

RECONVERSIÓ D'EMPRESSES I DRET CONCURSAL

Enric Genescà

Novembre de 1996

Resta obert a nivell internacional el debat sobre la finalitat del procediment concursal. Dues postures es contraposen segons que es considerin prioritaris els interessos dels creditors o la supervivència de l'empresa. Segons el primer plantejament, correspon a aquesta parcel·la del dret garantir una liquidació ordenada de l'empresa per tal d'aconseguir que els creditors en conjunt cobrin la major part del que se'ls deu, tot evitant que el deutor pugui afavorir uns en detriment d'altres. Segons l'altre plantejament, l'objectiu primordial del procediment concursal ha de ser fer un darrer intent, amb supervisió jurisdiccional, per salvar l'empresa, per fer-la viable. Els canvis de legislació que s'han produït en els darrers 20 anys en els principals països desenvolupats van en aquesta direcció. Els casos d'Alemanya, França, Itàlia, Estats Units i Anglaterra, confirmen una orientació menys privatista i més intervencionista per tal d'evitar la desaparició d'empreses en funcionament, la pèrdua de llocs de treball i l'afebliment del teixit productiu. A Espanya, el debat es també viu tal com ho demostren els Avantprojectes de Llei Concursal del 83 i del 95, malgrat que encara no s'han materialitzat en un canvi legislatiu. Darrerament, la importància econòmica de les situacions de crisi empresarial tractades per la jurisdicció concursal és creixent. La mitjana anual de fallides de 1985 a 1990 fou de 109 amb un passiu total de 12.900 milions de pessetes per període. De 1991 a 1994 el nombre de fallides va ser de 543 a l'any amb 90.400 milions de passiu. Pel que fa a les suspensions de pagaments, la tendència és molt similar. Es passa de 258 de mitjana anyal en el primer període a 1087 en el segon, i de 63.000 milions de pessetes de passiu cada any a 688.600 milions de pessetes en el segon període.

Quines són les característiques del marc legislatiu espanyol aplicable a les empreses en situació concursal? Les principals fonts són el Codi de Comerç de 1829, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 i la Llei de Suspensió de Pagaments de 1922. Ens trobem, per tant, davant d'una legislació que tant temporalment com culturalment està molt allunyada del que són avui les pràctiques habituals en el món empresarial. L'opinió dels juristes és pràcticament unànime: el catedràtic de Dret mercantil de la Universitat Complutense de Madrid, José Giron Tena, diu que aquesta és una legislació inútil que precisa d'una nova edificació completa. Altres han parlat d'una fallida general de la legislació de fallida. Les crítiques no provenen, però, només del món acadèmic. El magistrat Lluís Vacas Medina sosté que “la quiebra o el concurso hoy no solo es la mejor forma de destruir valor, sino además el más costoso procedimiento de liquidación de deudas”.

Malauradament, no disposem d'informació estadística fiable per valorar objectivament l'eficàcia d'aquest procediment. Malgrat tot, però, ens atrevim a aventurar, a títol d'hipòtesi, unes estimacions basades en converses amb professionals que han treballat molts anys en aquest camp. Teòricament, la suspensió de pagaments es produeix quan una empresa financerament viable té un problema de falta de liquiditat. Si això fos cert, seria normal que un elevat percentatge de les suspensions acabés amb un conveni que assegurés la definitiva recuperació de l'empresa. Segons els professionals consultats, de l'ordre del 30% al 40% de les suspensions acaben, de fet, amb un conveni de liquidació de l'empresa. La majoria de les restants entren, després de 2, 3 ó 4 anys, en un procés de liquidació extraconcursal, en una fallida voluntària o en una fallida per impossibilitat de complir el conveni. És evident, per tant, que en el marc de legislació vigent l'objectiu de recuperar empreses en crisi no s'assoleix. Es satisfà, pel contrari, l'objectiu d'aconseguir una liquidació ràpida, endreçada i justa ?. De nou no podem sustentar la resposta en cap investigació empírica. La nostra opinió és, també en aquest aspecte, rotundament negativa. Al final d'un llarg procés no queda pràcticament res per satisfer als creditors ordinaris. Els elevats costos del procediment i el manteniment artificial d'uns llocs de treball s'emporten habitualment tot el que queda una vegada s'han satisfet, també parcialment, els creditors privilegiats.

Les característiques específiques del procediment concursal vigent no afavoreixen ni l'objectiu de redreçament ni el de liquidació. Segons que la finalitat fos una o altra, l'òptica de la legislació hauria de ser també diferent. En el primer cas haurien de predominar les orientacions de caràcter econòmic i de gestió empresarial. En el segon, les jurídiques i de procediment. Quines són, doncs, les causes del fracàs del sistema concursal vigent?

