

COLEGIO DE GRADUADOS EN CIENCIAS ECONOMICAS
127 años al servicio de la Profesión (1891-2018)

XXX JORNADAS DE ACTUACIÓN JUDICIAL



II. ÁREA DE SINDICATURA CONCURSAL

“CRISIS EMPRESARIAL Y SOLUCIONES CONCURSALES”

AUTOR: LUIS MARÍA GHIGLIONE
E-mail: lmg@ghiglioneconsultora.com.ar
PROFESOR E INVESTIGADOR UAI - UBA

29 y 30 de agosto de 2018
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

1. La actividad económica. Actores y relaciones. Producción de bienes y servicios. Distribución.

Los actores fundamentales de toda relación económica son las “unidades de producción” es decir las empresas que producen bienes y servicios con valor agregado destinadas a las “unidades de consumo” es decir las familias pertenecientes a una Nación, o si queremos así expresarlo, dispersadas en el mundo, hoy considerado una “aldea global”

El Estado cumple el papel de árbitro, sobre una población asentada en un territorio, y en determinado tiempo histórico. Es quien genera las normas susceptibles de aplicación coactiva que rigen las relaciones sociales y cuyo control también le corresponde.

2. Circuito operativo empresarial.

Desde el punto de vista empresarial, la solvencia se caracteriza por el adecuado funcionamiento de la rueda operativa que integra el circuito: Compras – Ventas – Cobranzas – Pagos lográndose así la generación de fondos debido al “valor agregado” a los insumos como consecuencia de la actividad empresarial que logra vender los productos que oferta a un justo precio que es aceptado por el mercado (demanda) y permite así la continuidad y permanencia en el negocio, llevando así crecimiento, progreso y bienestar a las familias y a la nación toda.-

3. Quiebra

Cuando se interponen dificultades que impiden el adecuado funcionamiento del circuito económico empresarial descrito, nos acercamos a la posibilidad de la insolvencia empresarial lo que lleva a la necesidad de encarar soluciones, que pueden llevar a la redefinición del negocio o a su liquidación.-

En nuestro país existen dos factores a tener en cuenta: a) un amplio campo de informalidad, con lo que la liquidación se desarrolla por vías no transparentes y no accede a soluciones legales.- b) los empresarios y sociedades en general (digamos inscriptos en Afip), y las grandes empresas transnacionales con filiales en el país.-

Las sociedades transnacionales gozan en general con recursos que le permiten liquidar sus negocios no rentables, con el resultado que la

quiebra acecha particularmente a las empresas nacionales que podríamos caracterizar como pymes.

La crisis en la empresa es un precursor de la posible quiebra, o del uso de herramientas concursales como el Ape o el Concurso Preventivo.

4. Previsibilidad de la crisis

Dado que el riesgo es una característica de toda actividad empresarial, y siendo que el emprendedor se encuentra en consecuencia sujeto al riesgo, se sigue que toda empresa se encuentra sujeta y expuesta a crisis. Tales crisis pueden ser de mayor o menor magnitud, y más fáciles o difíciles de sobrellevar, pero dado que se encuentran en forma latente, llevan a la necesidad de su previsión para lograr un diagnóstico precoz y un tratamiento eficaz.

Entre las causas que las originan pueden enumerarse problemas de gestión, pérdidas de competitividad, circunstancias macroeconómicas, accidentes, contaminación, hackers, directivos desleales y escándalos laborales. Deben tenerse en cuenta también no solo las agresiones exógenas o endógenas sino el alcance en la opinión pública que puede tener impacto directo o indirecto en los negocios.

Los aspectos a tener en cuenta son la responsabilidad personal de los directivos, el patrimonio de la firma, su situación financiera y su reputación, la continuidad y los niveles del servicio, las acciones hostiles de la competencia, la reacción negativa de los stakeholders y el valor de mercado de la empresa.

5. Enfoque empresarial

La gestión de toda crisis se orienta a enfrentar las amenazas que potencialmente devendrán en crisis y trabajar para evitarla y asimismo en su caso reaccionar de forma rápida y efectiva.

Para ello es necesario estar atentos al tipo de crisis y a las formas de prepararse.

Mitroff y Alpaslam desarrollaron una taxonomía distinguiendo tres grupos de elementos generadores de tipos básicos, a saber:

- Crisis originadas en circunstancias de la Naturaleza, como incendios, inundaciones y terremotos
- Crisis normales, ya sean de tipo humano como huelgas y errores, de tipo físico como fallas de las maquinarias o contaminación o de tipo económico como recesión o cambio de las reglas de juego en el mercado.

- Crisis anormales, es decir derivadas de atentados, secuestros y calumnias.

Las circunstancias mencionadas previamente serán más o menos previsibles según los casos, ya se trate de aspectos internos o externos a la firma y su desarrollo podrá ser más o menos lento o más o menos repentino.

