

# LAS DECISIONES PARA SUPERAR LA CRISIS DE LA EMPRESA POR MECANISMOS DE GESTION Y EXTRA JUDICIALES

Por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (P) Y EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H)

## 1.-INTRODUCCIÓN.

Esta colaboración tiene por objeto indagar la crisis empresarial desde la perspectiva de sus causas y de las opciones que tiene el deudor para revertirlas mediante mecanismos de gestión de modo de evitar llegar a un estado de cesación de pagos que solo pueda ser atendido mediante un remedio concursal parcial o totalmente compulsivo (el concurso preventivo o la quiebra).

Al respecto, se detallan ciertos indicadores del desequilibrio empresario, se propone un diagnóstico, se brindan pautas para la toma de decisiones informadas y se pasa revista a un catálogo de medidas posibles de gestión con aptitud para revertir la situación, incluyendo el comité de crisis y el manejo de las comunicaciones.

En último término, se analiza la opción del Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) sin cesación de pagos, valorándose sus fortalezas y debilidades y la posibilidad del dictado de medidas cautelares de protección de la empresa.

## 2.-LA CRISIS DE LA EMPRESA.

### 2.1.-CONCEPTOS.

En términos generales, una crisis es el estado de desequilibrio o desorganización producido por el impacto de una situación que altera la vida y que sobrepasa la capacidad habitual de las personas para enfrentar problemas.

Una crisis es también un momento en la vida de un individuo, en el cual debe enfrentar, de manera impostergable, una situación de conflicto de diversa etiología, la cual es incapaz de resolver con sus mecanismos habituales de solución de problemas, debido a que el sujeto presenta una pérdida de

control emocional, se siente incapaz e ineficaz y está bajo la presión del tiempo para resolver el conflicto[1].

Respecto de una organización, una crisis es un acontecimiento extraordinario o una serie de acontecimientos que afectan de forma diversa a la integridad del producto, a la reputación, a la estabilidad financiera de la organización o a la salud y el bienestar de los trabajadores, de la comunidad y del público en general.

También una crisis puede ser cualquier evento que amenaza la imagen y reputación de una empresa, compañía o persona, que tiene el potencial de generar publicidad negativa y de tomar un tiempo extraordinario por parte del equipo directivo para enfrentarlo

En cuanto a la “empresa en crisis” hay un concepto riguroso, definido por la Unión Europea[2] de la siguiente forma:

“Una empresa se encuentra en crisis si es incapaz, mediante sus propios recursos financieros o con los que están dispuestos a inyectarle sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas que la conducirán, de no mediar una intervención exterior, a su desaparición económica casi segura a corto o medio plazo”.

Pero para el mismo Organismo, en un concepto más amplio que atiende a cada caso, aun cuando no se presente ninguna de las circunstancias establecidas anteriormente, se podrá considerar que una empresa está en crisis en particular cuando estén presentes los síntomas habituales de crisis como:

-el nivel creciente de pérdidas

-la disminución del volumen de negocios

-el incremento de las existencias

-el exceso de capacidad

-la disminución del margen bruto de autofinanciación

-el endeudamiento creciente

-el aumento de los gastos financieros

– el debilitamiento o desaparición de su activo neto.

Por su parte la “cesación de pagos” es un concepto financiero, no patrimonial, que se define legalmente como la imposibilidad de un patrimonio de hacer frente a sus obligaciones con sus recursos regulares[3].

Se trata de un desequilibrio entre ingresos y egresos del flujo operativo (perdida del equilibrio) que puede medirse por la contabilidad de gestión[4] mediante los “ratios”[5] de “liquidez” propios de la contabilidad analítica[6].

Por eso, no se identifica con las “dificultades económico-financieras de carácter general”[7] sino que implica un paso más allá en la cual la situación de desequilibrio es permanente e irreversible.

La “cesación de pagos” desde el punto de vista legal es, conceptualmente, diversa a la “insolvencia” prevista por el código civil para la acción de revocación de actos jurídicos o “pauliana” del art. 962 del código civil.

Mientras la primera se refiere a una situación financiera de falta de recursos regulares para atender a las obligaciones exigibles, la segunda se refiere a una situación patrimonial en la cual el activo es inferior al pasivo más patrimonio neto[8].

De tal diferencia resulta que puede haber cesación de pagos sin insolvencia y que puede haber insolvencia sin cesación de pagos.

Sin embargo, en muchos casos, cesación de pagos e insolvencia se manifiestan en forma conjunta o una lleva, con el tiempo, a la otra[9].

En definitiva, la crisis empresaria es un estado de desequilibrio que puede irse agravando hasta llegar a una etapa terminal donde se convierte en permanente e irreversible, en cuyo caso se está ante una “cesación de pagos” aun cuando la empresa no haya cesado en sus actividades.

Para el Derecho Concursal Argentino, el presupuesto objetivo de los procedimientos de concurso preventivo y de quiebra es la “cesación de pagos” [10], (art.1º ley 24.522) salvo contados supuestos atípicos[11].

En cambio, para el procedimiento de Acuerdo Preventivo Extrajudicial, también son relevantes las “dificultades económico-financieras de carácter general” (art. 69 LCQ).

De todos modos, en esta colaboración, en consideración a su objeto y por comodidad lingüística, utilizaremos indistintamente las palabras “crisis empresaria”, “cesación de pagos” e “insolvencia” como sinónimos[12], salvo precisión expresada.

## 2.2.-LAS CAUSAS DE LA CRISIS.

Las causas de la crisis de una empresa con entidad para conducirla hacia la cesación de pagos pueden ser muchas y generalmente son más de una en cada caso.

