

“INSOLPANDEMIA y Reestructuraciones Simplificadas Una necesidad judicial, empresarial y de los trabajadores”

por Juan A. Anich¹

El Problema

La aparición del covid-19 en el mundo actual, con su proyección en diversos territorios del mundo, ha generado diversas reacciones en el ámbito internacional, a los fines de tratar de evitar su expansión hasta que se logren desarrollar tratamientos idóneos para la enfermedad y la disminución de su tasa de mortalidad.

Mayoritariamente, los países han recurrido a implementar lo que se denomina, de modo habitual, “cuarentena”, que en realidad son modalidades que se adoptan a los fines de disminuir la movilidad social y por efecto de ello bajar el grado de expansión del virus entre las personas.

Más allá de las justificaciones, médicas y sociales, que cada país ha expuesto para adoptar tales decisiones, las que en términos generales han sido aceptadas mayoritariamente por los grupos sociales en cada contexto, es innegable que la cuarentena, ha producido una clara disminución de la actividad económica, por la disminución de la actividad humana.

Esto produce dos efectos totalmente interrelacionados y que en principio no se pueden evitar en el ámbito social y económico. La crisis por pandemia y su indeterminación temporal - ¿cuánto dura? - genera necesariamente un cambio en las preferencias de los consumidores (ante la baja de ingresos, privilegian ciertos consumos y disminuyen otros) y el nivel de transacciones económicas, en su consecuencia se modifica. Esto no está, ni bien ni mal, es lo que ocurre.

Consecuencia de lo expuesto, las personas humanas y las empresas ven disminuir y/o alterarse en diversa proporción los “flujos de fondos” individuales que hacen a sus ingresos. Remarco el concepto de que ello ocurre

¹ Abogado, Fac. Derecho – UBA; Máster en Economía y Administración de Empresas – ESEADE; profesor universitario en diversos centros académicos y coautor del proyecto de ley de reforma de la Ley 24522, que se aprobó como Ley 25589.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

“en diversa proporción” porque el modo en que la modificación de la actividad impacta en los diversos sujetos no es igualitaria, es absolutamente distinta y genera ciertos desequilibrios que son muy difíciles de evitar, porque están vinculados a valoraciones subjetivas de los sujetos.

Así, esta alteración que hemos afirmado repercute en los flujos de fondos individuales y por ende se proyectan en lo general, afecta fundamentalmente al sector privado, que es el que más expuesto está. Por ejemplo, en nuestro país, el sector público ha tomado ciertas medidas, como la de no bajar los salarios del sector público, sin embargo ello no ocurre en la realidad económica del sector privado, más allá de lo que dispongan las normas, porque él tiene más flexibilidad y posibilidad de ajuste. Esto muestra una asimetría en las relaciones económicas, entre el sector público y el privado, por lo que en general el mayor ajuste del sistema económico, que no puede ser evitada, recaerá sobre el sector privado. El sector público tendrá un perjuicio porque la baja de la actividad económica, incide en el sistema de recaudación de impuestos, lo que disminuye la capacidad del estado en el financiamiento a sus prioridades de salud, políticas, administrativas e institucionales, entre otras.

Y esto se está dando, no por decisión política o del legislador. Sino porque la realidad que se enfrenta y las decisiones que se adoptan, producen efectos inevitables.

En nuestro país, el gobierno nacional ha dictado, por ejemplo, normas a los fines de ayudar a las empresas a pagar parte de su masa salarial y así disminuir los efectos de la baja de la actividad económica y evitar el despido forzado de empleados por la baja de la actividad. Sin embargo, debe advertirse, que desde la realidad del empresario, los salarios son un costo importante pero no dejan de ser una parte del total de ellos. Y si no hay actividad o ella disminuye notablemente, el resto de los costos, no cubiertos por la ayuda pública, no pueden ser absorbidos por la firma, salvo que tenga un “stock de capital líquido reservado”, hecho que en realidad generalmente no acontece. Hay un imaginario colectivo que se ejemplifica en la versión gráfico del famoso personaje de Disney “Tío Rico” o “Tío Patilludo”, pero las empresas y su actividad económica general, no funcionan del modo caricaturizado.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

Aquí se exteriorizará que hay firmas con mayor capacidad de financiamiento en los mercados formales y otro grupo, numéricamente mayoritario en las economías de, por ejemplo, en los países latinoamericanos, que no accederá al mismo y cuya situación de insolvencia se hará más evidente.

En un anterior trabajo he denominado a la situación presente como de “Insolpandemia”, es decir, la insolvencia derivada de una situación “no controlable” de pandemia viral o de otra circunstancia², que trasciende al ámbito económico de modo más o menos similar, ante la baja considerable de la actividad económica por el hecho de “catástrofe”.

Así, ante la ruptura o ralentización de la cadena de pago, el proceso económico se desestructura y puede comenzar a producir un efecto “domino” por el cual la insolvencia de una firma repercute en otra u otras y así sucesivamente, convirtiendo el proceso en uno de características similares a lo que estamos viviendo en la humanidad por el covid-19 y su proyección viral.

Existe otro problema a considerar, es que también disminuye el proceso de creación de nuevas firmas, que absorban o recuperen la mano de obra desocupada. Ello puede implicar tiempos enormes, además de requerir la existencia de condiciones económicas muy particulares que incentiven tal comportamiento y comiencen a creer en un futuro de superación de la catástrofe.

De allí la necesidad imperiosa, de ser muy cuidadoso en el mensaje que las autoridades, brinden a la ciudadanía a los fines de no incentivar el “temor social al futuro”. El mensaje debe ser principalmente “contenedor” y evitar las comunicaciones que agraven la incertidumbre que la propia gente tiene. El agravamiento a esto, disminuye la capacidad de recuperación a futuro.