Tant la pràctica judicial com la legislació afavoreixen l'acceptació a priori de la hipòtesi que, quan s'entra en el procediment concursal, l'empresa pot encara salvar-se. Malgrat l'acceptació de la hipòtesi de continuïtat, les característiques formals del procediment i l'especialització professional dels que hi intervenen està més orientada a la liquidació de l'empresa amb garanties suficients que a la elaboració, anàlisi i implementació d'un pla de recuperació. Ni l'especialització professional, ni el moment en què es promou, ni els terminis de la suspensió són adequades per dissenyar i promoure la implementació d'un pla de redreçament. Vegem a continuació cadascun d'aquests aspectes.

Els interventors decideixen usualment utilitzar com a criteri de valoració dels actius el d'empresa en funcionament. Això evita la fallida i la immediata liquidació. L'aplicació d'aquest criteri, però, es fa normalment sense valorar en profunditat la viabilitat econòmica d'un pla de reestructuració que permeti a la empresa recuperar la seva competitivitat i garantir així la seva continuïtat. Els interventors judicials tenen, a més, un paper contradictori ja que a les seves funcions d'auditoria se'n superposen unes altres de coherència per les quals, normalment, no tenen la qualificació professional més adequada.

Quan es presenta la suspensió de pagaments, el patrimoni de l'empresa està ja molt mermat i, en conseqüència, les possibilitats de recuperació són també molt limitades. És pràcticament impossible accedir als recursos financers que requereix un bon pla de reconversió. Els creditors ja han pres posicions en defensa dels seus interessos i els accionistes no estan disposats a fer cap aportació de capital addicional. Quan arriba

aquest moment, és pràcticament impossible que l'empresa pugui afrontar els seus deutes. De fet, entrar en el procediment suposa emetre un senyal públic d'irrecuperabilitat que fa molt difícil que es puguin endegar accions de redreçament del clima intern o de la confiança dels grups externs.

Aquest retard permet que els creditors més ben informats i posicionats puguin afegir garanties addicionals, habitualment de caràcter real, als seus crèdits. És bastant usual que la major part de l'immobilitzat de l'empresa en suspensió estigui gravat amb un dret preferent d'algun dels creditors, els quals no estaran disposats a fer els mateixos sacrificis que els que no tenen els seus crèdits afiançats. El sistema de jerarquies i privilegis establert no afavoreix pas les actituds cooperatives tendents a salvar l'empresa

Una prova addicional de la inadequació del sistema de cara a la recuperació és que els interlocutors legals en el procediment de suspensió són el deutor i els creditors. Ni els treballadors - a títol col·lectiu - ni l'Administració hi participen quan, normalment, són claus per fer viable l'empresa. Un pla de recuperació que no compti amb l'acord de qui en últim terme serà qui l'haurà de fer viable té molt poques probabilitats de reeixir. L'exclusió de l'Administració és, en la pràctica, també greu. Normalment els deutes a Hisenda i a la Seguretat Social són molt quantiosos. En ocasions tenen garantia hipotecària i no participen en la negociació que té per objecte la reducció de la massa d'endeutament. Tal com més endavant es veurà, un procés de reconversió passa normalment per un redimensionament de l'empresa. La capacitat de generar *cash-flow* d'aquesta empresa més petita és habitualment insuficient per fer front als deutes a l'Administració que procedeixen de les etapes anteriors.

Un altra fet que dificulta la recuperació de les empreses en situació de suspensió de pagaments és que la seva admissió a tràmit no paralitza ni els procediments laborals ni els administratius. De fet, si l'objectiu fos el de salvar l'empresa caldria que els integrés tot considerant-los conjuntament.

En síntesi, quan els interventors accepten que la valoració dels actius es faci segons el criteri de *valor en funcionament* estan pressuposant que l'empresa pot recuperar-se, que pot continuar. El procediment de la suspensió de pagaments no és, però, adequat per facilitar aquesta continuïtat i, en conseqüència, el mercat acostuma a actuar davant d'una empresa en suspensió com si ja hagués deixat d'existir. És impossible trobar crèdits o nous accionistes, els clients deixen de pagar i els proveïdors no subministren sinó és pagant anticipadament.

