", no indica que el sistema concursal sea efectivo, sino que significa un incremento de la crisis o en todo caso que esta continúa, y que en muchos casos, los deudores acuden al concurso como única alternativa para evitar la ejecución individual de su patrimonio por parte de algunos de sus acreedores.

Pero ¿No es caso que la Ley de Reestructuración -acorde con las tendencias concursales modernas- reemplazó a la Ley de Quiebras, cambiando radicalmente la idea de que el proceso concursal era la "partida de defunción" de las empresas, y que más bien la nueva normalidad buscaba la conservación de las empresas viables, que permitía a su vez la conservación de puestos de trabajo, proteger el crédito y no contaminar el mercado con empresas en liquidación? ¿Podemos entonces concluir a priori que en el país prácticamente no hay empresas viables, y que los efectos de la Ley de Reestructuración han sido similares a los ofrecidos por la antigua Ley de Quiebras?

Ante esta problemática, no le faltan razones al Estado -a través de la autoridad competente (INDECOPÍ)- para proponer en forma pro-activa cambios y nuevos textos legales que buscan de alguna forma reestructurar la propia Ley de Reestructuración. Precisamente, en el Documento de Trabajo No. 08-2000 se indica con acierto que la efectividad del sistema de reestructuración patrimonial se ha visto limitada -entre otros factores- por el alto margen de error en las decisiones de los acreedores, puesto como se indicó, el 25% de los casos de reestructuración se han convertido luego en procesos liquidatorios. Este margen de error se produce -entre otros elementos-, por la falta información mínima sobre el negocio que permita decisiones correctas y oportunas a los acreedores.

Al respecto, coincidimos con el INDECOPÍ en que la experiencia ha enseñado que se requiere contar con información adecuada y oportuna para que los acreedores tomen decisiones correctas dentro de los concursos; pero también se debe reconocer que para coadyuvar a resolver una crisis empresarial, no solo es necesario contar con una buena legislación concursal, y perfeccionarla de manera que -mediante su aplicación- se busque salvar la delicada situación del deudor y sus acreedores, pues ha quedado demostrado que en la mayor cantidad de procesos concursales, las empresas no retornan al mercado.

Creemos que el camino del éxito para coadyuvar a solucionar las crisis empresariales empieza cuando las partes (deudor, acreedores y sin olvidar al Estado) toman conciencia a tiempo de las crisis empresariales o de las problemáticas empresariales que pueden conllevar a crisis; vale indicar, cuando oportunamente comienzan a conocerlas y a descubrir sus causas, incluso antes de convertirse en insolventes y aplicar y someterse a la legislación concursal. Entonces el tema va más allá de la normatividad concursal. En efecto, en el país parece que el uso de los procedimientos concursales se hace en forma tardía, razón por la cual existe el alto margen de empresas en liquidación, vale indicar que el proceso de reestructuración puede resultar poco eficiente para los agentes, a pesar de contar con procedimientos concursales que en sí legalmente se encuentran estructurados correctamente. Uno de los problemas será entonces la información que se obtenga en el mercado para evitar y prevenir a tiempo las crisis, o en todo caso, para resolverlas a tiempo.

Debe considerarse que no siempre los acreedores están dispuestos a liquidar a las empresas desde un comienzo, pues muchas veces a pesar de saber que la empresa es inviable acuerdan la reestructuración, no sólo por no contar con información, sino que en algunas ocasiones, los acreedores esperan algún tiempo para efectuar provisiones y luego envían a la empresa a su liquidación y quiebra, realizando la pérdida contable del crédito pero ya aprovisionado.

Ahora bien, dentro de los factores que puede incidir en el fracaso actual de las reestructuraciones y el apogeo de las liquidaciones, podríamos mencionar: (i) la incapacidad del deudor de reconocer y aceptar oportunamente que está en crisis económica, que ésta es permanente y que puede perder su empresa en un procedimiento concursal (desapoderamiento); (ii) la falta de información adecuada tanto para el deudor como para los acreedores para la toma de decisiones correctas y oportunas, pero no sólo en la etapa en que se abre el procedimiento concursal, sino antes de someterse a los procedimientos concursales; (iii) la falta de una política estable y responsable del Estado que cree los incentivos adecuados para determinar sistemas de prevención de crisis empresariales y control de sociedades; (iv) Estructuras accionarias cerradas de las empresas; (v) El otorgamiento y/o uso indebido e inadecuado del crédito comercial y/o bancario; (vi) En general, el desconocimiento real del origen o causas de las crisis, entre otros factores.