Generalmente se las clasifica, según la responsabilidad del deudor, en causas externas y causas internas, aunque en la mayoría de los casos la cesación de pagos obedece a una conjunción de ambas categorías o a causas mixtas.

Las causas externas se refieren a variaciones en el entorno de la empresa.

Entre las más frecuentes se destacan: crisis general, recesión económica, hiper inflación, cambios legislativos, restricciones gubernamentales a la comercialización, competencia desleal, variaciones en el mercado, aumentos de costos (incluidos intereses usurarios, impuestos y salarios) no trasladables, siniestros externos, inundaciones, demandas o embargos ajenos a la actividad de la empresa, pérdida de proveedores o clientes claves, incumplimientos graves de terceros o rescisiones de contratos.

Entre las causas internas, o sea originadas en la propia estructura o actuación de la empresa, se encuentran las siguientes: sobreendeudamiento, “infracapitalización”[13], malas decisiones de

dirección o de administración o ausencia de las decisiones debidas, estructura deficitaria, exceso de personal; créditos incobrables, crecimiento insustentable, fraude, vaciamiento, insolvencia dolosa, graves conflictos entre socios (en particular en la empresa familiar[14]); paralización de la gestión por empate, conflictos y demandas laborales y fiscales; siniestros internos, etc.

### 2.3.-LA CRISIS COMO UN PROCESO HACIA LA CESACION DE PAGOS.

Ahora bien, como regla, la cesación de pagos no es algo inmediato sino que obedece a un proceso de deterioro de la situación económico financiera.

Así, se pasa por distintos y sucesivos estados: crisis latente, crisis que comienza a manifestarse, crisis que avanza, crisis que se generaliza, crisis total, profunda e irreversible: la cesación de pagos[15].

Todos estos estados se pueden agrupar en tres etapas relevantes:

Una primera, cuando hay dificultades y desequilibrios pero la situación todavía es reversible si se toman en tiempo y forma las medidas adecuadas (“decoctionis proximus”).

Una segunda, cuando ya la cesación de pagos es general, irreversible y permanente y solo puede superarse a través de alguna herramienta legal de las brindadas por el ordenamiento concursal[16] (“cessans”)

Finalmente, la tercera etapa se presenta cuando la empresa cesa completamente sus actividades, sea como consecuencia de la quiebra (“decoctus”) o por otro motivo.

En la primera etapa, algunas de las situaciones financiero-patrimoniales indicativas de la mala situación de la sociedad, que pueden conllevar la insolvencia futura son:

Resultado de explotación negativo

Excesivos costos financieros en la cuenta de resultados

Insolvencias de clientes significativas

Falta de líneas de financiación bancaria

Reducción significativa de la cifra de negocios

Dificultad para reducir el peso del costo de personal sobre la facturación

Previsiones futuras poco optimistas

Solicitud de aplazamientos de Impuestos o de la Seguridad Social

Algún mes de sueldos sin pagar

Excesivo endeudamiento financiero

La no disponibilidad de garantías para otorgar a los bancos

Fondo de maniobra negativo

Todas estas circunstancias deben encender las alarmas de la empresa para darse cuenta de que está entrando en un proceso de graves dificultades financieras que pueden acabar en la cesación de pagos de la misma[17].

### 3.-MEDIDAS DE INTERVENCION SOBRE LA EMPRESA EN CRISIS.

#### 3.1.-DIAGNÓSTICO DE SITUACION.

Como se señaló en otra colaboración[18], junto con la contención del empresario hay que hacer, en forma urgente, un diagnóstico de la situación de la empresa que permita determinar si aún se pueden intentar medidas en el área administrativa y financiera o si ya es indispensable acudir a alguna herramienta judicial concursal.

Para ello, por un lado, debe recabar información sobre la real situación de la empresa, de sus ingresos y egresos, de sus acreedores y de sus riesgos jurídicos y materiales inmediatos, como así de los activos y pasivos personales del empresario y su grupo familiar.

Para este trabajo no deberá quedarse con lo que el empresario le informe sino ver documentos, elementos contables y expedientes, como así visitar la empresa y recabar información precisa, fidedigna y documentada de los contadores, del personal y demás colaboradores, así como de terceros acreedores y registros bancarios y de deudores.

Una vez lograda la información debe ser evaluada para poder analizar las causas de la crisis y las medidas idóneas para revertirla (mejor escenario) o reducir sus efectos (peor escenario)[19].

### 3.2.-TOMA DE DECISIONES.

La toma de decisiones en general, y en particular en una empresa, está sujeta a ciertas reglas que la ciencia de la administración ha ido elaborando[20], las que requieren cumplir los siguientes pasos

- 1.-La determinación precisa del problema.
- 2.-La recopilación de toda la información necesaria
- 3.-La formulación de las posibles alternativas.
- 4.-La evaluación de las alternativas y elección de la mejor.

En este proceso es fundamental contar con la mayor información posible y con las opiniones de asesores y especialistas cuando es necesario.

Al respecto, es muy importante que el abogado “empresarista”, interno o externo, cumpla adecuadamente su rol en una cuestión “fuera de control”, como es la crisis, actuando en una posición ecléctica moderada y racionalmente equilibrada[21].

Asimismo, el intercambio de ideas entre las personas con capacidad de decidir debe hacerse cumpliendo las lógicas etapas divergente (explorar todas las posibilidades) y convergente (quedarse con la mejor) y conforme con las reglas de enriquecimiento que resultan de diversas técnicas como las siguientes:

La del “torbellino de ideas” o “brainstorming”, que parte de la base de que cada uno puede introducir libremente ideas no elaboradas a la discusión bajo condición que no haya críticas ni censura de los demás que desalienten nuevos aportes.