Davant d'una realitat i d'uns arguments tan contundents respecte de la inoperància del sistema concursal per recuperar empreses en crisi, com pot explicar-se que la majoria dels participants directes o indirectes en un procediment de suspensió actuïn com si l'empresa pogués encara salvar-se ?. Els accionistes i moltes vegades també els gestors accepten aquesta ficció per evitar les responsabilitats personals o penals mes pròpies de la fallida. A més són l'estament més propens, per dissónància cognoscitiva, a un optimisme poc fonamentat, ja que el fracàs de l'empresa suposa en moltes ocasions un fracàs personal. Els creditors no privilegiats estan convençuts que si es liquida no cobraran ni una pesseta. Els pactes intra o post concursals els poden permetre petites recuperacions a canvi de mantenir la relació comercial. Els treballadors, amb la liquidació, perden els seus llocs de treball. Continuar, malgrat sigui artificialment dos o tres anys més no afecta la garantia de les indemnitzacions i retarda els efectes de la situació d'atur. Els creditors privilegiats que disposen de garanties reals no es veuen massa afectats per la demora en la liquidació. Finalment, l'Administració, en la improbable hipòtesi de no tenir garanties reals, no està, per raons polítiques, massa ben posicionada per accelerar la liquidació. En resum, tothom té la convicció que l'empresa liquidarà, però ningú té interès real en instar-la.

De fet, malgrat el que es digui, la finalitat del procediment de suspensió no és habitualment la reconversió de l'empresa sinó l'evitació de la fallida. És, en realitat, un pas previ a la liquidació que té per objectiu evitar les conseqüències de la fallida. A partir d'aquesta premissa les coses quadren millor, s'entenen millor. El que no aconseguim és que tinguin una lògica econòmica.

Les característiques del procediment judicial, els seus elevats costos, la formalització processal i, en conseqüència, el retard en abordar ràpida i directament la liquidació quan aquesta és inevitable, determina per l'economia del país una pèssima assignació de recursos, el seu malbaratament i l'esgotament definitiu de la possibilitat que els creditors no privilegiats recuperin part del que l'empresa els deu. Aquests mateixos trets característics impedeixen també que en alguns casos en què l'empresa és encara salvable puguin reeixir plans de recuperació adients. Tal com dèiem abans, la fallida i la suspensió de pagaments no són només la millor forma de destruir valor, sinó també el procediment més costós de liquidació de deutes.

És inqüestionable, i crec que pocs ho qüestionen, que cal abordar globalment la revisió del dret concursal a aplicar a les empreses que es troben en una situació de crisi greu. Seguint la legislació comparada, sembla que la primera qüestió que cal abordar per procedir a aquesta revisió és la relativa a la definició de la finalitat primordial que hauria de tenir el nou procediment concursal. Es tracta de decidir si cal posar en lloc preminent l'objectiu de salvar empreses en crisi o bé cal prioritzar, pel contrari, el de liquidar amb garanties el patrimoni del deutor per tal de satisfer els creditors a un nivell adequat.

Si l'accent es posa en el primer objectiu, tal com sembla dependre's de la legislació comparada, la primera tasca ha de consistir a estudiar a fons què és el redreçament d'una empresa. Quines són les condicions i les característiques del procés de reconversió d'una empresa en crisi. Creiem necessari estudiar amb detall aquests aspectes, ja que són els que el legislador haurà de tenir en compte si l'objectiu prioritari es el de salvar empreses en crisi.

Comencem per definir que s'entén, des d'un punt de vista econòmic, per crisi empresarial. Una empresa es troba en aquesta situació quan durant un llarg període de temps és incapaç de retribuir als preus de mercat tots els factors de producció que utilitza en el seu procés. En termes més planers, diem que una empresa està en crisi

quan els seus resultats econòmics són negatius, s'ha mermat força el net patrimonial i, en conseqüència, perilla la seva supervivència. Donat l'objectiu d'aquesta ponència, deixem de banda altres definicions més suaus de crisi empresarial com per exemple les basades en la comparació de la rendibilitat o el creixement de l'empresa amb les del sector.

Tal com indiquen les investigacions empíriques que tracten de les empreses en crisi i dels seus processos de reconversió, el primer que cal fer davant d'aquesta situació és parar l'hemorràgia. En aquestes circumstàncies es pateix normalment de moltes ineficiències internes que determinen un malbaratament dels costos i una utilització ineficient dels actius. Es produeix, també habitualment, un cert sobredimensionament que fa que apareguin quantiosos costos d'inactivitat: plantilles subutilitzades, excés d'immobilitzat material i poc control dels costos. El primer que cal és parar l'hemorràgia. Les opcions són, òbviament, les d'incrementar les vendes o redimensionar l'empresa. La primera és, en la majoria de les ocasions, inviable. L'empresa en crisi ha perdut capacitat competitiva o es troba en un mercat poc atractiu i això fa difícil que en un període curt de temps i amb la urgència que requereix la situació, sigui capaç d'obtenir un increment substancial de les vendes que li permeti, a través d'ocupacions creixents de la capacitat productiva, recuperar els resultats i el *cash flow* per seguir operant. La via més controlable i, per tant, la seguida per la majoria de les empreses que es troben en aquesta situació és la de desprendre's d'actius, reduir plantilla i controlar més de prop les demés partides de cost. En la terminologia usual en les investigacions sobre reconversió d'empreses en crisi, d'aquesta fase se'n diu la fase d'atrinxerament. La conclusió que es desprèn d'aquestes investigacions és que de l'anticipació, la radicalitat i els resultats d'aquesta fase en depèn en bona mesura l'èxit de la reconversió. Cal, però, tenir en compte que un redimensionament molt dràstic pot deixar l'empresa amb una posició feble de cara a la lluita competitiva del futur. Per això és recomanable que les característiques de l'atrinxerament siguin les decidides en un pla de reconversió que, a més de pretendre aturar el més ràpidament possible l'hemorràgia, tingui en compte l'estratègia que ha de seguir l'empresa una vegada hagi recuperat una situació més estable.