Pues bien, mediante el presente artículo no se busca realizar una exégesis del Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, que pudiera ayudar a re-reestructurar la Ley de Reestructuración Patrimonial; sino que se trata de explicar y comentar cuales son algunas de las causas o factores que generan, o inciden en la creación de crisis económicas de las empresas y tratar de descubrir cuales son los elementos de una empresa en crisis, de manera que permita a los agentes, tratar de crear parámetros que podrían servir para un sistema de alerta o detección de crisis empresariales, y en consecuencia, que coadyuve al uso eficiente y oportuno de las normas y procedimientos concursales, si fuera necesario.

Creemos que la prevención de las crisis y su detección a tiempo, conociendo sus causas, pueden mejorar en alguna medida los resultados de las reestructuraciones, ya sea mediante el uso de procedimientos concursales o por acuerdos preventivos extrajudiciales, dependiendo de la situación de la empresa.

De esta forma para calificar si un sistema concursal es exitoso, no bastará medirlo con el número de empresas que se han acogido al mismo. Ciertamente ello es importante, y nos da idea de que el procedimiento concursal en sí se encuentra legalmente bien estructurado, pero no será necesariamente una herramienta útil para coadyuvar a la resolución de las crisis empresariales como parece haber estado ocurriendo hasta el momento. Un sistema

concurzal será exitoso cuando el marco regulatorio permita reconocer que las decisiones tomadas por los agentes fueron justas, oportunas y adecuadas, y cuando se puedan conservar las empresas viables en el mercado. Reiteramos que ello será posible, si en principio se reconoce que los agentes pudieran prevenir la crisis y conocieron sus causas, contando para ello con información.

Para ello resultará pertinente que en nuestro sistema jurídico se encuentren vigentes las normas que detectan a tiempo las crisis empresariales, es decir, contar con un sistema ex-ante que permita prevenir insolvencias.

Como se puede apreciar este sistema de advertencia y reconocimiento de empresas en crisis parece inexistente en nuestra realidad económica-jurídica, y entonces podrá seguir ocurriendo que contemos con una Ley de Procedimientos Concursales bien estructurada y que se vaya perfeccionando con el tiempo en cuanto a cuestiones jurídicas, pero que a la larga no tenga mayores resultados económicos, pues los agentes del mercado no contaron con la información necesaria y oportuna (no solo en el concurso) para que se les advierta que una empresa está enferma, cuál es su grado de enfermedad y que la originó. Implementar o que entre en vigencia un sistema de conocimiento temprano de crisis y de medidas obligatorias frente a estas por parte de las empresas, es sólo un elemento que podría ayudar entre otros a mejorar el objetivo del derecho concursal de conservación de las empresas, y estará vinculado no solo a éste, sino irá más allá de la Ley de Reestructuración y deberá involucrar a otras ramas del derecho, como por ejemplo, la societaria, todo ello enmarcado dentro de políticas de gobierno estables y responsables.

La importancia del tema se podrá apreciar con mayor claridad con la comparación de una empresa en crisis con una persona enferma. Ésta, se podrá curar de una manera más rápida y eficiente si reconoce cuáles son los síntomas que presenta y acude a los médicos para que tomen las medidas necesarias; de lo contrario, si el enfermo piensa que no tiene nada, y no comunica esta situación a sus seres más cercanos, ni a los médicos, y éstos no se dan cuenta del mal, probablemente cuando la enfermedad haya avanzado el camino de su curación será muy largo y tortuoso para todos, pudiendo incluso fallecer antes de descubrir cuál fue la causa de la enfermedad.

II. CRISIS EMPRESARIALES

Debemos empezar advirtiendo que un primer problema es que las crisis empresariales no son siempre las mismas, depende a decir de Segal², del contexto económico-social en la que se generen. Así pues, no se puede generalizar las crisis y sus causas; por ejemplo, resultaría difícil señalar que las causas de la crisis empresarial generada en el país luego de la guerra con Chile, o la crisis generada como producto de la llamada Reforma Agraria en la época del Gobierno Militar, o la crisis generada en el sector pesquero por la aparición del "Fenómeno del Niño", son las mismas, tienen las mismas causas y presentaron los mismos síntomas. Hecha la advertencia, resulta complejo desde ahora establecer parámetros inalterables de causas de crisis empresariales y sus síntomas.

Es así, que consideramos necesario empezar esta parte tratando de conocer el significado de una "crisis empresarial".

2 - SEGAL, Rubén, "Acuerdos Preventivos Concursales", ABELEDO- PERROTTI, Buenos Aires, 1998, Pág. 15.

