

## LA CRISIS DE LA EMPRESA

*Juan Pablo Román Rodríguez*

Abogado

Profesor de la Escuela de Graduados  
Universidad de Chile

### RESUMEN

La presente ponencia tiene por objeto analizar los aspectos internos y externos mediante los cuales se manifiesta la crisis de una empresa, cualquiera sea la naturaleza de esta.

#### I. CONTENIDO DE LA CRISIS

La crisis de una empresa, cualquiera sea la naturaleza de esta, se manifiesta tanto en aspectos internos como externos de la misma empresa.

Los aspectos internos se pueden subdividir de la siguiente manera:

- a) la propiedad o control de la empresa;
- b) la administración, afectando la planificación, la producción de bienes o servicios y a los recursos humanos y científicos que se vinculan a la empresa.

Los aspectos externos afectan a la sociedad toda, sea a la macroeconomía como a un sector determinado de ella, por más minúsculo que sea el aporte de la empresa a la generación del producto o de la renta regional o nacional, como asimismo afecta a los aspectos sociales y culturales, ya que la expansión del fracaso económico y social de una empresa provoca un sinnúmero de reacciones de orden social y cultural. Sin embargo es importante señalar que los más afectados desde una visión externa, son todos aquellos que se vinculan directa o indirectamente a la empresa, tales como:

- a) el sector financiero que provee los recursos económicos;
- b) los proveedores de servicios;
- c) los proveedores de insumos;
- d) las entidades de seguridad social; y
- e) el fisco.

Particular mención cabe hacer de los trabajadores y profesionales que mantienen contratos de trabajo o de prestación de servicios profesionales, ya que pierden su fuente de ingresos personales.

De tal modo que el contenido de la crisis empresarial contiene una enorme diversidad de circunstancias de carácter espiritual, cultural, social, político o económico, razón por la cual es difícil expresar una idea única de crisis. Debe tenerse en cuenta que la crisis de las empresas también es provocada por factores que escapan absolutamente al control propio de ella y de sus administradores, los que en tales casos lo único que pueden hacer es intentar escapar de tales crisis con el menor costo posible.

El derecho de prenda general de los acreedores sobre los bienes del deudor, piedra angular sobre la cual se levanta el andamiaje de las obligaciones, implica derechamente que la crisis afecta directamente a los propietarios, pues la empresa como un solo todo se perderá sea en forma total o parcial en forma irremediable para ellos, pasando a manos de terceros o de los propios acreedores, sea como un solo todo o por parcialidades. Este esencial contenido de la crisis empresarial tiene un concepto similar a la expropiación, pues el deudor deja de poseer lo que era suyo para pasar a radicarse el dominio de la empresa en otros. Se pierde no solo el patrimonio del deudor, sino un sinnúmero de elementos o factores que le otorgaban a los dueños no solo sus ingresos y medios de vida, sino su estatus social, económico, cultural y político, incluyendo en ciertos casos la ignominia, cuando la quiebra va aparejada de actuaciones fraudulentas o al menos discutibles desde un punto de vista ético. Se diferencia de la expropiación, en cuanto esta implica un pago respecto del bien expropiado, pago que se presume que sustituye al bien, en cambio en la crisis no existe tal pago, pues ya se ha consumido con anterioridad a la crisis.

La administración, que en una gran mayoría de los casos es la causa de la insolvencia empresarial, por su inadecuada, mala o ineficiente actuación, en la cual incluimos su impotencia para representar la falta de capitalización del negocio, atendida la envergadura de este, lo que la asimila a una suerte de aventura empresarial, más que a una sana y adecuada administración, la que por lo demás es sinónimo de honesta, obviamente resulta ser afectada directamente, pues por lo normal, padece del grave problema de ser incapaz de reconocer su propio fracaso. También es importante advertir que la administración debe prospectar el futuro, en cuanto habrá de adoptar medidas para evitar que situaciones de mercado, clima, cuestiones de orden político que ayudaron al desarrollo de la empresa u otras puedan revertirse de tal manera que causen estragos en su actividad.

Probablemente, la incapacidad de los propietarios para reconocer la crisis y adoptar medidas eficaces para actuar frente a ella, llámense directorio, dueños directos o como sean, es uno de los problemas más serios que enfrentan los asesores legales de las empresas que se encuentran cercanas a una crisis de insolvencia, y desde ahí procuran toda clase de escapismos, que solo constituyen un agravamiento de la situación, o bien comienza la etapa de ocultamiento patrimonial. Los abogados chilenos tenemos la norma de la ley de quiebras que obliga al deudor a solicitar su propia quiebra dentro de los 15 días de haberse cesado en el pago de una obligación mercantil, en el caso de aquellas empresas que ejercen actividades comerciales, industriales, agrícolas o mineras, bajo sanciones penales si no se actúa en la forma indicada en la ley.