Les empreses en crisi també pateixen habitualment d'un fort deteriorament del clima intern i dels seus processos de decisió. És usual que es produeixi un increment de la conflictivitat i de la resistència al canvi i una forta reducció de la moral i la motivació dels treballadors. La direcció pot haver perdut part de la seva credibilitat i els treballadors i directius de nivell mig senten amenaçat el seu propi lloc de treball. És habitual, doncs, que es produeixi un trencament de la confiança, davant del qual la direcció acostuma a situar-se en una posició defensiva, tot centralitzant els processos de decisió i reduint els canals de comunicació interns.

En aquestes circumstàncies és bastant freqüent adoptar pràctiques organitzatives properes al disseny mecanicista, segons terminologia de Burns i Stalker, amb la qual cosa l'únic que s'aconsegueix és reduir fortament el potencial i la creativitat per sortir de la crisi. És freqüent que abandonin l'empresa els millors treballadors i directius, és a dir, aquells que podrien fer factible la sortida de la crisi. Ser capaç de donar la volta a aquest deteriorament del clima intern és tan important com les mesures de cirurgia de costos i actius que hem apuntat en els paràgrafs anteriors. Cal, per tant, evitar adoptar un disseny mecanicista, cal potenciar les vies de participació i de comunicació i cal promoure més que mai la descentralització. S'ha d'informar abastament de la situació de l'empresa i del pla de recuperació que s'ha dissenyat, i la direcció ha de ser capaç de transmetre confiança i un cert entusiasme en l'assoliment de les fites que es proposen. Cal transmetre també la convicció que se serà just en les accions de redimensionament i que es farà el possible per trobar alternatives per a cada persona. Si no es redreça el deteriorament del clima intern queden molt mermades les probabilitats de sortir de la crisi, per molt ben dissenyant que sigui el pla de recuperació o per molt adequades que siguin les activitats d'atrinxerament.

Un tercer aspecte a considerar és el de la pèrdua de confiança dels grups externs relacionats amb l'empresa. Ens referim en concret a la pèrdua de suport dels proveïdors, dels clients i dels bancs. És habitual que els clients deixin de confiar en la continuïtat del subministrament o que temin una pèrdua de qualitat. Els proveïdors es plantegen aplicar uns preus superiors a causa de l'augment del risc, condicions de pagament més dures o inclús deixar de subministrar. Els bancs són molt reactius a qualsevol ampliació

del risc. Més aviat intentaran desvincular-se paulatinament de l'empresa o exigiran garanties reals més fortes per continuar la relació comercial. Aquesta pèrdua de confiança dels grups externs segueix habitualment una espiral imparable, que pràcticament fa inviable qualsevol procés de recuperació. En el pla de reconversió cal adoptar una estratègia explícita per tal de donar la volta a aquesta situació. Cal fer veure a aquests grups externs les pèrdues potencials en què poden incórrer si deixen de donar suport a l'empresa i a l'hora se'ls ha d'informar del pla de recuperació. Cal escoltar-los en la seva reformulació i pot ser també el moment d'obrir el Consell d'Administració als grups externs més influents per tal de donar viabilitat al pla.

Una consideració especial i apart mereixen els accionistes. Habitualment, en una situació de crisi s'han anat exhaurint els recursos dels accionistes habituals i s'ha mermat la confiança en la recuperació de la inversió. És difícil trobar nous accionistes acostumats i disposats a posar-se en inversions d'alt risc. Sense uns accionistes convençuts i motivats per portar a terme un determinat pla de reconversió és molt difícil sortir de la crisi. Com veurem a continuació, tota reconversió necessita d'un gestor adequat, però necessita també, i això moltes vegades s'oblida, d'uns accionistes interessats en la supervivència de l'empresa i convençuts de la seva possibilitat.