Según Candelario Macías y Rodríguez Grillo³ resulta muy difícil definir la "crisis de la empresa" por la cantidad de factores que confluyen, pero lo más importante es destacar que estos factores independientemente su carácter, "... convergen en el deterioro de la situación financiera de la empresa, traducida en la disminución de su activo, en la falta de liquidez, y, por tanto, en la carencia de los recursos necesarios para llevar adelante su normal funcionamiento, situación ésta que, además, lleva aparejado el aumento de las deudas, es decir, del pasivo."

A criterio de las citadas autoras, la crisis de una empresa está determinada cuando se presentan los siguientes elementos:

- a) Disminución de activos;
- b) Falta de liquidez;
- c) Aumento del pasivo; y
- d) Imposibilidad de funcionar normalmente.

Podemos determinar entonces que la crisis empresarial en una situación financiera y económica de una empresa generada por diversas causas que se refleja en el deterioro de determinados elementos de su activo y pasivo (en realidad del patrimonio), que conllevan a que el funcionamiento de la empresa no sea el normal.

A su vez cada uno de los elementos que indican las citadas autoras podría ser desarrollado e incluso podría discutirse el entendimiento de "funcionamiento normal de la empresa", pero ello no será materia de este artículo, puesto que interesa saber por el momento que elementos en conjunto se presentan para saber que estamos ante una crisis empresarial.

Las autoras agregan que a la crisis de la empresa indistintamente se le identifica con los términos de "insolvencia", "quiebra", "bancarrota" y "crisis económica", considerando que mucho más conveniente es usar este último término por ser general y englobar a los diferentes términos anteriores, vale indicar, que la insolvencia sería una clase de crisis, y ello es un buen punto de partida, ya que no toda crisis implica una insolvencia, aunque sino se detecta tiempo y se toman las medidas necesarias y oportunas, podría convertirse en una.

Por su parte, Flint Blanck⁴ enfatiza también que no se debe confundir a la crisis empresarial con la insolvencia, que es una de sus variedades,

Ahora bien, ¿En qué momento se presentan las crisis empresariales?. Como éstas dependen del contexto económico-social del medio en el que se desarrollan, las crisis pueden presentarse en cualquier momento de la vida de la empresa, es decir, nunca habrá una empresa que este libre de caer en alguna crisis económica. En realidad en muchos casos las crisis obedecen a procesos que se presentan en un período de tiempo debido a que el empresario no toma las medidas correctivas necesarias y oportunas o en razón de la inestabilidad de las políticas de Gobierno, por lo que en estos casos, se irá notando un deterioro gradual en la empresa, e inclusive presentada la crisis, las empresas pueden convivir varios años con ella, si es que el sistema legal permite su supervivencia artificial. Pero es cierto, también que pueden haber crisis impredecibles e instantáneas como por ejemplo, aquellas que provienen de fenómenos naturales inesperados o actos vandálicos o terroristas.

³ CANDELAÑO MACÍAS María Isabel y RODRÍGUEZ GRILLO Leticia, "La empresa en crisis", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, Págs. 35 y 36.
⁴ FLINT BLANK, Flint, "Derecho Concursal", Editora General Jurídica S.A., Prensa Eribeña, Urugu, 2000, Pág. 170.

Sobre el momento en que se presentan las crisis, vale la pena indicar que Flint Blanck⁶ menciona en su obra, que según señala Sallenave en su libro "Planeación Estratégica", las pequeñas y medianas empresas atraviesan durante su funcionamiento por seis tipos de crisis, que describimos en forma resumida y que nos resulta importante dado que el país la mayor cantidad de empresas son esta magnitud:

- 1) **Crisis de Lanzamiento:** Este tipo de crisis se presenta propiamente en la creación de la empresa, cuando la estructura del negocio no ha sido debidamente planificada y diseñada, y está de más decir que es la primera crisis de la empresa.
- 2) **Crisis de Liquidez:** Cuando la empresa sobrevive o no se le presenta la primera de la crisis, la siguiente es la llamada crisis de liquidez, y ocurre cuando aumentan las ventas y se requiere más capital de trabajo para adquirir insumos, pagos de personal, inventarios, accesorios, publicidad y gastos de venta. Como menciona Flint Blanck:

"Es en esta etapa de expansión, donde podemos identificar el inicio de los problemas pues la empresa incurre en endeudamientos exagerados para compensar la crónica subcapitalización de la compañía"

En muchas ocasiones esta crisis puede notarse cuando existe una falta de balance entre los activos y los pasivos corrientes de la empresa, en la que si bien la empresa puede contar con activos realizables a largo plazo, no cuenta con los recursos líquidos para hacer frente a sus obligaciones de corto plazo, pudiendo generar adicionalmente gastos financieros inmanejables, sino se toman las medidas correctivas.

