



M. Cristina Santana
Socia Fundadora, Gerente Administrativa y de la Práctica de Negocios
de Trilex Legal
cristina@trilex.legal

Impacto del Nuevo Normal en las Buenas Prácticas Societarias

Ciertamente, mucho se ha comentado sobre el impacto que tendrá este nuevo normal como consecuencia de la pandemia en nuestras empresas, sin embargo, hemos realmente reflexionado sobre ¿qué pasa o debe pasar a lo interno de éstas?, ¿cómo me debo manejar con relación a mis socios?, ¿cómo la administración de mi empresa debe lidiar con esta crisis, los cambios que estamos afrontando y sobre todo la toma de decisiones en este proceso de distanciamiento social, de tantas limitaciones y excepciones?

La realidad es que vivimos en una cultura reactiva, no proactiva, donde reaccionamos al problema y no lo prevenimos. Con esto no quiero decir que debimos o pudimos haber anticipado una pandemia, sin embargo, nos hemos acostumbrado -muy especialmente las MIPYMES- a trabajar sobre la marcha, a hacer caso omiso de las planificaciones, de las normativas, de las buenas prácticas societarias, de la importancia de una gobernanza responsable. Muy especialmente, las MIPYMES se caracterizan por la carencia de acompañamiento de asesores externos/internos que las puedan guiar en el manejo de las operaciones y las crisis.

Una empresa no es solo un cascarón que nos lleva a cumplir una función operativa de producir dinero, una empresa es también: gobernanza, liderazgo, colaboradores, lugar de trabajo, innovación, cumplimiento corporativo, productos/servicios, proveedores, clientes, rendimiento, tecnología, entre otros. Por tanto, cuando miramos a lo interno nos vemos frente a un engranaje de piezas que funcionan de manera activa y continua, no importando se trate de una MIPYME, empresa familiar, empresas de grandes capitales, empresas privadas o empresas públicas, cuya administración y vigilancia inmediata la tiene el directorio, consejo de administración, junta directiva, administrador o gerente, conforme aplique.

Ahora es momento de entender que la administración de las empresas tiene un rol preponderante en el manejo de la crisis y por tanto, los administradores que la conforman deben ser diligentes, proactivos y verdaderos líderes, con el objetivo de sobrellevar las implicaciones del COVID-19 a corto, mediano y largo plazo a las cuales se ven enfrentadas por el tipo de operación o servicio que ofrecen, tomando en cuenta sus intangibles (capital humano, capital intelectual, relaciones sociales, tecnología, entre otros).

En consonancia con este aspecto, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su Guía para Continuidad de los Negocios¹ propone cuatro principios claves para ayudar a las

¹ <https://iccwbo.org/publication/covid-19-business-continuity-guide/>

empresas a hacer frente al COVID-19, estos son: Planificar, Adaptar, Monitorear y Evaluar (PAME).

Entendiendo lo siguiente: a través de la ***Planificación*** se minimizará el impacto en la actividad de su empresa y mejorará su capacidad de recuperación; En el momento en que empiece a notar cualquier impacto, es esencial que ***Adapte*** todas sus operaciones para garantizar la continuidad del negocio. A medida que evolucione la situación, deberá ***Monitorear*** las recomendaciones de salud pública, así como los programas de apoyo gubernamental para su empresa y sus empleados. Y debido a la naturaleza cambiante de la pandemia, es necesario que ***Evalúe*** constantemente su plan de continuidad del negocio COVID-19 y que lo modifique según sea necesario.

Ciertamente son herramientas eficaces, las cuales corresponde al directorio o administrador evaluar e implementar, teniendo en cuenta las restricciones por distanciamiento y el estado de excepción en el que nos encontramos, el objetivo debe ser siempre mantener viva y en funcionamiento la empresa.

Gobernanza y Toma de Decisiones

Los administradores tienen ahora una gran responsabilidad, no es solo asumir su rol de gestores de los negocios sociales y representar a la empresa en las funciones que le han sido conferidas estatualmente² o mediante acuerdo, sino también, las atribuciones y funciones que de manera inmediata el Nuevo Normal les ha impuesto.