Del que fins aquí s'ha dit es desprèn la necessitat davant d'una empresa en crisi d'un pla de recuperació que prevegi no sols accions d'atrinxerament (cirurgia de costos i actius) sinó també la recuperació de l'efectivitat dels processos de decisió, del clima intern i de la confiança dels grups externs relacionats amb l'empresa. Malgrat que normalment es posa l'accent en la primera d'aquestes accions, nosaltres considerem absolutament necessari tenir-les totes en compte de manera simultània.

Cal plantejar-se ara qui ha d'assumir l'elaboració d'aquest pla de recuperació i qui ha de garantir la seva implementació. Una de les conclusions més robustes de les diferents investigacions empíriques fetes sobre empreses en crisi és que en un procés de reconversió cal canviar la direcció. De fet si, els grups externs o els propis treballadors atribueixen a la direcció actual bona part de la culpa de la crisi és molt difícil la

recuperació de la confiança sense canviar-la. La continuïtat només pot plantejar-se si està clar per tothom que la direcció actual no és responsable de la crisi, que aquesta es deu a fets externs no previsibles en circumstàncies normals. En general, però, la substitució de la direcció afavoreix l'èxit en la recuperació del clima intern i de la confiança així com la creativitat necessària per elaborar, defensar i implantar un bon pla de recuperació. Una nova direcció tindrà també menys compromisos per endegar les necessàries accions d'atrinxerament.

Resumint, per donar la volta a la davallada que de forma important i persistent ha sofert l'empresa en crisi, cal recuperar la confiança dels grups externs, cal redreçar l'efectivitat dels processos de decisió i el clima intern, cal emprendre accions quirúrgiques per aturar la sangria persistent i cal que un agent de canvi renovat sigui capaç de generar la confiança suficient per fer-ho possible. Aquestes condicions no són, però, suficients. El pla de reconversió ha de permetre a l'empresa recuperar un cert avantatge competitiu que faci viable l'obtenció d'uns beneficis estables. Aquesta redefinició de l'estratègia de l'empresa passa en primer lloc per fer una bona anàlisi de les causes de la crisi. Aquestes poden ser externes o internes. Dins les primeres distingim les degudes a una contracció permanent del sector de les de caràcter més esporàdic. No és difícil trobar exemples de cadascuna d'aquestes possibles causes externes. El sector de l'automòbil o el de les màquines eines pateixen sovint de davallades cícliques de la demanda que determinen baixes ocupacions de la capacitat i elevats costos d'inactivitat. Les empreses d'aquests sectors tenen estructures productives molt pesades, elevada inversió i forts costos fixos. Quan es produeix una forta davallada de la demanda és difícil aconseguir una ràpida adaptació de l'estructura productiva a les noves condicions. Les capacitats de producció excedents faciliten que augmenti la rivalitat en el sector que determina una forta erosió dels marges. Si es respon amb una ràpida desinversió i un radical ajustament de plantilles podem trobar-nos amb una posició feble davant la competència quan la demanda es recuperi. Les estratègies de flexibilització, la subcontractació de parts del procés de producció tot desfent els processos d'integració vertical han estat respostes més adequades.

Quant, pel contrari, es produeix una davallada sistemàtica i persistent de la demanda, l'erosió dels marges no és sobtada sinó persistent. Sobren ofertants, però les barreres de sortida dificulten l'adaptació. La rivalitat augmenta i es redueixen els marges. També són freqüents, a conseqüència de causes externes de caràcter esporàdic, les crisis produïdes per un accident: la fallida d'un important client que deixa a l'empresa en una situació precària.

Les investigacions empíriques disponibles demostren, però, que les causes més freqüents de les crisis són de caràcter intern i lligades a decisions errònies, com per exemple, fer una costosa inversió que compromet bona part dels recursos financers de l'empresa i trobar-se que el mercat no absorbeix els increments potencials de producció o no valora les millores introduïdes. És més habitual, però, en aquestes crisis d'origen intern, que no pugui establir-se amb tanta claredat i precisió la seva causa. Sense saber ben bé perquè, l'empresa va perdent aquells elements de singularització que determinen que els seus productes siguin més valorats pel mercat, estiguin més diferenciats, o s'ofertin a un preu inferior a la competència. Això es produeix quan l'empresa no disposa ja de competències distintives que li permetin assolir un avantatge estable en el mercat. Les dificultats en adaptar-se als canvis del *software* més valorats pel mercat ha estat el determinant que empreses com IBM o Digital hagin sofert crisis profundes.