- 3) **Crisis de Delegación:** Esta clase de crisis ocurre usualmente en empresas familiares o sociedades con la estructura de su capital cerrado. Ciertamente, los pequeños y medianos negocios tienden a constituirse con pocos socios, de manera que cuando la empresa crece, muchas de las empresas no tienden a entregar la dirección de la empresa a terceros, sino que permanecen en ellos o en sus herederos, haciendo la gestión lenta e ineficiente.
- 4) **Crisis de Liderazgo:** Se presente básicamente en empresas familiares que no renuevan su equipo de ejecutivos, y el líder envejece, permaneciendo la gerencia en el pasado, utilizando modos y formas de hacer negocios pero en forma pasada. En consecuencia en este tipo de empresas una vez que muere el líder, desaparecerá la empresa.
- 5) **Crisis de Financiamiento:** Este tipo de crisis bastante complejo, se presenta cuando las empresa tratan de mantener la tasa de crecimiento y expansión de sus operaciones en distintas áreas, requiriendo mayor capital y solicitando para ello créditos financieros y comerciales. Como explica Flint Blank: "La crisis de financiamiento se presenta cuando los proveedores informan que han llegado al límite de lo que pueden financiar. Los bancos se vuelven cautelosos y establecen topes en las operaciones de créditos. Se pierden ventas, concursos, licitaciones por falta de capital y respaldo colateral". En esta crisis la empresa debe darse cuenta que no puede seguir creciendo vía el endeudamiento, por lo que deberá buscar otros mecanismos de financiación como el ingreso de nuevos socios o emisión de Bonos. Esta clase de crisis resulta muy importante, pues en muchas ocasiones, marcará el fin de la empresa familiar y su conversión en empresa abierta.

⁶FLINT BLANK, *Principios, Ob. Cit. Págs. 180-181.*

- 6) **Crisis de la Prosperidad:** Como comenta Flint Blanck, esta crisis nace en las típicas empresas que se duermen en sus laureles. En efecto, cuando una empresa ha alcanzado cierta madurez y las metas propuestas pensando que no tiene competencia.

III. CAUSAS O FACTORES DE CRISIS EMPRESARIALES

Como se ha explicado pueden existir muchas causas que precipitan crisis empresariales y resulta ardua su clasificación. Para tal fin, enunciaremos en forma sintetizada algunas de las causas o factores que inciden en la ocurrencia de crisis empresariales referidos por Segal⁴; las mismas que a criterio del autor, tienen el carácter de ejemplos y no de una sistemática. Desde nuestro punto de vista, agregamos que estas causas no pueden verse aisladamente, sino que muchas se encuentran vinculadas, y que el origen de una crisis empresarial no se podrá atribuir a una sola causa, sino a varias. Igualmente, que las causas que describimos a continuación corresponden a niveles generales que pueden afectar a cualquier tipo de empresa, sin importar el sector particular en el cual desarrolla sus actividades.

- a) **La globalización:** Se presenta como un proceso mundial, en virtud del cual, los países han ido disminuyendo -como consecuencia del final de la guerra fría- las diferencias económicas, culturales, comerciales políticas y otras, tratando de lograr progresivamente un nuevo orden mundial, por medio del cual, en lo que concierne a las empresas, tienen la gran posibilidad de ampliar sus mercados. Si bien esta situación pudiera resultar ventajosa para las empresas, lo cierto es que países como el nuestro acostumbrados durante décadas a tener un mercado cerrado y a vivir con inestabilidades políticas, las empresas se ven enfrentadas a mercados abiertos y heterogéneos, donde se presentan nuevas situaciones comerciales, tecnológicas, jurídicas y de competencia, que en alguna medida, están ocasionando que diversas empresas entren en crisis por no estar preparadas para este tipo de situaciones, además, de no haber contado con políticas de gobierno que le permitan adecuarse a este nuevo mercado mundial.

Pero la globalización como fenómeno también genera crisis empresariales cuando un sector del mundo cae en crisis económica o financiera. Así, resulta común leer en diversos planes de reestructuración o acuerdos preventivos que una de las causas de las crisis por ejemplo han sido los efectos de las crisis Rusas, Asiáticas y Brasileñas. La globalización ha integrado al mundo como un nuevo y único circuito comercial, y por tanto cuando alguna parte de este circuito falla, tendrá efectos respecto de las otras partes.