El contenido de la crisis de la empresa una vez que sobrepasa a la administración, se proyecta de una manera veloz al resto de la estructura interna de la misma, impidiéndole reaccionar adecuadamente y provoca graves problemas internos, ya que cada cual inicia sus preparativos para evitar que el derrumbe de la misma y que subjetivamente se aprecia como inevitable, termine por aplastar a cada uno de los miembros del organismo empresarial.

Rápidamente la crisis se proyecta al exterior de la empresa, incluso antes que haya sido detectada a su interior por todos sus componentes, dada la tendencia natural a esconder el fracaso empresarial.

El análisis pormenorizado de los aspectos sucintamente reseñados alargaría en demasía este artículo.

## II. ¿EXISTEN INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE PERMITAN PREVER Y EVITAR LA CRISIS DE UNA EMPRESA?

¿Qué instituciones jurídicas ha creado la sociedad, en particular los hombres de derecho, para enfrentar la crisis de la empresa?

La respuesta es poco alentadora, ya que ella será pobre en cuanto a que en el correr de los siglos, solo hemos encontrado los convenios preventivos. La quiebra, no es una institución

jurídica para enfrentar la crisis, sino para liquidar y repartir los bienes de la empresa o dicho de otra forma distribuir entre los diferentes actores vinculados a la empresa las pérdidas que provoca la crisis empresarial.

Incluso, los Convenios que solo pueden ser aprobados por los acreedores valistas, ya que los privilegiados perderían sus privilegios al votarlos favorablemente, se han transformado en una lucha por obtener posiciones ventajosas de parte de los acreedores en el reparto de los restos de la empresa, o para acceder a su control, mediante complejas operaciones de compras de créditos o capitalizaciones.

La búsqueda de instituciones justas frente a una crisis de una empresa es un imperativo de toda sociedad civilizada y que el derecho se constituya en la base de las relaciones de todos los sujetos vinculados a la empresa en crisis. La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, ya que si ellas no son justas caen en el descrédito, puesto que no sirven a nadie y lo que es más grave los ciudadanos generan otros sustitutos para lograr la justicia, apartándose de sus principios, lo que genera luchas y venganzas.

La antítesis del contenido de la crisis se comienza a producir, cuando es el administrador de la empresa quien comienza a repartir a su juicio subjetivo los efectos de la crisis, discriminando entre los acreedores.

¿Cuántas veces se aprecia cómo se inflaman los indignados acreedores frente a distribuciones desiguales del patrimonio de la empresa en crisis y que se consideran inaceptables? Las promesas incumplidas de parte de los administradores de la empresa, que destruyen la inocente confianza de los proveedores valistas, pequeños empresarios, cuya confianza en los contratos o en la palabra empeñada es de la esencia en sus actividades. La indignación del artesano medieval o del pequeño empresario del siglo XXI, hoy en día conocido bajo la sigla de "PYMES", son las mismas, reclamando que se les haga justicia.

De aquí emerge el sentido de la venganza, de las más extremada desconfianza en el mundo de los negocios, de hacerse justicia con mano propia. ¿Cómo cortar el cortocircuito de la desconfianza, incluso de la venganza, en estas crisis que muchas veces suelen ser devastadoras?

La respuesta es tan antigua como nuestro derecho romano: la intervención de un tercero, alguien que no sea alguno de los protagonistas y que intente frenar la crisis y al menos tratar que todo siga como antes o si no es posible que cada uno salga lo menos perjudicado.

Al fondo de todo esto se encuentra el principio de la igualdad, base de toda justicia: que no haya discriminación. La *par conditio creditoris*, es de la esencia de la relación mercantil, horadada hoy en día por una larga y compleja lista de privilegios, cuya justicia no es tema de este análisis.

El formalismo procesal, ciertamente es un ingrediente fundamental, pues garantiza la imparcialidad en los complejos procesos destinados a enfrentar la crisis de la empresa. Dicho formalismo debe garantizar la justicia, pero no entorpecer los procedimientos de salvación de la empresa y menos servir a los actores para aprovecharse de ellos, con el objeto de ganar posiciones, presionar o buscar un provecho indebido.