Deberán estar en constante vigilancia de las medidas económicas, financieras, tributarias, laborales que se les están imponiendo o facilitando con el objetivo de afrontar las realidades de su empresa.

Si bien es cierto que se encuentran en una situación vulnerable, también es cierto que pueden ser verdaderas oportunidades de negocios para transformar y ser resilientes.

Ahora, ¿cómo desde una perspectiva legal, podemos hacerlo?

Lo primero es que se hace imprescindible tomar en cuenta las obligaciones y responsabilidades estatutarias que como gestores del negocio y como buen hombre de negocios el administrador o consejo de administración posee.

Segundo, revisar los reglamentos, protocolos y manuales de nuestras empresas, específicamente el reglamento interno de trabajo, los protocolos relacionados con manejo de crisis, y cualquier otro aplicable. En caso de estar desprovistos de estos instrumentos, sugerimos consultar las normativas aplicables. Es de vital importancia velar por el bienestar de los colaboradores, preservando en todo momento su seguridad y promoviendo el teletrabajo, estableciendo pautas y utilizando una adecuada estrategia de comunicación abierta y clara.

Tercero, revisar las obligaciones que posee la empresa de cara a sus empleados, contratos con proveedores, clientes, seguros y acreedores (banco, alquiler, impuestos, utilidades, entre otros). Identificar las causas de exoneración de responsabilidad por causa de fuerza mayor³. Asimismo, revisar sus partidas presupuestarias, y reservas. Otro aspecto por evaluar, son las

² Sugerimos revisar y prestar especial atención.

³ Sugerimos leer el artículo de la Licda. Cinddy Liriano sobre Los Contratos y la relevancia de las causas de exoneración de responsabilidad civil en tiempos del COVID-19, expuesto en este mismo documento.

cadena de suministro, deben identificarse las potencialidades de negociar cláusulas más favorables y gestionar los procedimientos.

Cabe destacar que, si la empresa ha sido sorprendida en esta nueva realidad en plena negociación de un acuerdo transaccional, transferencia de activos, proceso de ejecución de obligaciones/garantías, es necesario que se coordine con la contraparte la forma más favorable en la que se pueda continuar las negociaciones o prorrogarlas en observancia de las medidas gubernamentales que se están llevando a cabo.

Es más oportuno prorrogar una negociación que comprometerse a un esquema o escenario incierto y sin falta de evaluación o de planificación de las consecuencias de la Nueva Realidad en mi empresa, recordemos la recomendación de la CCI = PAME.

Cuarto, identificar los posibles riesgos materiales de la empresa, los cuales pueden variar por el impacto que estos producen a corto plazo, mediano o largo plazo. Notar que pueden estar enfocados a liquidez (de incumplimiento de los compromisos de deuda y los requisitos de solvencia), ciberseguridad, de los controles internos, de procedimientos y por consiguiente proponer una efectividad estrategias de gestión o mitigación de riesgos.

Quinto, revisar los cumplimientos corporativos y evaluar el período fiscal que terminó o terminará, dependiendo el año fiscal que tenga la empresa. Si la empresa tiene un período fiscal natural, esto es al cierre del 31 de diciembre, se hace imperativo revisar las obligaciones estatutarias y legales. El hecho de que se hayan promovido plazos para la extensión de la presentación de la Declaración Jurada de Sociedades por la Dirección General de Impuestos Internos no exonera de las obligaciones que estatutariamente se imponen a los administradores y socios de cumplir con la celebración de convocar las asambleas ordinarias anuales, preparar los informes de gestión anual y la correspondiente declaración jurada de responsabilidad y la repartición de beneficios, en casos de haberlos, condición indispensable de toda empresa que tenga el cumplimiento corporativo como filosofía.

Respecto de esto último, es importante contar con la asesoría financiera oportuna que pueda permitir identificar y evaluar, si es conveniente o no ejecutar la repartición de dividendos, dado que la no disposición de estas sumas puede contribuir a sobrellevar la falta de liquidez de la empresa, a través de los mecanismos contables y legales correspondientes.

De cara a tomar decisiones de impacto en la empresa, es necesario evaluar todo lo anterior, el hecho de que al momento no haya flujo de caja no es motivo único para tomar una decisión de cerrar las operaciones de la empresa. Por tanto, sugerimos avocarse a la asesoría financiera y legal oportuna para sobrellevar esta dificultad.