Así se enumeran las siguientes posibilidades:

1. Crisis de origen interno de tiempo de gestación relativamente largo, como pueden serlo la paulatina pérdida de productividad, altos niveles de rechazos en los controles de calidad de la producción, o la excesiva inmovilización de activos.
2. Crisis de origen interno de gestación corta, como accidentes, huelgas de empleados y contaminación de productos.
3. Crisis de origen externo de largo tiempo de gestación, como nuevos competidores, productos sustitutos y la situación macroeconómica.
4. Crisis de origen externo de corto tiempo de gestación, como atentados terroristas, hackers o nueva legislación regulatoria que surge sorpresivamente.

Las respuestas dependerán del tipo de crisis, teniendo en cuenta los valores en juego, el grado de urgencia y el origen. Al efecto deberá tenerse disponible en todo momento un sistema de alerta que incluya información precisa y oportuna sobre la gestión, cierta capacidad de previsión del futuro y la existencia de planes de contingencia.

Tendremos pues:

1. Información sobre la Gestión

Aquí tenemos una serie de herramientas como presupuestos financieros, rotación de créditos y de bienes de cambio, información sobre la productividad incluyendo benchmarking, información sobre la competencia (participación y penetración en el mercado, nuevos productos y sustitutos) e información sobre la asignación de recursos, como el retorno sobre la inversión y la relación flujos operativos de fondos frente al costo del capital.

Otra herramienta consiste en el Balanced Scorecard o Cuadro de Mando Integral, focalizando en cuatro puntos como son: a) la Perspectiva Financiera: rentabilidad, retorno del capital, flujos de caja; b) la Perspectiva Comercial: satisfacción y retención del cliente, participación en el mercado; la Perspectiva de los Procesos Internos: calidad, costos, plazo de entrega y la Perspectiva de Aprendizaje y Crecimiento: capacitación, actitud del personal e innovación.

2. *Desarrollo de Planes de Contingencia.*

Esto implicará la organización de un equipo de planeamiento, identificación de crisis potenciales, análisis y evaluación de las amenazas, desarrollo e implantación de las respuestas, coordinación de la normalización de las operaciones y comunicación ordenada de la información.

3. *Métodos de Previsión del Contexto*, como el método delfos, el análisis de escenarios y los impactos cruzados.

Y por último:

4. *Preparación para lo Impensable.*

Formación de un equipo de crisis con el objeto de mentalizar y desarrollar capacidades para detectar señales de alerta y dar respuesta rápida y decidida, lo que implica su organización, manejo de datos, desarrollo y simulación de escenarios, roleplaying, entre un sinnúmero de posibilidades.

Responsabilidades. Aspectos jurídicos.

No hay duda que toda situación de crisis impone conductas especiales en lo interno de la organización, y su omisión genera efectos en torno a la responsabilidad de sus administradores y eventualmente de sus socios.

Es importante determinar que no siempre las terminologías son inequívocas e idénticas en el derecho comparado al referirse a lo que se entiende por crisis, “zona de insolvencia”, o cesación de pagos o insolvencia.

Una falta de precisión en la conexidad de las normas del derecho societario y el concursal, pueden haber permitido que se pensara sólo en soluciones del derecho concursal cuando una sociedad se

encuentra en estado de insolvencia, sin perjuicio de imponerse la obligatoriedad de convocatoria a asamblea.

Correlativamente suelen no tratarse a fondo las soluciones societarias a la crisis, de característica privada y extrajudicial, de bajo costo, para la propia sociedad y para la comunidad.

Superadas las etapas netamente empresariales, queda un ámbito que es el propio del derecho societario y del derecho concursal. En ambos casos habrá soluciones prejudiciales y soluciones judiciales, que llevarán a la resolución de las crisis empresarias en uno u otro sentido.

El artículo 59 de la Ley General de Sociedades 19550 establece las directrices de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, como elemento de apreciación de la culpabilidad del administrador societario.

Este artículo establece una auténtica responsabilidad profesional que implica capacidad técnica, experiencia y conocimiento. Y que genera en consecuencia responsabilidades a la dirección que se apreciará judicialmente con el criterio del art. 1724 Código Civil y Comercial que expresa:

ARTICULO 1724.- Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

La directriz del artículo 59 constituye un caso característico y particular de culpabilidad. La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad, en sociales o individuales. En el último caso se legitima a los accionistas y terceros individualmente y no es necesario ningún trámite previo.

Los actos de los administradores, frente al ahondamiento de la crisis, estarán vinculados a la planificación, a la capitalización o financiamiento para asegurar el cumplimiento del objeto social; y posteriores obligaciones funcionales de los administradores, cuya omisión implica apartarse de deberes de información y control.

Las crisis deben ser asumidas tempranamente, ante los primeros síntomas, en beneficio de los propios socios y de los acreedores. La mejor y más inteligente formulación de la legislación y la doctrina no puede dar soluciones perfectas cuando ya se ha desatado la crisis, sólo podrá atenuar los efectos catastróficos.

La conservación de la empresa implica una acción que debe estar a cargo de los administradores y socios de la empresa en crisis, y no de los acreedores ni del juez o funcionario concursal.

En principio, las empresas deberían tener un manual de crisis en el que se establecieran los mecanismos básicos para abordar situaciones contingentes, inmediatamente después de ocurrido el acontecimiento.