La de “los sombreros para pensar”[22] técnica de Edward de Bono que postula separar la persona de la idea que ella propone de modo de evitar subjetividades emocionales de ataque y defensa, mediante la utilización sucesiva y alternativa durante las reuniones de diversos puntos de vista o sombreros: blanco (datos empíricos), negro (aspectos negativos, abogado del diablo), rojo (emociones), amarillo (aspectos positivos), verde (creatividad, provocación) y azul (organización de las ideas).

La utilización de la matriz F.O.D.A. que es un difundido método de análisis de un caso donde se busca determinar, comparar y evaluar las Fortalezas, Oportunidades, Desafíos y Amenazas de la situación.

A ello se suma que, estando la empresa en crisis, es fundamental la celeridad para reunir información, decidir y ejecutar.

### 3.3.-LA ACTUACIÓN DE UN COMITÉ DE CRISIS.

Para enfrentar una crisis, algunas empresas de cierta envergadura cuentan con un «Comité de Crisis».

Se trata de un grupo pre-constituído que permite establecer un marco de contención y tranquilidad durante la crisis, y decidir y cumplimentar los procedimientos en procura de una resolución rápida y eficaz, con el objetivo de lograr la superación de la crisis financiera de la manera menos traumática posible.

Se señalan como sus funciones:

- La dirección, coordinación y toma de decisiones durante el proceso de crisis;
- Fijar las políticas de la Empresa en situaciones de crisis;
- Redactar y Difundir todos los procedimientos correspondientes a la emergencia;
- Establecer las Responsabilidades de cada uno de sus miembros.

Se le atribuye la misión de:

- Establecer un marco de contención y tranquilidad durante la crisis;
- Identificar la crisis rápidamente;
- Aislar la crisis rápidamente;



– Manejar la crisis rápidamente;

– Decidir y cumplimentar los procedimientos en procura de una resolución rápida y eficaz, con el objetivo de lograr la superación de la crisis.

En el comité de crisis se integra la alta dirección y los responsables de diversas áreas, dependiendo del tipo de empresa que se trate: legal, producción, finanzas, logística, recursos humanos y, por supuesto, comunicación, como así con un manual de crisis[23].

Como es posible que en el caso no existan ni el comité de crisis ni el manual, el asesoramiento debe apuntar, cuando la envergadura de la empresa lo aconseje, a la creación de un “comité de emergencia” que permita atender las contingencias sin afectar la marcha del negocio.

Dicho comité podrá tener una configuración tradicional o “ad hoc”, estar integrado por el presidente de la compañía, un gerente, un asesor legal y un asesor en comunicaciones, con experiencia, antecedentes y disponibilidad de tiempos, y tendrá por objetivo adoptar las decisiones necesarias para gestionar y superar la crisis.

### 3.4.-MEDIDAS DE GESTION A CONSIDERAR Y DECIDIR.

Si la crisis está en su primera etapa, sin cesación de pagos irreversible, las alternativas pueden ser alguna, algunas o todas las siguientes:

Introducir cambios que impacten sobre la competencia, los procesos o los productos.

Proteger la caja de la empresa con un fideicomiso[24].

Reducir el personal[25], espacios e instalaciones, u otros gastos fijos no indispensables.

Renegociación de pasivos con los acreedores relevantes (Bancos y proveedores)

Renegociación de las condiciones de los contratos en curso y cambio de las condiciones futuras

Fusión o escisión para ganar por dimensión.

Inyección de fondos al negocio mediante:

Nuevos aportes de los propietarios.

Venta de activos improductivos o de bienes de escasa rotación

Reestructuración de la acción de ventas

Cobro anticipado de cuentas a cobrar

Préstamos a largo plazo en el circuito financiero formal

Préstamos privados

Subsidios públicos

Incorporación de inversores o nuevos socios.

Emisión de obligaciones negociables.

Fideicomisos sobre activos actuales o futuros.

Adoptadas las alternativas deberá hacerse un plan de emergencia y/o de recuperación y/o de reingeniería con un cronograma de pasos y tareas y designándose los responsables y su control[26].

### 3.5.-LA COMUNICACIÓN.

La comunicación es fundamental en una empresa, tanto en su nivel interno: administradores y personal, cuanto en su nivel externo: socios, proveedores, clientes, consumidores, gobierno, competidores y mercado en general[27].

De la buena imagen de la empresa construida mediante la comunicación dependen tanto el clima interno de trabajo y motivación de los funcionarios y empleados, como el nivel externo de aceptación y confianza sobre el cumplimiento de sus compromisos y calidad de productos y servicios.

Ahora bien, cuando una empresa está en crisis ¿cómo debe ser la comunicación?

Para dar una respuesta debe tenerse en cuenta que la actividad empresarial gira en torno del crédito y que la economía funciona en base a expectativas de desempeño o rendimiento futuros[28].

Por ende, si la propia empresa comunica al mercado que está atravesando una crisis el crédito se le va a retraer o encarecer y, como consecuencia, la crisis se va a agravar por falta de liquidez o mayores costos y la empresa precipitará su caída.

Paralelamente, si se le hacen saber todos los problemas al personal, éste puede preocuparse, angustiarse, rendir menos o desmotivarse ante un posible despido o merma de salarios.

Es por eso que consideramos que en materia de comunicaciones durante la crisis debe trabajarse con mucha prudencia y a dos niveles.

Respecto de la crisis en sí misma y de su gravedad, como así con relación a las consultas hechas o planes de emergencia en curso, debe guardarse la mayor confidencialidad interna y externa.

