


 Investigaciones | [volver](#)

Título

“LAS EMPRESAS EN CRISIS, PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD Y CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA, EN EL MARCO DE LA NUEVA ÉTICA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL Y PÚBLICA EMPRESARIA. “.

Código

C2-ECO-014

Director del Proyecto

- MODOLO, Nora Graciela

Investigadores

GONCALVES, Alejandro José
 ABRAHAM, Raúl Alberto
 AGUIRRE, Anibal Gustavo
 SANTOS, Edgardo Ernesto
 PÉREZ, María Alejandra
 BERMÚDEZ, Gastón Ariel
 TERRICABRAS, Sonia Noemi

Resumen

En el estado actual de los estudios jurídicos en torno a la prevención de los estados de insolvencia la atención se centra, fundamentalmente, en dos ámbitos, pues será necesario atender no sólo a los mecanismos puramente preventivos de la insolvencia sino, también, a aquellos instrumentos que tiendan a minorar sus efectos perniciosos. En primer lugar, no hay que olvidar cómo el Legislador ha configurado un mecanismo de composición de intereses ante la realidad de la insolvencia y que no es otro que el concurso regulado en la Ley.

Pues bien, la denuncia de los expertos – proveniente, fundamentalmente, de la ciencia económica y jurídica – centra su crítica a la institución concursal en su ineficacia, pues la respuesta jurídica típica – el concurso – llega tarde, cuando la situación es tal que pudiera no ser posible ni siquiera una liquidación ordenada que tienda a maximizar el interés de los acreedores.

Sin embargo, y pese a su ajenidad con todos estos problemas, también es cierto que la Ley Concursal contiene algunas reglas que podrían coadyuvar en la búsqueda de esas normas de finalidad preconcursal.

En este sentido, el texto legal conoce algunas soluciones que tienden a anticipar el concurso, a fin de disminuir los procesos de degradación de la situación financiera y patrimonial del deudor (privilegio del acreedor instantáneo del concurso, deber del deudor de

instar tal declaración, posibles responsabilidades de los administradores de la sociedad concursada, etc.)

Junto con estas reglas, la ley intenta anticipar la respuesta concursal siguiendo criterios ya acogidos en el Derecho Comparado, en especial, cuando permite al deudor común que pueda instar su declaración en concurso cuando la insolvencia es una amenaza, pues tal declaración es posible cuando la insolvencia sea “inminente”, o bien mediante el instituto preventivo Extrajudicial.

Sin desconocer la limitada utilidad de estas y de otras reglas que contiene la norma, ha de enfrentarse el problema de la eficacia práctica de tales previsiones y de su alcance a los fines de la anticipación de la respuesta legal típica (Concurso).

El otro gran tema que ha de abordarse en el estudio de las formas jurídicas de prevención de la insolvencia es el de la posibilidad de encontrar y elaborar 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 (reestructuración empresarial). La insolvencia no es, normalmente, un resultado de producción instantánea sino, mejor, la consecuencia de un proceso – más o menos sostenido en el tiempo – y que arranca con una situación que puede calificarse, aún cuando sólo sea con carácter descriptivo, como de “empresas en dificultades”. Esta previa situación (“financial distress”) es de muy difícil conceptualización, pero los economistas afirman sobre la posibilidad de que su realidad suponga la noticia anticipada (“early warning”) de una futura insolvencia.

Intentar concretar cuándo media esa “alerta temprana” de insolvencia, no es, desde luego, una tarea fácil. Ante todo, debe superarse un enfoque centrado en estrictas causas de carácter financiero como origen del futuro desbalance. Sin embargo 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.

Esta situación, con independencia de su etiología, puede caracterizarse por la existencia de una duda seria y razonable acerca de la propia continuidad empresarial y, sobre todo, de la posibilidad de que los terceros puedan realizar de acuerdo con su derecho, el crédito que les asiste todo ello en un plazo de tiempo razonable. Ahora bien en una situación como la descrita, la práctica enseña cómo los riesgos se multiplican, acentuándose el conflicto entre causas internas, que disponen de la pertinente información para hacer esa prognosis de insolvencia, y terceros, integrados o no en la propia actividad empresarial, que quedan al margen de aquella noticia. Todo ello puede conducir a un proceso de degradación de la situación de dificultad por la que atraviesa la empresa, acelerando así la realidad de una insolvencia que hasta ahora tan sólo se estimaba potencial.

En este contexto, la orientación prevalente en el Derecho Comparado pero, también y de alguna manera, en nuestra práctica, tiende a ser plural.

Pueden sintetizarse las respuestas que se suelen dar del siguiente modo:

- Una primera forma de actuación preventiva viene dada

mediante instrumentos típicos del Derecho Público, pues a través del régimen de ayudas públicas puede alcanzarse la superación de aquella situación que anticipaba la futura crisis empresarial. El contraste que tal proceder con exigencias básicas de nuestro sistema de ordenación económica, requiere que tales instrumentos – sea cuál sea la forma jurídica que adopten – superen el control derivado de las disposiciones Antitrust.

- Por otro lado, la normativa societaria contiene un conjunto de reglas que pueden atender, aunque no de forma aislada, esa finalidad preventiva de la insolvencia. Viejas normas e instituciones, como la figura del capital social, así como consecuencias anudadas 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.

- De igual manera, y con un carácter principal, tal y como se ha destacado desde la ciencia económica, la labor que desarrollan los auditores de cuentas puede constituir un mecanismo de alerta de primer orden (vigencia del principio de continuidad de la actividad empresarial) Las dificultades interpretativas, así como su alcance limitado, de disposiciones contenidas en la LS.

- La autonomía de la voluntad puede justificar actuaciones cuya proyección tenga una mayor incidencia, pues siempre serán posibles, ante el aviso de una futura insolvencia, 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 concurren en tal supuesto.

En el estado actual del Derecho Concursal muchos de estos mecanismos simplemente anticipados ven su práctica dificultada, tal y como ocurre con la debatida cuestión de cuál deba ser la incidencia de un posterior concurso sobre aquellos convenios extrajudiciales que el deudor hubiera alcanzado previamente con sus acreedores.

La práctica en torno a estos convenios muestra las dificultades que, en la realidad del tráfico, pueden encontrarse en su consecución (utilización indebida de información, ausencia de algunos acreedores, etc.) Por ello, se exploran otras formas negociadas, en las que se reduce la participación de los acreedores en tales convenios extrajudiciales a la de aquellos cuya decisión pudiera tener una mayor incidencia sobre la eficacia del propio acuerdo.

Todos estos obstáculos no pueden ocultar la concurrencia de otras dificultades de fondo, como son el desprestigio de la institución concursal en nuestro país – consecuencia de una práctica errónea – y la valoración social, que históricamente pudo llegar a tener alguna justificación, que anuda un juicio negativo y de reproche al mismo estado de insolvencia.

Hoy en día, afortunadamente, estamos en un proceso de superación de ambos factores. Pero, todas estas circunstancias no hacen otra cosa que autorizar la conveniencia de estudios como el que se

pretende desarrollar y que en nuestro país tienen, todavía, un carácter inicial pese a su importancia.