És evident que segons quina sigui la causa de la crisi, el pla de recuperació haurà de tenir un o altre contingut. És ben diferent l'acció a emprendre si l'empresa manté una posició forta en el mercat, malgrat que aquest estigui patint una forta crisi que si, pel contrari, és l'empresa la que ha afeblit la seva posició.

En termes generals, quan la crisi es deu a contraccions cícliques de la demanda i es té una bona posició competitiva, no és pas convenient preveure grans reorientacions estratègiques. Les accions d'atrinxerament i de resistència poden ser suficients i són, probablement, les més adequades. En situacions de crisi més duradera i amb una forta posició en el mercat cal plantejar-se accions agressives per fer fora als ofertants marginals i preveure les possibilitats de la diversificació relacionada.

No és tampoc convenient plantejar-se grans reorientacions estratègiques quan es produeix una davallada del mercat total. Cal enfocar-se en aquells segments de consumidors que més valoren els recursos i capacitats de l'empresa. Aquesta és també l'estratègia més aconsellable quan el que es produeix és una reducció permanent de la demanda i la posició de l'empresa en el mercat és feble.

Quan el sector creix i l'empresa perd de forma sistemàtica i permanent el seu avantatge competitiu és quan calen reorientacions estratègiques per tal de reforçar aquells recursos i capacitats sobre els quals recuperar la capacitat de competir.

Fer una bona diagnosi de les causes no és fàcil. No ho és pel que en podríem dir la inèrcia organitzativa. Els directius creuen tenir l'experiència suficient per afrontar les causes de la crisi utilitzant els mateixos mecanismes emprats en el passat. En ocasions no es plantegen reorientacions estratègiques pel temor que comportin un canvi en l'estructura del poder dins de l'empresa.

El pla de recuperació ha de contenir una profunda revisió de l'estratègia de l'empresa sobre la qual poc podem dir de forma general. No és que no s'hagin fet investigacions o no es disposi de coneixements al respecte, sinó que la diversitat de situacions en què pot trobar-se l'empresa en crisi fa que sigui difícil donar orientacions de caire general. Es tracta de seguir aquí les recomanacions que sobre el procés de formulació de l'estratègia ens han fet autors tan reconeguts com Andrews, Ansoff i Mintzberg. Es tracta d'utilitzar les aportacions de Porter per analitzar el sector i definir les fonts d'avantatge competitiu. Es tracta d'identificar i reforçar aquells recursos i capacitats que poden permetre a l'empresa singularitzar-se. També cal considerar les diferents possibilitats estratègiques existents en la literatura sobre flexibilització i cooperació, segmentació, diversificació, internacionalització i definició de l'estructura organitzativa. En la formulació d'aquest pla estratègic de recuperació s'han de tenir en compte els coneixements que en els darrers anys s'han anat acumulant sobre estratègia i estructura. La qualitat d'aquest pla

estratègic depèn tant d'un adequat diagnòstic de les causes de la crisi com d'un bon coneixement de les bases de la direcció estratègica.

Els elements que vertebraven qualsevol pla de recuperació són, en síntesi, les accions d'atrinxerament, la recuperació del clima intern i de la efectivitat dels processos de decisió, la recuperació de la confiança dels grups externs i la definició d'una estratègia que permeti recuperar l'avantatge competitiu i superar les causes de la crisi. Una vegada fet aquest breu parèntesi per estudiar les característiques d'un bon pla de reconversió cal que recuperem el nostre fil argumental amb una pregunta: pot plantejar-se com a objectiu prioritari de la legislació concursal la salvació d'empreses en crisi?. Des del nostre punt de vista, ni la publicitat, ni la intervenció judicial, ni les cauteles que necessàriament s'han de prendre sobre l'administració de l'empresa afectada per un procediment concursal afavoreixen la implementació d'un pla com aquest. Ni tan sols la llei francesa, que és probablement la que més prioritza l'objectiu de redreçament, reeixien en aquest propòsit: es calcula que més d'un 90% de les empreses que entren en el procediment liquiden.

Què es pot esperar, doncs, d'un bon procediment concursal? En primer lloc que afavoreixi i que incentivi els acords i els plans de recuperació preconcursals que seran sens dubte més eficaços a l'hora de salvar una empresa en crisi. La intervenció judicial es fa, però, inevitable quan l'empresa no pot satisfer els seus compromisos de pagament, quan per salvar-la calen sacrificis extraordinaris o renúncia de drets per part dels treballadors i els creditors o quan cal demanar responsabilitats als administradors de l'empresa per haver actuat dolosament o imprudentment.