- b) **La competencia:** Resulta difícil entender cómo un principio constitucionalmente consagrado puede convertirse en una causa de crisis empresarial. En efecto, el artículo 61 de la Constitución de 1993 establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia y combate toda práctica limitante de la competencia así como aquellas prácticas que impliquen abuso de posiciones dominantes o monopólicas. La competencia es entonces uno de los pilares de nuestra economía social de mercado prevista en el artículo 58 de la Constitución y que debería permitir el desarrollo de nuestra sociedad y la consecución de los objetivos sustanciales de la misma.

Sin embargo, es evidente que las empresas para sobrevivir actualmente deben competir no sólo con empresas nacionales, sino con empresas extranjeras y con empresas

multinacionales (como consecuencia de la globalización), por lo que en todo caso la competencia curiosamente se ha vuelto una causa de crisis de empresas en nuestro país, pues éstas requieren la capacidad de afrontar productos sustitutos, nuevas tecnologías, mayor industrialización, gastos publicitarios, etc.

De esta manera el concepto de libre competencia, que compartimos debe continuar como un principio constitucional, no debe ser tomado en un sentido amplio y general, ya que debería estar resguardado por políticas de gobierno que permitan la conservación de las empresas viables que producen productos nacionales y otorgar las medidas necesarias para su adecuación al mercado global.

- c) **La concentración económica:** Debido también a la globalización y la competencia, se han formado grandes empresas de enorme poder mundial que según Segal, "ha transformado la configuración estructural del mercado, tomando vulnerables los comercios minoristas y ocasionando la desaparición de un importante número de éstos".

Hemos indicado también que el artículo 61 de la Constitución de 1993 contempla la función del Estado de combatir el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, aunque lógicamente esta función no sólo debería estar vinculada al ámbito territorial nacional, sino mediante políticas que coadyuven a combatir mundialmente dicho tipo de abusos.

Por otra parte, en nuestro país hemos podido observar como en ciertos sectores se va produciendo la concentración de empresas, que ocasiona la crisis de los minoristas que en muchas ocasiones terminan siendo absorbidos en el proceso de concentración para no ser liquidados.

- d) **La corrupción:** Sobre este factor que genera crisis empresariales tendríamos mucho que hablar en nuestro país, debido a la cantidad de casos que se están descubriendo vinculados en su mayoría a corrupción del gobierno. Pero no solo la corrupción se presenta como un fenómeno Estatal, puesto que también se encuentran vinculadas empresas privadas, que de alguna u otra forma obtienen ventajas o beneficios respecto de las empresas honestas, que por tales motivos pueden caer en crisis. Adicionalmente coincidimos con Segal en afirmar que la corrupción ya no es solo un fenómeno que aparece en países pobres, sino que es un fenómeno que afecta a todo el mundo.

- e) **Las dificultades de financiamiento:** Sin lugar a dudas la falta de formalidad y estabilidad política y económica que se presenta en nuestro país es un factor (riesgo -país) que incide en la generación de las crisis empresariales, debido a que los préstamos y financiamientos de capital de trabajo y de inversión en activos resultan costosos, es por ello que paradójicamente en los países más necesitados de recursos líquidos, éstos cuesten más. Pero no creemos que la dificultad de financiamiento en sí sea un factor general, sino que es una consecuencia del propio riesgo-país en el que nos encontramos, que se convierte en un factor específico dejando a las empresas sub-capitalizadas.

Después de esta explicación sobre la base de lo indicado por Segal, conviene señalar algunas otras causas o factores generales que a nuestro entender pueden generar crisis empresariales.

- f) **Estructuras de capital cerrado:** Muchas de las empresas nacionales son familiares, la estructura de su capital es cerrada y la propiedad de las mismas se va trasladando de generación en generación. Ello no resulta equivocado dentro de mercados cerrados y

homogéneos donde las premisas son invariables. Sin embargo, con la globalización y la competencia, puede resultar letal mantener estructuras cerradas en la propiedad de las empresas. Ciertamente resultará necesario crecer buscando nuevos socios o inversionistas de capital, que permitan mejorar el patrimonio de la empresa sin endeudarse con el sistema financiero y comercial, y generar mayores gastos financieros (relación estructura de capital - deuda). La eliminación de este factor está estrechamente vinculado a la generación y difusión de un mercado de capitales que permita a las empresas crecer y permanecer controladas por sus propios accionistas.

Sin embargo, debemos advertir que existen autores como Espina Montero⁷ que opinan que no se debe generalizar las conclusiones sobre la inexistencia de control en empresas con la estructura de su capital cerrada, puesto que del modelo de la propiedad de "Bolton", se permiten simular situaciones óptimas de estructuras de propiedad que combinan la liquidez de los valores asociada a la dispersión accionarial con la mejora de eficiencia en la gestión.