Una cosa son los dueños, otra los sujetos pasivos que deberán reconocer pérdidas por haber contratado con una empresa en crisis o que enfrenta una crisis. Cuando una voluntad se topa con otra voluntad y ambas intentan arrebatar algo de la empresa en crisis: ¿cuál es el reparto justo? ¿Deben posponer o incluso arriesgar su ya mermado crédito, los acreedores sin privilegio en aras de intentar recomponer el patrimonio empresarial perdido? ¿Deben ganar algo más que la recuperación de su crédito los que apoyan la empresa en crisis a salir de esta?

La concursabilidad, entendida como la solución de los conflictos entre los acreedores sobre un determinado patrimonio, intenta establecer reglas justas para administrar la crisis, con justicia a favor de los acreedores de la empresa y de sus propietarios, si es que se pueden salvar de la crisis.

## III. ¿ES POSIBLE RECONOCER LA CRISIS?

La palabra "crisis" es una expresión genérica que ha alcanzado cierta relevancia en los conceptos jurídicos, a raíz del anteproyecto de ley de quiebras español, de la década de los 80, el que no alcanzó a ser convertido en ley. Se entiende que se está en una crisis de una empresa cuando su estado patrimonial lesiona o amenaza gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos.

Pero antes de la crisis es posible clasificar a la empresa en dificultad, si se vislumbra la crisis. Las empresas medianas a grandes trabajan con presupuestos periódicos, que analizan los dueños, directores y gerentes, los cuales permiten prever, con algún grado de seguridad, el acontecer futuro de la empresa. El problema se suscita cuando las empresas no cuentan con tales instrumentos de trabajo o ellos están mal formulados, mal evaluados, o sus proyecciones carecen de fundamentos, por cuanto las fuentes financieras y contables son erróneas.

Durante el período en que es posible vislumbrar la crisis, el deudor tiene la oportunidad de replantear su actividad, asumiendo posiciones más conservadoras, que implican adoptar drásticas medidas para limitar gastos y nuevos proyectos o bien se asume una posición riesgosa, aventurando fórmulas, bajo las cuales se proyecta remontar la futura crisis.

En tales períodos se comienzan a producir una serie de efectos que pueden tener más adelante graves repercusiones en los casos en los cuales no pueda ser posible remontar la crisis.

De este modo es posible distinguir un estado de preinsolvencia o empresa en dificultad; el estado de notoria insolvencia al cual se refiere nuestra legislación civil y el estado de cesación de pagos, que es un presupuesto necesario de la declaración de quiebra o que obliga al deudor a formular proposiciones de convenio preventivo y entrar derechamente en el área jurisdiccional, en donde se rigidizan sobremedida los procedimientos para salvar a la empresa de su crisis.

El reconocimiento de la crisis pasa en consecuencia, por encontrar al interior de la empresa mecanismos financieros y contables que permitan antes de entrar en cesación de pagos, detectar que el horizonte de la actividad empresarial se contraerá de tal manera que los flujos de caja impedirán afrontar los pagos de las obligaciones que la actividad de la empresa va generando día a día. No obstante, en nuestro sistema legal no existe una fórmula que obligue a la administración de la empresa a reconocer que esta se encuentra en dificultad o próxima a una crisis, sino que los mecanismos están situados de una manera tal que una vez que la crisis es cierta y no en estado de latencia, entran a funcionar. Debe señalarse que nadie puede negar que es un hecho de la actividad empresarial, la existencia de dificultades económicas u de otro orden que pueden determinar o desatar una crisis empresarial, tan es así, que la ley de quiebras establece una serie de fórmulas para reconstituir el patrimonio del que ha dispuesto el fallido durante el período de preinsolvencia, remontándose hasta en un año desde la fecha de la cesación de pagos que debe establecer el tribunal que dictó la sentencia de quiebra. Sin embargo, este instituto jurídico como lo constituye la acción pauliana y las inoponibilidades, solo actúan de un modo preventivo, al advertir al empresario que la ejecución de ciertos actos puede acarrear graves consecuencias si se ejecutan bajo los presupuestos de tales institutos, pero no constituyen fórmulas positivas para enfrentar la crisis o remontarla con la colaboración de los acreedores.

La causal de quiebra primaria es la cesación en el pago de una obligación mercantil que conste en un título ejecutivo. Sin embargo, si se sabía que se entraba en la crisis, ¿cómo la empresa siguió contratando toda clase de obligaciones? ¿Dicho actuar es doloso o culposo?

