

VII Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro de la República***EL MOMENTO OPORTUNO, LA CRISIS NO SORPRENDE SI SE PLANIFICA.******María Rosa BEJARANO CASARINO y Andrea Valeria PERDOMO*****El Rol de la Empresa – Importancia de su Supervivencia**

Podemos definir a la empresa como una organización que interactúa en un entorno económico, político y social determinado, orientada a satisfacer necesidades específicas de la comunidad, disponiendo para ello de recursos humanos, materiales y financieros.

Resaltamos la importancia del rol social de la misma y consecuentemente, la necesidad de la tutela jurídica a los intereses en juego. “La empresa no aparece más como una fortaleza privada del empresario titular, sea individual o colectivo, sino como algo más que de alguna manera pertenece a todos”¹. De esta forma, la empresa cumple con su función social cuando es capaz de continuar y permanecer en el mercado. En esta inteligencia, citamos al Dr. Héctor Cámara, al referirse a la empresa: “...deber moral de sobrevivir, porque su supervivencia se ha hecho indispensable para la salvaguardia de otros intereses que los de su propietario: el pleno empleo de la población activa, de la localidad donde funciona, la prosperidad de esa localidad y de su región, la productividad máxima de los medios que moviliza, etc...”².

Creemos que resulta de suma importancia aunar esfuerzos por parte de la comunidad toda en la salvaguarda de la empresa que atraviesa por circunstancias difíciles, esfuerzos que deben manifestarse específicamente en la legislación ofreciendo un correcto y oportuno amparo jurídico.

Crisis Empresaria – La “Preinsolvencia”

Entendemos por Crisis Empresaria al momento de desequilibrio por el que atraviesa una empresa, manifestado por una serie de acontecimientos que afectan la integridad y estabilidad de aquélla. Se trata de un estado crítico del patrimonio para hacer frente a sus obligaciones antes que se desencadene la insolvencia.

Siguiendo al Dr. Jorge Fushimi, a este estadio de “Preinsolvencia” podemos conceptualizarlo como “un estado de crisis generalizada de la empresa generada por dificultades económicas, financieras o jurídicas que, sin llegar a la cesación de pagos, ameritan una solución preventiva de carácter excepcional con todos o algunos de los acreedores.”³

Es sabido que la contabilidad ajustada a las formalidades exigidas por la ley, constituye una herramienta fundamental para detectar la incapacidad del patrimonio societario. En este sentido, la vinculación de la realidad económica de la empresa con la información contable con la que cuentan los administradores y la oportunidad en que ésta es conocida, resultan imprescindibles a los fines de lograr un adecuado diagnóstico que permita afrontar la crisis tempestivamente. “La información es el primer paso para elaborar un mecanismo de ayuda en aquellas situaciones que

1 MAFFIA, Osvaldo J., “Derecho Concursal, Zavalía, Buenos Aires, 1985 p. 191.-

2 CAMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, T.I., DEPALMA, Buenos Aires, 1982, p. 88 con cita de BLOCH-LAINE, “Pour une réforme de l'entreprise”, Paris, 1963, p. 129.-

3 FUSHIMI, Jorge Fernando, “Ensayos de Derecho Empresario”, Vol. 3, FESPRESA-ADVOCATUS, Córdoba, 2008, p. 107.-

sean superables”.⁴

Sobre el particular, resulta necesario revitalizar el espíritu del artículo 43 del Código de Comercio: “Todo comerciante está obligado a llevar cuenta y razón de sus operaciones y a tener una contabilidad mercantil organizada sobre una base contable uniforme y de la que resulte un cuadro verídico de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos susceptibles de registración contable. Las constancias contables deben complementarse con la documentación respectiva”.

De esta manera, la utilización de las herramientas contables y la actuación oportuna en el giro comercial posibilitaría revelar con suficiente anticipación la crisis. Determinar las causas, vislumbrar caminos o estrategias posibles a la solución, establecer alternativas para reducir los efectos de la crisis, aparecen como respuestas cuando se cuenta con un correcto diagnóstico.

La situación fáctica por la que atraviesa la empresa cuando se detecta la aproximación de la crisis, determina el momento exacto para tomar medidas urgentes, tendientes a lograr una adecuada reorganización interna que se manifieste en un verdadero plan de negocios que excede y precede lo concursal.

Plan de Negocios - Compromiso con el Futuro

Los administradores se enfrentarán durante la vida de la sociedad con la posibilidad de pérdidas económicas o financieras y la determinación de inconvenientes en la empresa de manera precoz, aparece como presupuesto necesario para hacer frente al riesgo operativo y resguardar a la empresa.