Sin perjuicio de ello, debe haber una voz única, responsable y autorizada, que pueda “explicar” interna y externamente, mediante los respectivos comunicados o por las vías habituales formales e informales, el menor desempeño de la empresa o los motivos de algunos incumplimientos, en términos de causa externa, transitoriedad y posibilidades de rápida superación, como modo de mantener lo mejor posible la reputación hasta que las medidas en curso tengan resultado.

#### 4. LA OPCION DEL ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL (A.P.E.).

Finalmente, si la empresa aún no se encuentra en estado de cesación de pagos irreversible, pero está padeciendo “dificultades económicas y financieras de carácter general” otra opción entre las medidas extrajudiciales disponibles, aunque luego debe llevarse a los Estrados, es el acuerdo preventivo extrajudicial (A.P.E.), previsto por los arts. 69 a 76 de la ley 24.522 modificada por la ley 25.589.

##### 4.1. CARACTERÍSTICAS. DEBILIDADES Y FORTALEZAS.

En la ley 25.589 aparece la figura del “acuerdo preventivo extrajudicial”, como un nuevo instituto, sustantivamente diverso a su versión anterior, que presenta como características: a) la necesidad de gestionar y lograr un acuerdo extra judicial con los acreedores relevantes hasta obtener la mayoría exigida por la ley (2/3 de capital y 51% de personas), donde resulta recomendable cumplir los principios recomendados por el INSOL[29]; b) la posibilidad de presentarlo ante el juez concursal para que, cumplidos ciertos recaudos contables, documentales e informativos, y previa oportunidad de oposición de los acreedores, sea homologado con efecto de ser obligatorio para todos los acreedores, incluso a los que no participaron en el acuerdo.

De la normativa legal resulta, por un lado, una muy escasa regulación y un pobre control, sin procedimiento de verificación de créditos ni actuación de un síndico.

Y, por el otro, el tremendo efecto de que, a pesar de ser obtenido el acuerdo en forma extrajudicial, una vez homologado se hace oponible aún a los acreedores que no participaron en el mismo.

Más allá de las críticas iniciales, y una vez consolidados ciertos criterios, pudo el APE, en sus primeros años de vida, funcionar razonablemente en materia de la reestructuración de pasivos de empresas “cotizadas”, donde la jurisprudencia tuvo además oportunidad de consolidar criterios en materia del tratamiento de las obligaciones negociables.

También la experiencia de los últimos años evidenció a las claras ciertas ventajas del APE respecto del concurso preventivo en materia de agilidad –habiéndose admitido el APE parcial para deudas financieras que permite continuar normalmente con las operatorias comercial-, de menores costos y de menores riesgos: no hay “cramdown” ni quiebra por frustración.

Por otro lado, se percibieron desventajas vinculadas a la menor protección judicial del deudor, a la imposibilidad de revisar procedimientos fiscales y sentencias, a la no suspensión de intereses y, particularmente, como consecuencia de la poca claridad de la formulación legal, a la inseguridad derivada de los amplios márgenes de discrecionalidad judicial.

Pero, sin duda, el aspecto que más críticas ha despertado es la ausencia de contradictorio derivada de la inexistencia de una etapa verificatoria y de un órgano sindical de control, lo que se puede prestar a maniobras de ocultamiento y ha dado lugar a algún valioso pronunciamiento pretoriano imponiendo una auditoria contable al deudor (M.O.D.O.)[30].

#### 4.2.-LAS PYMES FRENTE AL A.P.E.

Se discute si una PYME puede acceder a un APE.

Es que así como el régimen concursal en general (concurso preventivo y quiebra) carece de adecuada regulación dimensional, en tanto el distingo entre el “pequeño” y “gran” concurso es casi inexistente, en materia de APE ni siquiera hay un distingo nominal.

Por eso se trata de establecer si una persona que no lleva contabilidad legal, o sea con libros rubricados o con una autorización para llevar contabilidad informática, puede o no acudir al mecanismo del APE.

A favor de una respuesta afirmativa se ubica aquella doctrina que entiende que no existe una limitación legal expresa y que todo sujeto que puede concursarse –para lo que no hace falta contabilidad legal- puede también “apearse”.

Esta respuesta admitiría un par de sub-posturas.

Una de ellas es la que entiende que, al igual que en el concurso preventivo, quien no lleva libros y es “comerciante” o al menos desarrolla una actividad de cierta complejidad patrimonial, debe por lo menos presentar una contabilidad “sustancialmente” bien llevada, aun cuando no resulte de libros rubricados, que permita conocer debidamente su situación patrimonial.

Otra postura se refiere al APE de quien no es comerciante ni desarrolla una actividad compleja (ama de casa, empleado, jubilado), o sea el simple consumidor, a quien no cabría exigirle contabilidad alguna sino en todo caso una declaración patrimonial.

En el extremo opuesto, en una respuesta negativa al APE, se ubican los que entienden que en ningún caso procede este remedio si no hay contabilidad legal y confiable.

Para ello parten de la base de que la estructura “unilateral” del APE, donde no hay verificación de créditos ni control del síndico, exige la mayor certeza respecto de los registros del deudor que son de los cuales va a derivar su listado de acreedores y la obtención o no de las mayorías con el acuerdo.

Por nuestra parte coincidimos con esta última posición.

Es que el quiebre de la regla general de unanimidad contractual solo puede estar fundada en la cesación de pagos y en la conveniencia social de continuar una empresa.

Si ninguno de ambos recaudos se exigen en el APE, donde bastan las dificultades económico financieras de carácter general y no hay referencia alguna a la empresa, al menos resultará indispensable poseer información confiable sobre el activo y el pasivo, lo que en nuestro derecho solo puede resultar de la contabilidad legal.

#### 4.3.-LAS FACULTADES JUDICIALES.

La otra cuestión relevante se refiere a las facultades judiciales frente al APE.