Los acreedores que tuvieron acceso a las fuentes de la planificación financiera y contables de la empresa, tales como los acreedores profesionales, que se aprovecharon de tales conocimientos, o que por negligencia no hicieron uso de ellos en forma adecuada, pueden verse envueltos en la vorágine de la crisis. Existe aquí una situación compleja, pues es obvio que los acreedores valistas, particularmente aquellos que proveen de bienes y servicios a la empresa, no trabajan con títulos ejecutivos, a diferencia de los bancos y entidades financieras,

acreedores que por su profesionalismo conocen o debieran conocer la situación de dificultad transitoria o definitiva de la empresa. Estos últimos normalmente recuperan más en las crisis precisamente por dicha posición de contar con mejor información, a diferencia de los otros. Sin embargo, los acreedores privilegiados no actúan en consecuencia y dejan muchas veces que la crisis estalle, precisamente por contar con garantías sean legales o de carácter contractual y sin tomar los resguardos para que al vislumbrarse la crisis se adopten medidas preventivas que eviten la tragedia.

La legislación de seguros chilena muestra un notable avance de prevención de la crisis que vale la pena de estudiar e intentar aplicarla a otros negocios.

La legislación francesa ha avanzado enormemente en generar mecanismos de prevención de la quiebra, a través de un procedimiento conocido como Reglamento Amistoso, el cual reposa sobre la base contractual, necesitando de la intervención judicial, como también lo exige la aplicación de un plan de reorganización, para permitir la suspensión de todas las ejecuciones. Así, el mecanismo creado aparece como un mecanismo preventivo y de reorganización en vez de un simple sistema de moratoria de pagos.

En Chile la reorganización de empresas con dificultades está enteramente entregada a la voluntad de los acreedores, quienes han arriesgado créditos con el empresario en dificultad y corresponde a ellos afrontar la crisis.

#### IV. LOS RIESGOS DE LA CRISIS

La crisis de la empresa plantea diversos riesgos, que ya mencionáramos al inicio de este trabajo y que para efectos de su tratamiento dividiremos en cuatro grandes áreas, a saber:

1. Area laboral;
2. Area tributaria;
3. Area societaria;
4. Area penal, y
5. Area concursal.

1. Frente a las obligaciones que emergen de la relación laboral, se plantean muchísimos problemas, ante el hecho de encontrarse las remuneraciones de los trabajadores impagas, las cotizaciones de carácter previsional adeudadas, fueros laborales o sindicales, seguros laborales, etc.

Los privilegios otorgados por las leyes a las obligaciones de orden laboral son variados y complejos y ocupan un extensa área de la legislación laboral y concursal.

El problema que la crisis de la empresa genera en primer lugar es el desempleo de un contingente de trabajadores, cuyo conocimiento, especialidad y técnicas tienden a perderse. Ultimamente se ha legislado en Chile sobre la imposibilidad de terminar un contrato de trabajo en circunstancias que se adeuden cotizaciones sociales. Se ha pretendido mantener al trabajador vinculado a la empresa en quiebra, si el fallido dejó de pagar las cotizaciones sociales. (Ley Bustos conforme a un dictamen de la Dirección del Trabajo). La Excma. Corte Suprema en reciente fallo ha establecido que no es posible mantener en el trabajo, pese a encontrarse las cotizaciones sociales impagas, al contingente laboral de una empresa que ha sido declarada en quiebra.

Obviamente que las fórmulas de la continuidad de giro, sea provisional o definitiva, tienden a aminorar los efectos del desempleo, las que pueden ser complementadas con la venta de la empresa como una unidad económica.

Existen problemas sobre la terminación del contrato de trabajo, ya que la ley laboral no establece a la quiebra como causal de término del contrato. La jurisprudencia ha sido variada al respecto.

Como el empleador que no paga las cotizaciones sociales que ha retenido, se supone que lo hace del salario del trabajador, se presenta como un caso delictual, cuyo tratamiento ha

sido complejo. Por lo demás, el no pago de las cotizaciones sociales, al tener estas un importante privilegio, provoca el efecto de deteriorar los créditos valistas o de los proveedores de la empresa, ya que al final no serán pagados, sino una vez cubiertas las prestaciones sociales adeudadas, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades subsidiarias, las cuales se subrogarán en la quiebra y pago de los pasivos.

2. Frente al Fisco, existen dos órdenes de situaciones ya sea que se trate de impuestos de retención o recargo respecto de los cuales la empresa se presume que actúa como delegado cobrador del Fisco o de los demás tributos, derechos o gravámenes. El tratamiento de las obligaciones tributarias genera diversos problemas, fundamentalmente porque el no pago de los impuestos de retención y recargo erosiona fuertemente los créditos valistas e incluso a los que gozan de privilegio y los hipotecarios.