Este manual debería contemplar un plan de acción para solucionar aquellas variables que pudieran anticiparse con claridad, dependiendo de la actividad de la empresa. Por ejemplo, si se trata de una industria química, debería tenerse en cuenta la posibilidad de un derrame en algún momento del proceso de producción, sus consecuencias para la planta, su entorno inmediato y sus empleados.

Ventajas y Desventajas de las TICS

Las nuevas tecnologías de información y comunicación (TICS) representan un acceso masivo a la información al mismo momento en cualquier parte del mundo. Esto tiene sus ventajas e inconvenientes en el momento de la gestión de una crisis.

Los mayores inconvenientes residen en la capacidad de multiplicación de un hecho menor, hasta convertirlo en un acontecimiento de notoriedad inusitada.

Entre las ventajas se puede destacar la capacidad de mantener una gestión en la que se actualiza el transcurso de los acontecimientos, se ponen a disposición de los directivos los documentos que posteriormente se harán públicos, así como la capacidad de distribuir información de forma inmediata.

La comunicación en momentos de crisis

El valor de las grandes empresas radica cada vez menos en sus bienes físicos (fábricas, maquinaria, edificios, etc.), mientras que sus activos

intangibles (conocimiento y experiencia de sus empleados, imagen pública de la empresa, posicionamiento de sus productos, etc.) cobran cada vez mayor importancia en su cotización en los mercados de todo el mundo.

6. Soluciones Concuriales

Cuando las crisis empresariales derivan de una situación de insolvencia que no se ha podido solucionar por otros medios, la ley en nuestro país propone soluciones.

La situación de insolvencia es un fenómeno económico y las soluciones son herramientas de política económica.

Estas herramientas están contenidas en la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras.

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial

Es una de las soluciones concursales para gestionar la crisis, donde el deudor no necesariamente se encuentra en situación de insolvencia, sino con dificultades económicas, y adquirió fuerza concursal a partir de la Crisis Económica Argentina de 2002. A la fecha continúa en plena vigencia, compitiendo con el Concurso Preventivo en la legislación específica.

En su origen era un Acuerdo Pre-concursal, es decir previsto para enfrentar la crisis con carácter previo a la presentación en Concurso Preventivo, pero a partir de 2002 se convirtió en una herramienta netamente concursal, ya que el acuerdo logrado con los acreedores convocados tiene efectos aun para aquellos que votaron en contra, efecto éste que si bien la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) no promueve, sigue vigente en el derecho argentino.

Este instituto pues, implica llevar adelante una tramitación expeditiva, para lograr una quita sustantiva en las deudas, o un plazo, bien que exige la conformidad de dos terceras partes de los créditos comunes sujetos al mismo. Cumpliendo la tramitación se obtienen los efectos concursales sobre la minoría convocada: es obligatorio también para los disconformes.

Habrá que ver entonces la incidencia o no incidencia de estos acreedores en el negocio global, que muchas veces puede incluir acreedores bancarios o estatales que no resultan decisivos para la

actividad, con lo cual se logra una reducción de las obligaciones y se permite reconducir y reorientar la actividad empresarial.-

El Concurso Preventivo

Este instituto, que puede definirse como “el pedido condicional de la propia quiebra” permite al deudor colocarse en una posición de fuerza. En efecto, el deudor dice a sus acreedores que para el caso de no lograr una adecuada reducción de las obligaciones, ya sea por quita o por plazo, no queda otro camino que la quiebra, o la entrega de las acciones a quien pueda manejar mejor la firma.

La condición para rehabilitar a la empresa es la aprobación de un acuerdo con los acreedores en las condiciones que surgirán de la negociación que se desarrolle con éstos, siendo necesario asimismo dos tercios de los créditos comunes para lograr el efecto deseado: es decir la continuación de la actividad de la firma en manos de sus propietarios y la reducción de las obligaciones.-

Esta herramienta da las mayores posibilidades al deudor para cumplir con sus obligaciones

7. Conclusiones

El riesgo es un componente que existe en toda actividad empresarial y a la vez lo que justifica la adecuada retribución económica de las empresas, a través de sus ganancias líquidas y realizadas, debido a su importante función social.

Ante dificultades financieras emergentes de crisis de diverso tipo es importante tener a mano el repertorio de herramientas empresariales y jurídicas para su adecuado tratamiento.

Las herramientas empresariales se orientan al sano manejo y administración, a la previsibilidad de eventuales situaciones críticas, y al desarrollo de planes de contingencia frente a los principales eventos previstos.

Las herramientas societarias y concursales llevan a la negociación ya sea extrajudicial o judicial con los acreedores y participantes en

general, tendiente a lograr salvar los obstáculos que se hayan presentado, y continuar brindando bienes y servicios a la comunidad.

BIBLIOGRAFIA

- Crisis-Prone Society: A Brief Guide to Managing the Beliefs that Drive Risk in Business, Ian Mitroff & C M Alpaslam, Palgrave MacMillan, New York, 2014
- Planeamiento y Control de Gestión, Luis María Ghiglione, Macchi, Buenos Aires, 2012
- Gestión de la Crisis y Soluciones Concursales, Sabina Cocha, Tesis de Especialización, UAI, Buenos Aires, 2015