Como ya se señalara nuestro sistema pasó de un régimen de amplias facultades explícitas (ley 19.551), a facultades formalmente negadas (ley 24.522). Si bien es cierto que vigente ésta última ley podría inferirse del ordenamiento general el mantenimiento de, al menos, algunas facultades judiciales (las del control legal, no de mérito), es indudable que la falta de exteriorización legal influyó sobre muchas decisiones judiciales del período.

Con el re-establecimiento de las facultades explícitas en la ley 25.589 para el concurso preventivo, el debate se traslada a su aplicación o no en el caso de una APE en tanto la ley, en el capítulo respectivo, manda al juez homologar siempre que “estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones” (art.75, segundo párrafo).

En el punto ya se venía sosteniendo en reuniones académicas que, a pesar de la parquedad de la fórmula legal, la ausencia de suficiente contradictorio, al no haber verificaciones ni sindicatura, lejos de reducir acrecentaban las facultades judiciales para controlar la legalidad del APE y sancionar los posibles abusos.

En la jurisprudencia se advierte que, a diferencia de la diversidad de opiniones sobre la necesidad de la contabilidad legal, en materia de facultades legales hay cierto consenso jurisprudencial a favor de la postura que concede amplios poderes a los jueces.

Al respecto cabe destacar el nuevo fallo en el caso M.O.D.O. donde se utilizan los elementos recolectados a través de la auditoría designada en el fallo anterior para tener por comprobada la existencia de una empresa real y la consistencia de su patrimonio.

Por nuestra parte no podemos sino coincidir con la postura afirmativa de las amplias facultades judiciales, las que en su momento sirvieron para rechazar la homologación del APE de “Servicios y Calidad S.A.” por tratarse, fundamentalmente, de un acuerdo abusivo donde se había licuado indebidamente la participación del acreedor ausente en las mayorías[31].

4.4.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL APE[32].

En el A.P.E., sólo el art. 72, último párrafo, en su versión original, aludía a una medida cautelar al disponer que desde el momento de la presentación del pedido de homologación “...quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor en los términos previstos en el art. 21, incs. 2 y 3”.

La imperfección de dicha norma había dado lugar a diversas interpretaciones siendo la predominante la que entendía que se suspendían los juicios quirografarios[33] y los pedidos de quiebra[34], pero que no se suspendían las acciones fundadas en prendas e hipotecas[35].

En lo demás, nada decía ni dice el Capítulo VII del Título II sobre medidas cautelares.

La reforma de la ley 26.086 modificó el párrafo que ahora dice “Ordenada la publicación de los edictos del art. 74, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuestas por el art. 21”.

A su vez, el nuevo art. 21, como ya se destacó, establece un sistema por el cual prácticamente se derogan la suspensión y el fuero de atracción ya que éstos quedan limitados a los juicios ejecutivos y a los de conocimiento donde el actor opte directamente por no continuarlos y presentarse a verificar, lo que no puede hacer en caso de litisconsorcio pasivo necesario.

Más allá de la reforma, en materia de medidas cautelares, se mantienen los dos grandes interrogantes oportunamente formulados.[36]

El primero se refiere a si son o no aplicables las medidas cautelares típicas y atípicas previstas para el concurso preventivo. Dicha cuestión se engloba en un problema mayor cual es la de determinar si las reglas del concurso preventivo son supletoriamente aplicables al A.P.E.[37]

El segundo interrogante, en caso de respuesta afirmativa dada al anterior, se refiere a la fijación de los alcances que tales medidas podrían tener en el caso del A.P.E. en consideración a un particular efecto: el rechazo de la homologación no implica la quiebra del deudor[38].

Una orientación para dar respuesta a esas preguntas está dada por la naturaleza del A.P.E.. Si, como sostiene Truffat, se trata de un subtipo o subespecie del concurso preventivo[39], correspondería dar respuesta afirmativa al primer interrogante.

De lo contrario, si se entiende que se trata de un instituto ajeno al concurso preventivo, debería darse respuesta negativa.

Por nuestra parte compartimos la postura de que el A.P.E. es una subespecie del concurso y, por ende, le resultan en principio aplicables las medidas cautelares previstas para dicho proceso en la medida en que se adecuen a la naturaleza del primero.

Esto significa que tales medidas sólo podrán afectar:

a) Al deudor, a efectos de cristalizar la nómina de los acreedores y de los bienes que integran la garantía de los firmantes.

b) A los acreedores firmantes del acuerdo que consintieron la restricción de sus derechos y acciones.

c) A los acreedores quirografarios no firmantes del acuerdo en la medida en que exista verosimilitud respecto de su eventual homologación, en tanto ésta les será oponible.

En cambio, las medidas no podrán afectar a acreedores ajenos a los eventuales efectos de la homologación como son los prendarios e hipotecarios.

Ello, salvo el caso de necesidad y urgencia evidentes, cuando de ello dependa la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores, en el cual puede ordenarse la suspensión transitoria de una subasta prendaria o hipotecaria en los términos del art. 24 L.C.Q.[40] [41].

#### 4.4.1.-LAS MEDIDAS CAUTELARES AL MOMENTO DE LA PRESENTACIÓN DEL A.P.E.

Al momento de la presentación judicial de un A.P.E. el tribunal debe hacer un juicio de verosimilitud respecto de la adecuación de la petición a las normas legales respectivas y del cumplimiento de los requisitos formales exigidos.