- g) La falta de reconocimiento de las dificultades en la empresa:** Uno de los factores que resulta sustancial es la falta de reconocimiento de las dificultades económicas o financieras por la que atraviesa la empresa. Es cierto, a veces no interesa tanto conocer cual es la verdadera causa o factores que han llevado a la empresa a una crisis, sino el aspecto vinculado al propio reconocimiento de los problemas incipientes de una empresa, que pueden desembocar en una crisis empresarial. Estos problemas muchas veces surgen de una deficiente administración de la empresa en la que al empresario le cuesta reconocer que la compañía se encuentra en crisis o en proceso de ingresar a una, y aunque resulte curioso, es uno de los factores que definitivamente inciden en la ocurrencia de crisis empresariales. Así, cuando el empresario quiere tomar las medidas necesarias preventivas, ya resulta demasiado tarde, los gastos financieros son inmanejables, el patrimonio de la empresa está muy reducido y resultará difícil y muy costoso conseguir nuevos financiamientos. En este sentido, el empresario angustiado y ante la falta de salidas, es que recién acude a los procedimientos concursales. Este factor implica una negación al reconocimiento de la existencia de una crisis y puede ser muy común en empresas familiares y de accionarios cerrados, donde no existen mecanismos estrictos del control de los pasivos.

Así, del libro "Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández. Gestación de elefante, parto distócico, vida efímera y dulce muerte del estado de cesación de pagos" por Osvaldo J. Maffia podemos extraer el siguiente párrafo que nos ayuda a explicar lo dicho:

"Es un dato irrefragable de la más generalizada experiencia lo que señalamos al final del número anterior, y que ahora juega como premisa: el empresario dilata al máximo su presentación al tribunal. No lo hace cuando aparecen los problemas -se ha dicho que "los deudores son los peores jueces de la gravedad de su situación económica": Lorente-, ni siquiera cuando las dificultades avanzan hasta alcanzar entidad de crisis: sigue esperando a que le crezcan las alas al caballo. Además, durante esa espera comete las peores locuras, y cuando, cerrados todos los caminos, se decide por fin a concursarse, la erosión de su empresa hace difícil la salida."

Lo que comenta el autor en un estilo particular, implica que es el propio deudor quien en muchas ocasiones no toma conciencia de lo que ocurre en su empresa al punto tal que, cuando se da cuenta de que la enfermedad es muy grave, cree que recién es el momento

⁷ ESPINA MONTERO, Álvaro. "Crisis de empresa y sistema Concursal". Editora Consejo Económico y Social. Primera Edición, Madrid 1999. Págs. 67-70.

de recurrir a un procedimiento concursal, el mismo que no será pues su salvavidas, sino el camino a una defunción anunciada. Es tal vez este factor el que puede haber contribuido a las altas cifras estadísticas de empresas en liquidación en nuestro país. Por ello resulta importante determinar y desarrollar mecanismos de detección de crisis empresariales dentro de las propias empresas, los cuales serán tratados en el siguiente punto.

Finalmente, queremos mencionar que las causas o factores de las crisis también podrían ser sectoriales; así por ejemplo, podrán encontrarse causas específicas en el sector construcción derivadas de las políticas inestables de construcción de obras públicas del Gobierno, como factores específicos en el sector pesquero derivadas del Fenómeno del Niño, factores que en ambos casos, generaron que las empresas no pudieran afrontar sus pasivos a corto plazo generados básicamente por la adquisición de equipos, maquinarias, naves y plantas, respectivamente.

IV. DE LA DETECCIÓN Y MEDIDAS CORRECTIVAS DE CRISIS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Al describir en el presente artículo el concepto de crisis empresarial, señalamos que este fenómeno económico se caracterizaba por la variación de ciertos elementos en su activo y su pasivo (disminución del patrimonio), que implican que la empresa no funcione normalmente. Pues bien, nuestro sistema jurídico cuenta con un mecanismo que permite a las empresas ante la eminente presentación de estos elementos, adoptar obligatoriamente ciertas medidas oportunas para afrontar una eventual crisis o en todo caso las medidas para resolverla.

Sin embargo, nos encontramos con la sorpresa de que este mecanismo se encuentra suspendido y ello puede haber contribuido a que muchas empresas hayan estado funcionando artificialmente y que llegado el momento no haya quedado otro camino que la liquidación.

