

Actualidad Profesional

Por Juan Luis Goldenberg, profesor asociado de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y consejero académico de Dictum.

La necesaria revisión del sistema concursal aplicable a las pymes como herramienta para incrementar sus posibilidades de acceso al crédito

Anivel global se evidencia que las normas disponibles para resolver los problemas de insolvencia de las empresas de menor tamaño (pymes) presentan serias deficiencias que tienden a conducir las a su liquidación o, peor aún, a su cierre informal o simple cese de operación. Con ello, se limita la posibilidad de reorganización a pesar de su viabilidad, destruyendo el valor de la empresa en marcha, y, en el escenario alternativo de la liquidación, se puede terminar estigmatizando al pequeño empresario, lo que resulta más grave que en otro tipo de empresas en virtud de la mayor identificación entre empresa/empresario. Este último punto, unido a los efectos que el quiebre de la responsabilidad limitada suele imponer en el patrimonio personal o familiar, es sindicado como una de las principales razones de la usual tardanza en la apertura voluntaria del concurso, provocando que ella tenga lugar cuando el patrimonio de la empresa ya se encuentra muy deteriorado y se han adoptado peligrosas estrategias para mantenerlas a flote. Lo anterior conlleva que, en muchos casos, estemos ante “concursos sin bienes”, y de ahí el incentivo a formular modelos especiales de insolvencia para las pymes que consideren mejoras informativas y sistemas de alerta (por ejemplo, considerando 17 de la Directiva EU 2019/1023).

Así, incluso superados los obstáculos para que la empresa propicie su reestructuración, un aspecto crucial se refiere a la usual pasividad de los acreedores, dados los escasos incentivos que estos tienen para participar en los concursos y buscar fórmulas de reorganización efectiva. A estos problemas se suman algunos de los caracteres generales de las pymes que resultan intensificados en situaciones de crisis patrimonial, como son las que se derivan de las deficiencias en el gobierno corporativo, menores niveles de instrucción financiera por parte de los gestores, la alta identificación entre su administración y propiedad, situaciones de infracapitalización, falta de transparencia y rigor en su contabilidad, entre muchos otros.

Por todo lo anterior, un mejor diseño institucional parece acuciante en la medida en que se advierte que la tasa de fracaso de las pymes es bastante mayor que la de las grandes empresas, lo que también implica que son ellas las que tienden a ser las principales usuarias de los procedimientos de insolvencia. Lo anterior contrasta con las fórmulas concursales que parecen partir desde la realidad de la gran empresa, por su mayor impacto individual en el contexto macroeconómico, esquivando la idea del “*think small first*”, que aprecia la relevancia agregada de las pymes en las economías

mundial y local, y, especialmente, el efecto reflejo que puede darse con respecto a otras pymes que formen parte de la cadena de suministro y la situación de los trabajadores que pueden perder su fuente laboral. Los desajustes del modelo unitario (“one size fits all”) tienden a conducir a la pyme por estructuras concursales complejas, desalineadas con su realidad, además de desdibujar el impacto de las políticas administrativas y medidas legales tendientes a apoyarla.

En términos globales, esta problemática ha ido siendo abordada en varias instancias internacionales. Desde el año 2013, el Grupo de Trabajo V de la CNUDMI se propuso adecuar el texto base de la “Guía Legislativa del Régimen de Insolvencia”, para propiciar un ajuste a la idiosincrasia de las pymes, ofreciendo un nuevo capítulo quinto en 2021. Por su parte, la OCDE inserta la misma problemática en el análisis del fortalecimiento de los modelos de financiación de las empresas de menor tamaño. No obstante, el objetivo común de ambas iniciativas es “elaborar mecanismos nuevos y simplificados según sea necesario, teniendo en cuenta la necesidad de que esos mecanismos sean equitativos, rápidos, flexibles y eficientes en función de los costos”, con especial énfasis en medidas preventivas o de pre-insolvencia y en esfuerzos que tiendan a facilitar la reestructuración de pymes viables. A su turno, el Banco Mundial ha calificado como indispensable el tránsito a soluciones extrajudiciales y a procedimientos especiales, conscientes de la necesaria simplificación de las reglas y la disminución de los tiempos y costos asociados.