En dicha oportunidad consideramos procedente el dictado de algunas medidas cautelares propias del concurso preventivo que, en el caso del A.P.E., tienen mayor fundamento, como son las siguientes:

a. Intervención de los libros de la deudora:

Si el fundamento de la intervención de los libros en el concurso preventivo (art. 14 inc. 5º L.C.Q.) radica en la necesidad de evitar ulteriores llenados, alteraciones o agregados que afecten su sinceridad en perjuicio de la verídica reconstrucción de las operaciones de las que resultan los bienes y los créditos[42], con mayor razón dicha medida se justifica en el A.P.E.[43], a nuestro juicio con un doble fundamento: a) no hay verificación y la condición de acreedor sólo se funda en la contabilidad (art. 72 inc. 2º L.C.Q.), que debe ser insospechada; b) no hay sindicatura que ulteriormente compulse, controle o audite los libros (arts. 33 y 39 inc. 4º L.C.Q.)

Por otro lado, la exigencia de una certificación contable (art. 72 inc. 2º L.C.Q) resulta necesaria pero no suficiente tal como acontece en el concurso preventivo (art. 11 inc. 5º) donde no obsta a la intervención de los libros (art. 14 inc. 5º).

b. La inhibición general de bienes:

Es una medida procedente en tanto resulta razonable que a la cristalización del pasivo quirografario de la deudora al momento de presentación del acuerdo (en rigor a la fecha de cierre pactada), se le corresponda la inmovilización de los activos tenidos en mira por los acreedores al momento de suscribir el acuerdo, y sin perjuicio de que se autorice el levantamiento ante situaciones puntuales[44]. En este caso también la ausencia de un síndico vigilante coadyuva a la procedencia de la medida[45].

c. La interdicción de salida de los administradores:

Conservando el juez las facultades del art. 274 L.C.Q., que incluyen las relativas a la investigación de los hechos, y toda vez que la doctrina mayoritaria entiende que al momento de homologar le asisten las atribuciones del art. 52 L.C.Q., reformado por ley 25.589, en plenitud[46], no cabe dudar de la procedencia de la interdicción de salida como medida destinada a lograr hacer comparecer a los administradores en cualquier momento para requerir las explicaciones del caso.

4.4.2.- MEDIDAS CAUTELARES ULTERIORES:

Durante el trámite del A.P.E., y hasta su homologación o rechazo, el juez se encuentra habilitado a dictar medidas cautelares entre las que se cuentan:

a. Suspensión de la ejecución de medidas cautelares trabadas antes de la presentación.

Al igual que en el concurso preventivo (art. 21 ante último párrafo), debe entenderse que las medidas cautelares trabadas en los procesos no atraídos (salvo los de expropiación y familia) deben ser levantadas por el juez del APE previa vista a los interesados. Es que, de lo contrario, se frustrarían los efectos de la eventual homologación del acuerdo.

b. Designación de un síndico ad hoc:

La carencia de síndico agrava el déficit del contradictorio quedando como único e insuficiente mecanismo el sistema de oposición de los acreedores previsto por el art. 75 L.C.Q.

Por otro lado y, como se señaló, la doctrina mayoritaria considera aplicables las facultades judiciales del art. 52 al momento de juzgar la homologación de un A.P.E.[47]

Sobre tales bases, cuando con motivo de una oposición, de una homologación pendiente, o de otra situación especial, el juez requiera contar con una investigación, constatación, cálculo y/u opinión imparcial, profesional y fundada, entendemos que posee facultades para designar un síndico ad hoc[48], a extraer por sorteo de la lista de síndicos del juzgado, "A" o "B", según el caso.

Al respecto cabe señalar la sentencia dictada en fecha 17-05-04, en los autos "Modo Sociedad Anónima de Transporte Automotor s/ Acuerdo preventivo extrajudicial" por el Dr. Kölliker Frers, entonces a cargo del Juzgado N° 16, en la cual se designaron síndicos "ad hoc", de la lista de síndicos del tribunal, para indagar la realidad del pasivo denunciado por la deudora[49].

## 5.-CONCLUSIONES.

Concluimos estas líneas exhortando a los administradores y asesores empresariales a realizar los mejores esfuerzos para agotar las medidas de gestión disponibles para la intervención de la empresa en crisis y para su reversión, antes de acudir a remedios concursales compulsivos, como son el

concurso preventivo y la quiebra, como modo de mejor preservación de los valores materiales e inmateriales que existen en torno de la empresa, entre los que se cuentan el crédito ganado y la confianza depositada por los trabajadores, proveedores, clientes y consumidores.

## FINIS CORONAT OPUS

Ver Nedel, Oscar "Crisis. Personas y empresas en dificultades", Ed. ConTexto, Resistencia, 2011, pag.33 ↑

Ver "Comunicación de la Comisión – Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (Diario Oficial nº 244 de 01/10/2004) ↑

Favier Dubois (p), E.M. "Concursos y Quiebras. Ley 24.522...", 3ª Ed.Actualizada, Bs.As.2012, Ed. Errepar, pag.3 y stes. ↑

Ver Vazquez, Roberto y Bongianino, Claudia A. "Principios de Teoría Contable", Ed. Aplicación, Bs.As., 2008, pags. 56 y 113. Biondi, Mario "La contabilidad, un sistema de información", Ed. Errepar, Bs.As. 2007, pag.156; Label, Wayne A. y Ramos Arriagada, Ramón "Contabilidad para Abogados y no especialistas", Ed. La Ley, Bs.As., 2010, pag.191. ↑

Los Ratios financieros (también llamados razones financieras o indicadores financieros), son coeficientes o razones que proporcionan unidades contables y financieras de medida y comparación, a través de las cuales, la relación (por división) entre sí de dos datos financieros directos, permiten analizar el estado actual o pasado de una organización, en función a niveles óptimos definidos para ella. ↑