Se trata de crear desde el seno de la sociedad, un programa que permita sortear aquellas situaciones de inestabilidad económica.

Nos referimos a una planificación preconcursal, reflejada en un “Plan de Negocios” necesariamente autónomo, es decir, producto de la voluntad societaria, creado a partir de la inminencia de una crisis, con el que intenta sobreponerse a su transición.

Entendemos por “Plan de Negocios” al conjunto de propuestas o estrategias tendientes a la reestructuración interna de la empresa a fin de superar la crisis, la comprobación de dificultades resulta el presupuesto para la elaboración del Plan. En la confección de aquél, el empresario deberá precisar la metodología a utilizar, los recursos con los que cuenta, el costo a afrontar, el cronograma de pagos de su pasivo y cómo pretende incrementar los ingresos necesarios para llevarlo adelante.

En este sentido, resulta importante destacar los avances en el derecho comparado en cuanto a la determinación de las exigencias del contenido del plan, nos referimos por ejemplo, a la ley de reestructuración peruana del 30 de diciembre de 1992, que reza “...plan de reestructuración al que se sujetará la empresa durante el proceso de resaneamiento, en el que se detallará cuando menos, las acciones que se propone ejecutar, el cronograma de pago de los créditos hasta su cancelación, el financiamiento de la inversión requerida para la continuación de la actividad de la empresa...”⁵.

4 MAFFIA, Osvaldo J. y B. de MAFFIA, María Ofelia, “Legislación Concursal”, ZAVALIA, Buenos Aires, 1979, p. 145.-

5 LA LEY, 1995-D, 1062.-

Los lineamientos en la elaboración del plan deben contener previsiones de viabilidad del mismo, debe ser razonable, de posible cumplimiento atendiendo a la realidad por la que está atravesando la empresa, basado en datos veraces. Constituyen principios básicos y rectores en la preparación de aquél la buena fe y la legalidad.

“Quien no demuestra la capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico, y proponiendo a sus socios, acreedores y/o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones”⁶. Desde esta perspectiva, sólo aquella empresa viable y socialmente útil es la única que merece preservarse.

Desde un enfoque societarista, para las sociedades anónimas, la memoria constituye el instrumento clave a los fines de avizorar la crisis. La relación clara y precisa de las políticas y perspectivas futuras contenidas en la memoria, pone en manos de los accionistas y administradores la información necesaria para la confección del plan. Como dice el Dr. Efraín H. Richard, “de su redacción se desprende la intención del legislador de suministrar a los socios un sistema de información muy completo, que se integra con el balance, los cuadros anexos, las notas y el informe del síndico (cap. I- Sec. IX art. 294-inc. 5,LSC)...”⁷.

De esto se colige, que la diligencia de los administradores en la correcta elaboración de los instrumentos contables, está directamente relacionada con la responsabilidad que a los mismos se les puede indilgar cuando la crisis se avecina. “Actuando como buen hombre de negocios, se impone al administrador societario como deber de lealtad, informar a los socios para que estos colaboren en la asunción de la crisis.”⁸.

Derecho Comparado

La legislación comparada desde hace más de 50 años, exhibe soluciones preconcursales en miras a la superación de la crisis empresarial. Como ejemplos podemos mencionar: la Corporate Rerorganization norteamericana de 1933, la administración controlada de la legge fallimentare (1942), el régimen parecido de 1956 en Grecia, la suspensión provisoria de las ejecuciones y plan para depurar el pasivo regulados por la ordenanza francesa del 23 de septiembre de 1967, la ley holandesa de 1976 sobre sociedades de empresa, la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis establecida en Italia por ley del 3 de abril de 1979..., citadas por Maffía, en “Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial”⁹.

Estas normas centran su atención en diferentes estrategias que se pueden llevar a cabo en la etapa previa a la insolvencia, tales como: “suspensión provisoria de las ejecuciones”, “regulación de la refinanciación”, “perspectiva de reinserción de la empresa”, “actualización de balances y control efectivo por los síndicos de las sociedades”, “plan de reflatamiento de la empresa”, entre otras.