3. En el área societaria los riesgos de la crisis comprometen la propiedad de la empresa y esta es la sanción del sistema económico que se aplica a los propietarios que no han sabido enfrentar la crisis y salvar su patrimonio.

Los procesos de capitalización de créditos se presentan siempre como los más efectivos para resolver la crisis y reorganizar la empresa, bajo la premisa que normalmente los dueños pierden el control de la empresa. A raíz de la última reforma de la ley de sociedades anónimas, se ha generado una situación especial para los procesos de capitalización o en la enajenación de activos de empresas en dificultades, consistente en que para evitar que se genere el derecho a retiro de los accionistas, lo cual lleva aparejado un nuevo pasivo, es menester someter a la empresa a un convenio judicial preventivo, no bastando la simple insolvencia, lo cual tiende a judicializar la solución de la crisis.

4. Dentro del área penal, se encuentran los fraudes concursales.

Un largo recorrido ha efectuado el derecho mercantil, desde que se penalizaba la quiebra, sin atender a sus causas con la muerte o feroces castigos a los fallidos, hasta el día de hoy, en que se discute la penalidad de las conductas de los fallidos.

Nuestro derecho muestra un grupo de conductas fraudulentas o culposas, que llevan aparejada la prisión. La Fiscalía Nacional de quiebras está encargada de perseguir tales delitos, sin perjuicio del derecho que le asiste a los acreedores. Las Juntas de acreedores no son sujetos de la acción de quiebra culposa o fraudulenta y los síndicos no pueden ejercer tales acciones.

Hay que recordar que se presume culpable la quiebra, si el deudor que ejerce una actividad comercial, agrícola, industrial o minera frente a la cesación de pagos, no solicita su propia quiebra dentro de los 15 días de haberse producido tales hechos.

5. El área concursal obviamente se refiere a que la crisis deteriora el patrimonio del fallido de tal manera que el pago de los créditos siempre es menor que el nominal de ellos. ¿Cuán bajo es este valor? La práctica chilena nos dice que siempre es menor al 30%, lo cual es muy grave, por cuanto significa que el fallido ha dispuesto de un 70% de sus bienes en desmedro de sus acreedores. Tales valores pueden ser mayores en el caso de venta de la empresa como unidad económica.

Lo anterior hace que los acreedores traten de resolver la crisis antes que desemboque en una actividad judicial, que siempre resulta más engorrosa que el tratamiento extrajudicial. Sin embargo, el sistema chileno no tiene elementos legales para coordinar a los acreedores, los que en general padecen de falta de coordinación y priman situaciones puntuales de carácter individual.

Largo será referirse a las alternativas que se generan entre los acreedores para resolver las crisis empresariales, no obstante las limitadas posibilidades que contiene la ley de quiebras chilena.

Uno de los factores a considerar es el costo de la liquidación, que se encarga a los síndicos, cuyos gastos están en la categoría de prededucibles, conforme a la actual legislación.

## V. LA QUIEBRA

Cuando la crisis no ha podido ser resuelta, desemboca en la quiebra, sea antes de un convenio por la impaciencia de algunos acreedores, también como una forma de presionar a otros acreedores para que adquieran créditos o porque el convenio preventivo no resulta aprobado o porque este debe ser resuelto ante la falta de cumplimiento del mismo.

La quiebra es un juicio, cuyo objeto es gestionar el patrimonio del deudor para pagar los créditos y finalmente proceder a su liquidación sea como unidad económica o por partes.

El gran avance del derecho concursal chileno en los años 80 en adelante ha sido la de permitir generar fórmulas destinadas a gestionar el patrimonio del fallido, por cuenta y riesgo de este, sin afectar la responsabilidad de los acreedores.

Como juicio, la demanda de quiebra tiene una instancia compleja entre acreedores y el fallido a fin de obtener la sentencia de quiebra. Posteriormente el juicio tiene un objetivo consistente en establecer la legitimidad de los acreedores y sus reclamaciones para participar del reparto del producto del activo de la quiebra. En esta etapa el síndico y la junta de acreedores constituyen órganos básicos para obtener un buen resultado. Lamentablemente la ley, si bien permite a los acreedores proponer los síndicos, sin embargo son los jueces quienes los designan, con lo cual se genera una incertidumbre más dentro del complejo camino de la quiebra o de los convenios.

Existe en el Ministerio de Justicia un proyecto de ley que innova sobre la designación de síndicos, preparado por la Fiscalía Nacional de Quiebras.

*Santiago, octubre de 2001.*