Sexto, revisar los cumplimientos regulatorios. Dependiendo del objeto social de la empresa y el tipo de servicios que ofrezca o el rubro que maneje, la empresa se debe a un cumplimiento institucional, gubernamental. Por tanto, sugerimos revisar las normativas aplicables y leyes especiales, con el objetivo de no incurrir en faltas y evitar ser sancionado o privado de las licencias o títulos habilitantes.

En este sentido, varios reguladores han adoptado medidas como consecuencia del COVID-19, entre otros, tenemos las siguientes:

Tanto la Superintendencia de Bancos como la Superintendencia de Pensiones de la República Dominicana han publicado circulares relacionadas al cumplimiento de las medidas de flexibilización y medidas para mitigar el riesgo en relación a las entidades que éstas regulan.

Asimismo, las empresas deben estar atentas a las medidas publicitadas por otros reguladores tales como Superintendencia de Seguros, Dirección General de Impuestos Internos, entre otros.

¿Cómo pueden los administradores y los socios tomar decisiones en esta situación?

En el caso de las sociedades anónimas y sociedades anónimas simplificadas de conformidad a los párrafos III y IV del artículo 187 de la Ley de Sociedades 149-08 sobre Sociedad Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, permite la celebración de las asambleas por cualquier medio, en cumplimiento de entre otros, los siguientes requerimientos: comunicación simultánea o sucesiva; manifestación electrónica o digital del voto; prueba de la votación: Otras formalidades aplican para la celebración de las asambleas no presenciales, tales como: identificar constancia del lugar, fecha y hora que se realizó la reunión no presencial; medios utilizados; socios presentes; votos emitidos; acuerdos adoptados; listado de los accionistas; número y tipo de participación social.

El artículo 189 de la Ley de Sociedades prescribe también que las reuniones del Consejo de Administración pueden ser celebradas de manera no presencial, guardando las formalidades prescritas por la misma ley, equivalentes a las formalidades de la celebración no presencial de las asambleas.

Para las sociedades de responsabilidad limitada (SRL) las previsiones de la ley de Sociedades son diferentes, permite la celebración de las asambleas no presenciales, con la única excepción de las Asambleas Ordinarias Anuales que deben ser exclusivamente presenciales de acuerdo al artículo 111 de la Ley.

Dado el tipo de crisis que estamos enfrentando es importante tener en cuenta los requerimientos de ley en caso de fallecimiento de un socio o gerente; al momento de celebrar las asambleas o reuniones del consejo, se debe tener pendientes las medidas de distanciamiento; y tener presente, la situación de cierre de entidades públicas, dado que pueden presentarse ciertas dificultades para la obtención de documentos o certificaciones queridas por los estatutos, la Cámara de Comercio y Producción o la Dirección General de Impuestos Internos.

Asimismo, es necesario cumplir con los requerimientos de la Ley de Sociedad y el Código Tributario y leyes complementarias en caso de muerte o sustitución de los socios o administradores, con el objetivo de hacerlas oponibles. En tal sentido, sugerimos estar al pendiente de los miembros de los directorios y dar seguimiento a los socios con el objetivo de que los avisos de convocatoria y el quorum, así como las formalidades de publicidad se cumplan oportunamente para evitar posteriores reclamaciones o demandas.

Cierre temporal, reestructuración o liquidación de la empresa

No es una sorpresa que la pandemia supone una crisis en las empresas, y más en aquellas que por su objeto han quedado afectadas, sean por la imposibilidad de ejecutar su operación, o porque los estragos de la situación socio económica las ha arrastrado, como consecuencia

del impacto que ha creado las restricciones de viajes y cuarentenas, el cierre de fronteras, la insuficiencia de mano de obra, la evidente interrupción de las cadenas de producción y distribución, el choque sobre la oferta y demanda, falta de liquidez, entre otros.

Este se ve evidenciado en el Informe Especial COVID-19 de la CEPAL⁴, denominado “América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19 Efectos económicos y sociales” que estima como efectos a corto plazo los siguientes: “Mayor desempleo, menores salarios e ingresos, aumento de la pobreza y la pobreza extrema, Sistemas de salud: mayores costos, fragmentación y desigualdades de acceso”; y como efectos a mediano y largo plazo: “Quiebras de empresas, reducción de la inversión privada, menor crecimiento económico, menor integración en cadenas de valor, deterioro de las capacidades productivas y del capital humano”.