Para medir la situación de liquidez de una empresa se utilizan los siguientes ratios: Ratio de liquidez inmediata = Disponible / Pasivo exigible c/p; Es el ratio de liquidez más exigente ya que tan sólo considera cómo activo líquido el dinero que tiene la empresa y lo compara con las deudas que vencen en el corto plazo (< 1 año); Coeficiente ácido = ( Disponible + clientes ) / Pasivo exigible c/p; Es más amplio que el anterior, ya que considera como activos líquidos no sólo el dinero sino los cobros pendientes de sus clientes; Ratio de liquidez = ( Disponible + clientes + existencias ) / Pasivo exigible c/p; Es el ratio de liquidez más amplio, ya también incluye las existencias de productos terminados (la empresa los venderá, generando liquidez). ↑

Concepto mencionado por el art. 69 de la ley 24.522 como uno de los presupuestos objetivos de la apertura del Acuerdo Preventivo Extrajudicial. ↑

Ello resulta del propio balance y puede anticiparse mediante ratios de solvencia, que son ratios financieros que miden la capacidad de la empresa para hacer frente a sus obligaciones, tanto en el corto como en el largo plazo, indicando el grado de compromiso existente entre las inversiones realizadas y el patrimonio de una empresa. Legalmente es una situación de pérdida total de capital que es causal de disolución de la sociedad comercial (art. 94 inc.5º ley 19.550). ↑

Desde el punto de vista legal, la cesación de pagos declarada por quiebra presume la insolvencia (art.962 inc. 1º del código civil), pero ello admite prueba en contra. ↑

Se trata de un concepto que no es unánime en derecho comparado y respecto del cuál se busca una unidad conceptual. Ver Alegría, Héctor “Objetivos y Presupuestos Concursales en el Derecho Actual (con especial referencia a la unidad conceptual del presupuesto objetivo)”, LL Suplemento de concursos y quiebras del 23-4-01, pag. 1 y stes. ↑

Ver Favier Dubois (p), E.M. “Concursos...” op.cít. pag.6. ↑

Lo que la propia ley 24.522 parece admitir en el art. 173 ↑

Ver de Favier Dubois (h), E.M. “La infracapitalización social frente a la quiebra”, en el libro “La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos”, Edit.Ad Hoc, Bs.As., 2000, pág.451. ↑

Ver de los autores: “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, La Ley, tomo 2010-E, pag.675 y “El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos”. Errepar DSE, marzo 2008, nro.244, pag.171. ↑

Nedel, Oscar, op.cít., pags.73 y 276. ↑

El concurso preventivo, el acuerdo preventivo extrajudicial y, extraordinariamente, la quiebra si hay continuación de empresa en marcha, la empresa se reestructura y se recuperan fondos por las acciones de recomposición patrimonial. ↑

El tema se vincula tanto a la conveniencia de utilizar ratios especiales para mediar la insolvencia como al de la detección anticipada de la insolvencia y al debate sobre la conveniencia de mecanismos legales al respecto. Ver Gebhardt, Marcelo “Prevención de la Insolvencia”, Bs.As., 2009, Ed. Astrea, pags. 17 y 307. ↑

Ver de los autores “Las emociones del empresario frente a la insolvencia” en Errepar, DSE, nro.316, tomo XXVI, Marzo 2014 ↑

Nedel, Oscar, op.cít. pags.74/75 y 247/252. ↑

Segade, Jose Luis “Administración de organizaciones”, Ed. Macchi, Bs.As., 2007, pag.57. ↑

Ver el valioso aporte sobre la materia de Falbo, Amílcar J. “El abogado de Empresas y el Empresario”, Ausp. por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), Bs.As., 2005, pags. 189 y 235. ↑

Ver “Seis sombreros para pensar”, Ed. Granica, Barcelona, 1996. ↑

A grandes rasgos lo que el manual de crisis debe contener es lo siguiente:

– Los contactos de todos los miembros del comité de crisis (nombre completo, puesto dentro de la compañía, dirección de correo electrónico de la compañía y otro que pueda abrir desde un puesto remoto, números de teléfono de la empresa, de casa y celulares)

– Base de datos de contactos con todos los interesados/afectados por la crisis (bomberos, policía, políticos, sindicatos, proveedores, clientes, aseguradoras, medios de comunicación, asociaciones civiles, etc.)

– Variables de riesgo y flujos de actuación

- Reportes de acontecimientos
- Documentos tipo (cartas, comunicado de prensa, etc.) ↑

Ver de los autores “Fideicomiso de protección de la caja de la empresa. Fundamento legal, ventajas y límites”, Errepar, DSE, nro. 312, tomo XXV, Noviembre 2013, pag. 1207 ↑

Habrá que tener en cuenta las disposiciones sobre procedimiento preventivo de crisis laboral (Ley 24.013, Dec. 2071/94 y Dec. 265/02) ↑

Nedel, Oscar, op.cít., pag. 274/282. ↑

Nedel, Oscar, op.cít., pag.182. ↑

En algunos casos como una profecía auto-cumplida. ↑

Son las siglas en inglés de la “Federación Internacional de Profesionales de la Insolvencia”, que declaró ocho principios en Octubre del año 2000. Ver [www.insol.com](http://www.insol.com)

↑

Ver infra. ↑

Juz. Com. Nro.9 Capital Federal, 20-7-01, “Equipos y Controles”, y C.N.Com., Sala C, 27-12-02, que revocó la exclusión con una disidencia. Verlos en “Derecho de la competencia y su control judicial”, Ed. Ah Hoc, Bs.As., 2008, pag. 477 y stes. También en LL, suplemento de concursos y quiebras del 20-5-03, pag.6.- ↑