En efecto, la Octava Disposición Transitoria de la Ley General de Sociedades, Ley No. 26887 modificada en última oportunidad por la Ley No. 27388, establece lo siguiente:

"Quedan en suspenso hasta el 31 de diciembre del 2001 los efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 176º, en el artículo 220º y en el inciso 4 del artículo 407º de esta ley".

Veamos cada uno de estos artículos en suspenso.

4.1 De la pérdida del 50% o más del capital social

El primer párrafo del artículo 176 de la Ley General de Sociedades contiene el siguiente tenor:

"Si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida, el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informarla de la situación".

Este párrafo permite determinar a las sociedades como regla general que debe existir una "relación legal" entre las pérdidas y el capital social, estableciendo que si el directorio al formular los estados financieros de un ejercicio aprecia que cuando el capital social se ha perdido en 50% o más, el directorio debe convocar a los accionistas para informar tal situación. Esta disposición evidentemente busca que ante la eminencia de una crisis

económica en la empresa, sean los accionistas quienes como propietarios de la sociedad adopten las medidas necesarias para resolver la crisis, es pues una disposición que detecta crisis y puede evitar insolvencias.

Eñás Laraza⁸ comenta que el capital de la sociedad es la garantía para los acreedores y terceros que contratan con la sociedad. Así, el capital es el pasivo que la sociedad sólo puede pagar después de haber cumplido con solventar los pasivos frente a terceros y que, por tanto, si el capital de la sociedad disminuye, la garantía de los acreedores y terceros va desapareciendo.

El artículo es de tanta importancia para las sociedades, que se precisa que el directorio debe convocar a los accionistas a junta, no sólo cuando el capital ha disminuido en el porcentaje indicado, sino desde el momento en que la pérdida del capital debiera presumirse. Pero si este artículo continúa suspendido, entonces sabremos que a las empresas en el país se les permite sobrevivir en crisis sin tomar medidas para reestablecer su equilibrio patrimonial, es decir, sin tomar medidas que prevengan la crisis económica y posteriores insolvencias.

4.2 Reducción obligatoria del capital social

Por su parte, el también suspendido artículo 220 de la Ley General de Sociedades obliga a los accionistas a reducir el capital social para amortizar pérdidas que hayan disminuido el capital en más del 50% y, además, hubiera transcurrido un ejercicio sin haberse superado, salvo que se tomen otras medidas como las siguientes: (i) Aplicar a las pérdidas las reservas legales y los importes acumulados de libre disposición; o (ii) el aumento de capital por nuevos aportes que permitan reestablecer el equilibrio patrimonial.

Nuestra Ley General de Sociedades ha querido entonces que ante una probable situación de crisis prevista en el primer párrafo del artículo 176, primero el directorio en forma responsable informe esta situación a los accionistas para que evalúen la situación y tomen las medidas legales pertinentes. Ahora, si luego de haber transcurrido un ejercicio las medidas no dieron resultados, los accionistas están obligados a reestablecer el equilibrio patrimonial adoptando cualquiera de las medidas indicadas. Sin lugar a dudas constituye otra medida que previene insolvencias y permite a los accionistas estar informados de la situación de su empresa.

4.3 Pérdida total del capital social

Finalmente, el segundo párrafo del suspendido artículo 176 de la Ley General de Sociedades prevé la siguiente situación:

"Si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse, el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informar de la situación; y dentro de los quince días siguientes a la fecha de convocatoria a la Junta, se debe llamar a los acreedores y solicitar si fuera el caso la insolvencia de la sociedad".

⁸ EÑÁS LARAZA, Enrique. "Derecho Societario Peruano"; Tomo 8 Editora Norma Legal, Italia, 1999; Pág. 402.

En este último supuesto, la Ley General de Sociedades contempla las medidas que deben adoptarse cuando el activo de la sociedad no es suficiente para asumir las obligaciones, y esta situación lógicamente se dará cuando el patrimonio de la empresa haya desaparecido, o se encuentre en negativo. Esto significa que el 100% del capital de la sociedad desapareció. Es una situación de crisis económica y patrimonial muy grave, por ello se hace necesario convocar a los acreedores para Informales la situación y de ser necesario solicitar la Insolvencia de la sociedad.

En este mismo supuesto la responsabilidad del directorio es tan importante que la convocatoria debe producirse cuando el directorio presume que los activos no podrán cubrir todos los pasivos. Parece que la Insolvencia de la empresa en este caso, resulta irreversible, pero la empresa ha tomado los pasos anteriores para evitarla.