Definitivamente el futuro de las empresas de ciertos sectores de la económica se perfila en grave peligro de supervivencia, considerando incluso que, a lo largo de la vida de las empresas, éstas enfrentan al menos una crisis grave con efectos devastadores. Sin embargo, es tarea de sus administradores y directorios mitigar los efectos de estas crisis.

Como sugerencia, se podrían llevar a cabo los principios PAME propuestos por la CCI, apoyándose de una adecuada planificación empresarial, que resulta ser de vital importancia para la supervivencia en este momento de total incertidumbre, apoyándose de las medidas económicas y financieras propuestas, a través del aprovechamiento de facilidades crediticias, exenciones temporales de cumplimiento de obligaciones fiscales, y extensión de pagos de deudas. Así como también, un adecuado y estratégico asesoramiento legal, financiero y de desarrollo empresarial.

Si no obstante las medidas de mitigación de riesgo no pudieron ser ejecutadas o su efecto no produjeron los resultados requeridos, se impone pues la lamentable decisión de: i) Cerrar temporalmente las operaciones de la empresa; ii) Acogerse al proceso de reestructuración o liquidación judicial⁵; o, iii) Acogerse a la liquidación de sociedades comerciales conforme lo dispone la Ley de Sociedades.

Para llevar a cabo uno cualquier de estos procesos se deberán seguir los procedimientos establecidos por las normativas aplicables. Con el reconocimiento de los costos, plazos y requerimientos que estos suponen.

Cabe destacar que muchos países ya han tomado medidas para amortiguar el impacto de normas aplicables a las empresas en dificultades:

En Francia, por ejemplo, el gobierno francés adoptó la Ordenanza No. 2020-341, de 27 de marzo de 2020, sobre procedimientos de insolvencia, publicada el 28 de marzo de 2020 propuso como objetivo principal adaptar temporalmente procedimientos aplicables a las empresas que enfrentan dificultades, a través de: i) evaluar la posición de las empresas a partir del 12 de marzo de 2020 para apreciar las situaciones de insolvencia (por un período que finaliza 3 meses a partir de la fecha en que termine el estado de emergencia a menos que el estado de emergencia se extienda o termina antes; ii) extender el marco legal de algunos procedimientos de pre-insolvencia y procedimientos de insolvencia; y, (iii) Adaptar reglas procesales y formalidades (la celebración de audiencias formales puede que ya no sea

⁴ <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45337-america-latina-caribe-la-pandemia-covid-19-efectos-economicos-sociales>

⁵ Ley No. 141-15 sobre Reestructuración y Liquidación de Empresas y Personas Físicas Comerciales, promulgada el 7 de agosto de 2015.

necesaria para que el tribunal tome ciertas decisiones y comunicaciones entre las diferentes personas involucradas en los procedimientos, estas pueden hacerse por cualquier medio).

Asimismo, mediante Ordenanza No. 2020-306, el gobierno francés promovió la paralización de ciertas obligaciones contractuales, adoptando medidas de aplicación general que protegen a los deudores, lo que permite la eliminación de ciertas sanciones por cualquier incumplimiento, durante un período de protección legal, por un deudor de sus obligaciones contractuales.

De acuerdo con la referida ordenanza, si un deudor incumple una obligación contractual durante el período de “emergencia de salud pública”, las siguientes las cláusulas contractuales que pretenden sancionar dicho incumplimiento no tendrán efecto: i) pagos ordenados a modo de sanción (astreintes); ii) cláusulas de penalización contractuales; iii) cláusulas de terminación; y, iv) cláusulas de aceleración.

En países como Alemania, España y Rusia se han tomado entre otras medidas la decisión de paralizar el inicio de procedimientos de insolvencia por períodos limitados.

Para la República Dominicana, esto todavía supone un reto, mientras debemos acogernos a las normativas como las conocemos y realizar todo nuestro esfuerzo para promover la continuidad de las empresas y por consiguiente de nuestra economía.