Un bon procediment concursal s'hauria d'estructurar en dues fases. L'element vertebrador de la primera és el pla de recuperació i l'anàlisi de la seva viabilitat. Aquest pla ha de tenir en compte les accions d'atrinxerament, de recuperació del clima i la confiança, així com les reorientacions estratègiques més pertinents i, eventualment, la substitució de la direcció. Així mateix considerarà totes les renúncies i sacrificis que s'estimen necessàries per fer-lo viable.

En un termini breu, aquest pla hauria de ser valorat per l'autoritat judicial degudament assessorada en els aspectes econòmico-financers i de gestió empresarial i també pels grups als quals es demanen sacrificis i renunciés. Si no es considera viable o no és acceptat, cal que s'entri immediatament a la fase de liquidació. Si, pel contrari, s'accepta, cal recuperar amb promptitud la normalitat en la gestió. Considerem prioritari, per tant, que s'actui ràpidament i contundentment en aquesta primera fase del procés. Tal com queda palès en la primera part de la nostra intervenció el principal defecte del procediment concursal vigent és el d'acceptar la ficció de la possibilitat de recuperació sense explicitar de fet cap pla, ni analitzar la seva viabilitat. Es retarda així la liquidació quan ja és inevitable o s'inviabilitza qualsevol possibilitat de recuperació. Quan una empresa està en crisi, és a dir, és incapaç de retribuir a preus de mercat els factors de producció que utilitza, ha d'analitzar, en primer lloc, si aquesta situació és o no reversible. En el primer cas s'ha d'implantar quan abans un pla estratègic de reconversió per tal de recuperar la rendibilitat. En el segon, cal acudir també amb promptitud a la liquidació. El mercat ja tindrà cura d'omplir amb més eficiència el buit deixat. El procediment concursal ha de garantir que aquesta anàlisi de viabilitat es faci a temps oportú, és a dir, quan la recuperació és encara possible o quan si opta per la liquidació hi ha béns suficients per fer front a una bona part dels compromisos. Cal posar els incentius necessaris, recompenses i penalitzacions, perquè aquesta forma de procedir sigui la usual. Per tal de precisar millor el nostre punt de vista obrim a continuació, en el tram final de la nostra exposició, una breu reflexió sobre algunes qüestions que considerem claus a l'hora de plantejar una revisió de la legislació concursal.

La primera fa referència a la anticipació. Teòricament, si l'objectiu prioritari fos la salvació de l'empresa que entra en el procediment concursal, caldria arbitrar tot un seguit d'accions per anticipar la intervenció judicial en el procés. La iniciativa per promoure aquesta intervenció pot ser del propi deutor o de tercers. Per aconseguir aquest efecte anticipador caldria obrir la possibilitat d'instar la intervenció judicial per part dels creditors, dels treballadors o dels professionals de l'Auditoria quan l'empresa emet senyals febles de crisi. Això facilitaria sens dubte l'augment del percentatge

d'empreses susceptibles de ser redreçades però, pel contrari, faria augmentar també el nombre d'empreses que entrarien en el procés. Instar anticipadament la intervenció judicial i donar publicitat a la crisi pot posar en situació delicada a moltes empreses que sense aquest incident se n'haurien sortit bé. Cal ser molt prudent en aquesta qüestió, ja que, des del nostre punt de vista, el risc potencial de l'anticipació supera amb escreix els seus possibles beneficis. Considerem, per tant, convenient mantenir el criteri dels supòsits objectius perquè el procediment pugui iniciar-se a instància de tercers.

En comptes d'incentivar o facilitar la intervenció judicial a instància de tercers suggerim dues accions alternatives. En primer lloc afavorir i reconèixer els efectes dels convenis privats de caràcter extraconcursal tenint en compte, però, que quan impliquin renunciïes, s'han de basar en majories molt més qualificades per obligar els grups afectats que les que són admissibles quan hi ha intervenció judicial. La segona línia d'actuació pretén incentivar que els administradors i directius de l'empresa que són els que, sens dubte, tenen més informació per valorar l'abast de la crisi i la seva reversibilitat, iniciïn voluntàriament el procediment concursal en temps oportú, és a dir, quan l'empresa encara pot salvar-se, malgrat requereixi per fer-ho possible sacrificis extraordinaris, o quan resten recursos suficients per satisfer a nivell adequat els drets dels tercers. Per valorar si voluntàriament s'ha iniciat el procediment en temps oportú s'han d'emprar criteris molt més oberts i flexibles que els "objectius". Inspirant-nos en la llei americana direm que aquesta circumstància és produïda quan en sol·licitar la intervenció encara hi ha possibilitat d'aplicar un pla just, equitatiu o factible. La valoració per part del jutge i de qui l'assessori en els aspectes més econòmics i de gestió de l'honestedat, la diligència i l'encert que l'empresari ha tingut en la fase preconcursal de redreçament i de la adequada decisió del moment en què se sotmet voluntàriament al procediment concursal, seran determinants a l'hora de valorar si cal o no demanar responsabilitats professionals, personals o penals.