4.4 Pérdida de dos tercios del capital

El último artículo que se encuentra en suspenso es el contemplado en el numeral 4 del artículo 407 de la Ley General de Sociedades, que dispone lo siguiente:

"La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente"

Esta disposición puede resultar contradictoria con la expuesta en el numeral 4.3 precedente, pues si al perder dos terceras partes del capital social la empresa entra en una causal de liquidación, cómo es posible esperar a que el patrimonio de la empresa sea igual "0" sea negativo para llamar a los acreedores. Por tal motivo, si bien esta medida resulta adecuada, consideramos que esta norma debería disponer que si el patrimonio no es reestablecido por los accionistas, es el directorio quien debe llamar inmediatamente a los acreedores para informar la situación y solicitar la insolvencia de la empresa y no esperar el acontecimiento de la pérdida total del capital, ya que además, conforme con la Ley de Reestructuración Patrimonial (Inciso b del artículo 5) es una causal para solicitar la insolvencia que las pérdidas superen las dos terceras partes del capital pagado.

De esta manera, creemos que el sistema concursal podría resultar mucho más útil que hoy en día, debido a que las empresas realmente viables podrían ser reestructuradas y no llegar a una insolvencia con empresas en estado anémico. Pero ¿Cómo poder tener un sistema concursal eficiente, con este tipo de normas suspendidas? Sobre el particular, coincidimos con Eñes Larroza en afirmar que si bien la suspensión de estos dispositivos fue buena (en la medida que otorgó plazos a las sociedades para que reestablezcan su situación patrimonial), también es cierta, "que se trata de una política artificial y sumamente peligrosa. Lo que se logra es poner en grave peligro los créditos de los terceros que han contratado con la sociedad, mediante el simple expediente de retardar la declaración de la insolvencia de la empresa"; y es justamente este retardo de la insolvencia, lo que finalmente lleva a las empresas a su liquidación.

Creemos que si hacemos un análisis de las empresas que ingresaron a procesos concursales con los patrimonios negativos, tendremos una gran sorpresa, y quizás sea esta una de las razones de por qué nuestro sistema concursal se ha convertido en uno liquidatorio.

¹ Op. Cit. p. 46g, 46h.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En el orden de ideas expuesto, nos hemos podido dar cuenta que para resolver las crisis empresariales no resulta suficiente contar una legislación concursal bien estructurada, sino que la solución parte por conocer el concepto de crisis y cuales son algunas de las principales causas que la generan. Por tal motivo, resulta importante para nuestro mercado que entre en vigencia la legislación preventiva y de detección de crisis empresariales que permita a las sociedades adoptar las medidas correctivas y necesarias en tiempo oportuno, de manera que se usen los procedimientos concursales en el momento adecuado. Somos de la opinión que mantener artificialmente a empresas inviables o insolventes puede resultar o viene resultando peligroso, volviendo ineficientes los procedimientos concursales. Somos conscientes también de que la vigencia del sistema de detección de crisis y restablecimiento del equilibrio patrimonial será costoso, pero saneará patrimonialmente el mercado, lo cual permitirá una mejor actuación de los agentes. El cambio entonces no se deja esperar.

Campeonato Inter – Revistas de Derecho

Con el afán de integrar a los miembros de las revistas de Derecho de las diversas universidades de Lima, en el presente año, se llevó a cabo el Primer Campeonato de Fútbol "Inter – Revistas Derecho 2001". La revista *Ius et Veritas*, revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, fue la encargada de organizar el primer encuentro. Este se llevó a cabo en las canchas de la Universidad Católica en el mes de junio. En dicha oportunidad participaron por la PUCP la mencionada organizadora, la Revista *Themis* y la Revista *Derecho & Sociedad*, y representando a la Universidad de Lima, *Advocatus Nueva Época*, quien luego de numerosos y reñidos partidos, se proclamó campeón.

El pasado mes de octubre, y a manera de continuar con esta ya fraterna tradición, *Advocatus Nueva Época* organizó el segundo encuentro en las canchas de la Universidad de Lima. En esta oportunidad participaron las Revistas *Themis*, *Ius et Veritas* y *Advocatus Nueva Época*. Nuevamente nuestro equipo logró la victoria tras jugar dos series de partidos sumamente complicados.

Advocatus Nueva Época agradece la participación de los equipos y felicita la iniciativa de esta actividad, con la cual se ha demostrado que la amistad y colaboración entre revistas está por encima de cualquier competencia.

Esperamos que la continuidad de los campeonatos no termine y trascienda en una actividad que dure para siempre.



SEGURIDAD INTEGRAL S.A.C.

CENTRAL TELEFONICA: 430-2848 / 430-2860 TELEFAX: 430-0888