Sobre la materia pueden consultarse las ponencias de Barreiro – Lorente (pág. 217), Junyent Bas – Musso (pág. 235) en “X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial”, Ed. Fespresa, Córdoba, 2003. ↑

Juyent Bas, Francisco, “El acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589, Rev. de D. Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002-3- Concursos, t. I, p. 233. ↑

Alegría, Héctor, “ Acuerdo preventivo extrajudicial (caracterización, problemas y acuerdos privados)”, Rev. de D. Privado y comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002-3, Concursos I, p. 180; Macagno, Ariel A., “El acuerdo preventivo extrajudicial...”, Rev. Doctrina Societaria y Concursal , Errepar, marzo 2003, Nº 184, pág. 231. ↑

Truffat, Edgardo Daniel, “El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial. Ley 25.589”, Ad-Hoc, Bs. As., 2002, pág. 50. ↑

Ver nuestro trabajo “Las medidas cautelares en el acuerdo preventivo extrajudicial”, en X Jornadas Nacionales de Institutos de D. Comercial”, Ed. Fespresa, Córdoba, 2003, pág. 285 y ss., en coautoría con Germán Taricco Vera. ↑

Ver Instituto de D. comercial, Universidad Notarial Argentina: Conclusiones sobre el tema: “Aplicación al acuerdo preventivo extrajudicial de las reglas del concurso preventivo”: 1. Desistido

un acuerdo preventivo extrajudicial (en adelante A.P.E.), no puede presentarse un nuevo A.P.E. dentro del año posterior si existen pedidos de quiebra pendientes (consenso). Tampoco puede presentarse el concurso preventivo en similar situación (mayoría). 2. La presentación del A.P.E. suspende las acciones de contenido patrimonial, tanto de conocimiento como ejecutivas (consenso). Las ejecuciones de garantías reales no se suspenden con la presentación pero resulta aplicable la suspensión temporaria en los términos del art. 24 L.C.Q. (mayoría). 3. Los pedidos de quiebra se suspenden con la presentación del A.P.E. (consenso). 4. Para la homologación del A.P.E., el juez dispone de las facultades del art. 52 inc. 4 L.C.Q. (mayoría). 5. En caso de no homologación no corresponde decretar la quiebra (consenso). 6. Homologado el A.P.E. se producen los efectos de los arts. 55 a 64 L.C.Q., salvo con relación a la verificación tardía (consenso). No hubo acuerdo con relación a la prescripción y al modo de insinuarse los acreedores omitidos luego de la homologación. Las conclusiones corresponden a la Reunión Académica del jueves 29 de mayo de 2003 realizada en la sede de Guido 1841, Capital Federal, la que tuvo como disertantes a los Dres. E. Truffat y Ariel Dasso, y contó con una concurrencia integrada por jueces, funcionarios judiciales, profesores, síndicos y abogados. Las conclusiones resultaron, según se consigna en cada caso, del consenso sin objeciones habido entre disertantes y público o de las opiniones de la mayoría frente a las de la minoría, y fueron redactadas por el director del Instituto Dr. Eduardo M. Favier Dubois (h). Publicadas en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, agosto 2003. ↑

Juyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos, "Reformas concursales", pág. 195. ↑

Truffat, Edgardo Daniel, ob.cit., ps. 26 y 38. ↑

Truffat, Edgardo Daniel, op. cit, pág. 50; ↑

Conf. Conclusiones sobre el tema "Aplicación al acuerdo preventivo extrajudicial de las reglas del concurso preventivo", conclusión Nº 2 in fine, reunión del 29/05/03, Instituto de D. comercial, UNA, Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, agosto 03. ↑

GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la Ley de concursos y quiebras, Ad-Hoc, Bs.As., 1997, t.I, p.219. ↑

TRUFFAT, Edgardo Daniel, op.cit., p. 77 ↑

Molina Sandoval, Carlos A. "Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresariales", Ábaco, Bs. As., 2003, pág. 376. ↑

Ver Alonso, Ana y Villoldo, Juan M. "La inhibición general de bienes en el APE" en "X Jornadas de Institutos..." cit., pág. 243. ↑

Conclusión Nº 4 de "Aplicación al acuerdo preventivo extrajudicial de las reglas del concurso preventivo", Instituto de D. Comercial, UNA, reunión del 29/05/03, en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, agosto 2003. ↑

Hequera, Elena, "Acuerdo preventivo extrajudicial ¿El tercer y último round?", en Conflictos actuales en sociedades y concursos, Ad-Hoc, Bs.As., 2002, pág. 353; Alegría, Héctor "Acuerdo preventivo extrajudicial (caracterización, problemas y acuerdos privados)", Rev. de D. Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2002-3-, concursos I, pág. 176. Ver también la conclusión Nº 4 de "Aplicación al acuerdo preventivo extrajudicial de las reglas del concurso preventivo", Instituto

de D. comercial, UNA, reunión del 29/05/03, en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, agosto 03.  
↑

La medida es reclamada, lege ferenda, por Arnoldo Kleidermacher en “El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial”, en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, enero 2003, Nº 182, p. 16. ↑

Verlo en Errepar, DSE, nro. 202, Septiembre 2004, pag.1092, con comentario de Miguel E. Rubín. En la misma línea se ubica el fallo del Juzgado Civil y Comercial Nº 3 de San Martín, del 30-08-04, en autos “Stantero y Stantero c/ Asociación Mutual Supervisores Ferroviarios s/ Incidente de impugnación, art. 75 ley 24.522”. Véase en doctrina Truffat, E. Daniel “Sobre la posibilidad de que se designe una sindicatura ad hoc en los acuerdos preventivos extrajudiciales”, en “Derecho y Empresa”, Ediciones DD, Bs. As, 2004, pág. 297. ↑