El segon aspecte sobre el qual volem pronunciar-nos és el de l'especialització dels òrgans jurisdiccionals que intervenen en el procediment concursal. En el nostre plantejament, la fase inicial d'aquest procés es vertebrava en l'anàlisi i la valoració del pla de redreçament que, per definició, té un caràcter eminentment econòmic i financer:

revisió de l'estratègia, redimensionament, reestructuració del passiu, canvis en els òrgans de direcció,... En funció d'aquestes especificitats hi ha qui considera convenient una especialització dels Tribunals que han de substanciar aquest procediment. Personalment considero aquesta solució difícil d'implementar i tècnicament desaconsellable. M'inclino més aviat per preveure la intervenció en el procés d'una figura especialitzada professionalment en els aspectes econòmics i financers i de direcció d'empreses, i que actuï amb tota independència de les parts afectades, és a dir, per delegació del jutge i com a assessor d'aquest. No considerem per tant adequades ni l'extracció d'aquesta figura entre els creditors ni la preeminència d'una especialització jurídic-comptable.

El tercer aspecte fa referència a la legitimació per presentar el pla de recuperació. En general, després d'una valoració no negativa de les actuacions del deutor en la fase preconcursal, cal donar-li l'oportunitat de presentar un pla de recuperació. En cas que no sigui valorat positivament pels òrgans jurisdiccionals o no sigui aprovat pel conjunt dels grups intervinents amb les majories que més endavant veurem, el jutge pot obrir la possibilitat que qualsevol dels altres participants, o inclús tercers, presentin plans alternatius en competència amb una darrera revisió del presentat pel deutor. Si cap d'aquests plans reeixien cal passar directament a la fase de liquidació. El supòsit de gestió controlada que preveu l'Avantprojecte del 83 és, des del nostre punt de vista, poc afortunat, ja que sense un empresari que assumeixi de forma estable el risc del pla de recuperació és molt difícil que es pugui portar a terme.

El quart tema a debatre es el relatiu a la "par conditio creditorum". En la decisió d'acceptació o rebuig del pla de recuperació cal que intervinguin tots els grups potencialment afectats, és a dir, treballadors, Administració, creditors amb garantia real i creditors ordinaris. Tal com es proposa en l'avantprojecte del 83 considerem adequades les majories simples de cada grup i la majoria de grups com a suficients per aprovar el pla. Aquesta intervenció en la decisió ha de comportar també que tots els grups es vegin afectats, en més o menys mesura, pels seus resultats. Així, a l'hora de la liquidació les exclusions de la *par conditio* haurien de ser mínimes. En concret proposem que es dedueixin en primer lloc de la massa els sous devengats i no pagats i

els deutes que s'hagin contret amb posterioritat a l'obertura del concurs. La prioritat hipotecària, cal mantenir-la sempre que no provingui d'una sobre-garantia afegida. Creiem que s'hauria d'eliminar la prioritat de les Administracions públiques i de Fogasa. A més d'expurgar les preferències, cal arbitrar un sistema que relacioni l'ordre de prioritat que ocupa un col·lectiu o agent amb el percentatge d'adjudicació. No és lògic que mentre uns cobren el 100%, altres es quedin sense res.

Volem referir-nos finalment a la unitat de procediment. En aquest aspecte opinem que cal respectar la *vis atractiva*, inclús en matèries laborals. Cal acumular tots el procediments que afectin el deutor en un de sol per tal de facilitar la visió de conjunt. No té sentit que es tractin apart els aspectes laborals, les relacions amb l'Administració o els procediments executius amb garantia real. És obvi que la pèrdua de visió de conjunt que això comporta dificulta l'assoliment dels objectius del procediment.

Espero que aquestes reflexions, fonamentades en una lògica eminentment econòmica i de gestió empresarial, complementin les de caràcter tècnic-jurídic i es tinguin totes en compte a l'hora de definir un nou marc legislatiu.

BIBLIOGRAFIA UTILITZADA

AROGYASWAMY, Kamala et alt.: "Firm turnarounds: an integrative two-stage model". Journal of Management Studies num. 32.

ESPINA, Alvaro: "Crisis de empresas y crisis del sistema concursal: el marco institucional para la reasignación de recursos". Documento de trabajo. FIES.

GIRON TENA et alt: "Estudio sobre el anteproyecto de Ley concursal". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Número monográfico 8.

PRIETO CASTRO, L.: "Derecho concursal". Segunda edición. Tecnos.