6 RICHARD, Efraín Hugo, “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA, Córdoba, 2010, p. 235.-

7 RICHARD, Efraín Hugo, “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA, Córdoba, 2010, p. 319.-

8 RICHARD, Efraín Hugo, “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA, Córdoba, 2010, p. 251.-

9 AR/DOC/18836/2001.-

Sobre esta última idea, destacada doctrina en la que se enrola el Dr. Osvaldo J. Maffia, al referirse a la ley francesa del 10 de Junio de 1994, en su artículo “Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (III)” dice “... el proyecto del plan determina las perspectivas de resaneamiento en función de posibilidades y de modalidades de actividad, de la situación del mercado y de los medios de financiación disponibles. Ese proyecto define las modalidades de arreglo del pasivo ... la eventual necesidad de quitas, las ventas que sea posible efectuar sin comprometer la prosecución de la empresa, la necesidad de incorporar capitales o el modo que fuere mejorar el activo”¹⁰.

El régimen italiano mediante de la Ley 80 del 14 de mayo de 2005 impone la exigencia de un plan con el que el deudor aspira a superar la crisis y la satisfacción de los acreedores. Por su parte, el derecho español, en su anteproyecto de 1983 indica que el plan de salvataje debe mencionar las sumas que irrogará y el modo de obtener esos fondos, del mismo modo la ley peruana instituye la obligación por parte del deudor de brindar explicaciones acerca de las acciones a seguir en la ejecución del plan de reestructuración.

De lo expuesto, resulta evidente que se ha dado un paso importante en esta materia en el plano internacional, tendencia que esperamos sea adoptada en nuestra legislación en pos de brindar soluciones tempranas que garanticen la continuidad de la empresa.

Legislación Nacional

En relación a lo enunciado precedentemente, señalamos que uno de los inconvenientes más grandes de nuestra legislación es el problema temporal. La ley 24.522 aborda la crisis empresarial de manera tardía, es decir, cuando la compañía se encuentra en estado de cesación de pagos.

Lo cierto es que, en nuestro país, no existe un tratamiento de “Preinsolvencia” como en legislaciones modernas. Desde hace tiempo, el derecho comparado viene dando soluciones que tienden a superar la problemática con remedios tempestivos ante los primeros síntomas de la crisis, evitando que la insolvencia deje a la empresa sin otro camino que el del “Concurso Preventivo”.

El estado de cesación, de pagos entendido como “la imposibilidad de un patrimonio de hacer frente a sus obligaciones con sus recursos regulares”¹¹, constituye un presupuesto objetivo para la apertura de los procesos concursales. Es así, que nuestra legislación ofrece como soluciones paliativas a la crisis, el acuerdo preventivo extrajudicial y el concurso, “Ambos institutos, denominados preventivos, en rigor son preventivos de la quiebra y no de la cesación de pagos...”¹².

Siguiendo a Maffia, afirmamos, “La protección, para que sea operante, debe ser preconcursal; de ser posible, cuando la insolvencia no hizo aún estragos irreversibles”¹³.

Conclusión

Nos permitimos concluir que, resulta de vital importancia la determinación del estadio de

10 LA LEY, 1995-E, 1107.-

11 FAVIER DUBOIS (P.), E.M., “Concursos y quiebras. Ley 24.522”, 3ra. edición actualizada, EREPAR, Buenos Aires, 2012 p. 3.

12 FUSHIMI, Jorge Fernando, “Ensayos de Derecho Empresario”, Vol. 3, FESPRESA-ADVOCATUS, Córdoba, 2008, p. 107.-

13 MAFFIA, Osvaldo J. y B. de MAFFIA, María Ofelia, “Legislación Concursal”, ZAVALIA, Buenos Aires, 1979, p. 143.-

“Preinsolvencia” como el momento preciso para la reestructuración empresarial. Consideramos que prevenir la cesación de pagos debiera constituir el objetivo irrenunciable de una legislación concursal moderna, y para ello se debe facilitar a los administradores de herramientas eficaces con las que puedan hacer frente a la crisis desde estadios muy preliminares.

En ausencia de tratamiento oportuno, la ley 24.522, regula el concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial, institutos que aparecen como remedios tardíos a fin de evitar la crisis. Pensamos que la eficiencia pasaría no solo por eliminar el estado de crisis, sino en hacerlo tempranamente.

En este aspecto, destacamos el desarrollo de legislaciones modernas de derecho comparado que abordan la problemática de manera prematura, y que creemos, deben ser tomadas en nuestra legislación como referencia en futuras reformas.

Adhiriendo a la doctrina de Maffía, entendemos que el “Plan de Negocios” originado ante la preinsolvencia, constituye el instrumento fundamental para la recuperación económica y social de la empresa. Formalizado ese proyecto el empresario podrá asumir la crisis, y a partir de ello, definir las posibilidades de arreglo del pasivo sin comprometer la prosecución de la empresa.