Tales instrumentos de *soft law* constituyen buenos insumos para repensar los modelos concursales en miras de ofrecer medidas apropiadas para enfrentar el dilema de la insolvencia de las pymes, pero sostenemos que abordar la problemática solo desde la fase concursal puede ser una perspectiva todavía estrecha, vale decir, sólo tienden a mirar a

la pyme insolvente y no integran el tratamiento de la crisis desde su impacto en todo el ciclo de vida de la empresa. Unas respuestas concursales deficientes constituyen barreras para el acceso a la financiación de las pymes, desmejorando sus posibilidades de desarrollo y acelerando su desaparición, de modo que un ordenamiento concursal eficiente puede convertirse en un estímulo para el efectivo acceso al crédito para este tipo de empresas. Aun cuando a nivel global se han observado ciertas innovaciones en la materia (por ejemplo, por medio del *fintech* o de los *crowdfundings*), la tendencia general es que la obtención de recursos sigue siendo esquiva. Lo anterior resulta especialmente complejo cuando estamos frente a pymes que no cuentan con personalidad jurídica (sea societaria o de empresas individuales) y, en general, cuando éstas se sitúan en escenarios de recesión. Entre las razones que se señalan para ello se encuentra la opacidad de su situación patrimonial, una alta dependencia del crédito bancario no necesariamente productivo, y ciertos problemas de agencia que derivan en peligros de subinversión (*underinvestment*) y sustitución de activos (*asset substitution*) lo que impide monitorear el progreso de proyectos de inversión.

En efecto, como ha relevado el Banco Mundial, siendo este último aspecto uno de los principales desafíos para la sostenibilidad de las pymes, ésta puede afrontarlo de mejor manera si existen sistemas concursales eficientes que incrementen la confianza de los financistas e inversores y reduzcan la brecha financiera mediante técnicas de inclusión. En efecto, la formulación de herramientas concursales efectivas y predecibles son indispensables para fijar los contornos de los derechos de los acreedores, tanto ex ante, en lo que se refiere a la valoración de los riesgos en el peor escenario posible, como ex post, aludiendo a formas de financiación que soportan la reestructuración empresarial (*fresh money*). De

ello se desprende que estructuras concursales que refuercen la confianza del mercado financiero y mejores diseños regulatorios de los instrumentos de financiación dirigidos a las pymes podrían estimular el aumento del volumen y diversidad de fuentes disponibles, la ampliación de los plazos de pago, el descenso de las tasas de interés, la rebaja de los costos de transacción y una menor necesidad de otorgamiento de garantías, entre otros. En la misma línea, el conocimiento de las reglas de salida en caso de tratarse de un negocio fallido apoya el (re)emprendimiento, sobre todo si este se cimenta sobre la base de reglas de segunda oportunidad o *fresh start*, derivado de la función aseguradora del *discharge* en lo que se refiere a la limitación de la responsabilidad.

Así, aun cuando las leyes concursales se tienden a analizar desde su eficacia sobreviniente, y, sobre todo, como una tabla de rescate (reorganización) o un mecanismo de cierre ordenado (liquidación), su mayor relevancia se advierte en la indicación de la forma en que los derechos de todos los involucrados se priorizarán y armonizarán en el peor de los escenarios, y, con ello, conceder ciertas certezas que permitan fijar los términos de las relaciones creadas mientras la empresa está *in bonis*. Por ello, un diseño concursal incapaz de abordar la realidad de las pymes destruye tal valor porque incumple su función si no logra atraer a las partes (deudores y acreedores) a la aplicación de sus reglas del juego y, de hacerlo, aún existe una alta posibilidad de un resultado inconsistente con la realidad y eventual viabilidad de la empresa.