Por supuesto, que la expansión del virus tendrá una diversa dinámica en cada sociedad y su repercusión en los sectores económicos serán distintos. Empresas grandes, por ejemplo, como las compañías aéreas presentarán un tipo de problemática y las firmas más pequeñas otros, sin embargo, las alteraciones del flujo afectarán a todas con diversos efectos y distintos tiempos

² Esto se podría trasladar a otras catástrofes de la humanidad, como puede ser los accidentes nucleares como Chernobyl (26-04-1986), Fukushima I (11-03-2011), que derivaron en relocalizaciones de grandes grupos humanos, contaminación ambiental, alimentaria, daños en salud por exposición a la radiación, etc.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

de recuperación. En aquellas economías donde los emprendimientos medianos y pequeños son mayoritarios enfrentarán problemáticas distintas, porque el número de empresas en conflicto será mayor y el impacto social será más grande.

Los modos en que los países han desarrollado sus sistemas sanitarios y los de seguridad social a lo largo del tiempo, hacen que tengan capacidades adaptativas desemejantes ante la crisis y si además los países son económicamente más fuertes y desarrollados, con mayores márgenes de seguridad jurídica, sus fortalezas para enfrentar estas crisis son mayores.

Por la particularidad de esta insolpandemia, debemos evitar comparar esta crisis con otras experimentadas con anterioridad, en nuestro caso la del 2001/02 y a nivel internacional la crisis del 2008. La naturaleza de esas crisis y el modo en que afectaron al hombre y su comportamiento cambia los parámetros analíticos. Allí el problema. Por eso debe evitarse ciertas comparaciones, que llevan a simplificar un problema por demás complejo. Obsérvese que la última pandemia de este tipo, con una gran proyección territorial y demográfica fue la denominada “gripe española” pero como ella se produjo casi a continuación del fin de la primera guerra mundial, las consecuencias post 1918, fue la sumatoria de efectos graves de los desastres de la guerra, la pandemia, etc. que acontecieron en esas épocas. De allí mi opinión de evitar comparaciones, por las particularidades diferenciales de tales causas y consecuencias.

Obsérvese que habitualmente se hace referencia de que la pandemia viral cesaría una vez se encuentre una vacuna. Sin embargo, debemos considerar, que por más que mañana se descubriera una vacuna, la producción, distribución y aplicación de ella a nivel global, para que el virus sea controlado o eliminado, va a demandar un tiempo muy largo. Además ello no va a impedir, que estos virus “muten” y aparezcan bajo la forma de una nueva modalidad y de contagio. De ello no estamos seguros y los virólogos tampoco.

Ante el panorama descrito, surge un interrogante que debe ponerse en consideración y es ¿qué hacer desde el sector vinculado a la recuperación de empresas y deudores en tiempos de insolpandemia?

¿Qué estrategia se podrían adoptar?

La respuesta a este interrogante es compleja. Ello deviene de las fortalezas intrínsecas que tenga el sistema económico institucional de cada país. Como así también de la capacidad de adaptación³ que tengan todos los sectores, públicos y privados para adecuarse en todos sus ámbitos a la nueva realidad.

Sobre la capacidad de adaptación

Todo sistema social, ante crisis y emergencias de este tipo tiende a modificar sus comportamientos a los fines de poder continuar viviendo. El hombre sabe, que adaptarse es desarrollar la capacidad de renunciar y de crear, es una particularidad especial, que va generando un comportamiento de renuncia a cosas del pasado y a crear nuevas alternativas ante el futuro. Esto es también aplicable tanto al hombre como a su construcción social, las empresas.

El sistema institucional no es ajeno a ello. Él también debe desarrollar internamente capacidades adaptativas, porque la sociedad se lo va a exigir y las circunstancias de lo contrario se le impondrán. Esto ha sido así en la historia de la humanidad y seguirá siendo así.

Esta capacidad de adaptarse que deben desarrollar tanto el sistema privado como el público tiene la particularidad de exteriorizar un cambio que intrínsecamente se genera en las organizaciones humanas, si se pretende mantener los sistemas públicos y privados de modos rígidos, no modificables ni permeables al cambio, inexorablemente se irá al colapso.

Habitualmente los sistemas privados son más fácilmente adaptativos, por las propias características de su organización y además por otra realidad, las que no se adaptan, desaparecen –quiebran, se liquidan, se fusionan, se hacen escisiones parciales y se liquidan las partes no aprovechables, etc.- porque la realidad social y tecnológica las supera y de ello hay miles de ejemplos en la historia de la humanidad.

³ Ver TOFFLER, Alvin; La Empresa Flexible, P&J, 1985; fue uno de los primeros autores que planteo la necesidad de que las compañías comiencen a realizar internamente procedimientos de adaptación organizacional. Obra pionera en el tema.

Los sectores públicos por el contrario tienen una mayor resistencia al cambio, porque no tienen mayores incentivos al cambio. Tienen incentivos para conservar o continuar con su actuar reglamentario y operativo, por ello para estos sectores los cambios son más lentos y también consecuencia de grandes crisis económicas tributarias, sociales y políticas.

Pero los cambios se producen inexorablemente.

Por ello en estas situaciones deberían incentivarse las capacidades adaptativas por parte de las organizaciones de diverso nivel, porque ello redundaría en el beneficio de todo al recomodar las relaciones contractuales entre las partes a las nuevas valoraciones individuales. Por el contrario forzar la rigidez tiende a afectar la funcionabilidad del sistema porque lleva a generar desequilibrios o asimetrías en la estructura de costos sociales y económicos, así la rigidez de una parte, no es solo una ventaja jerárquica o de privilegio, no es “gratuita”, sino que se proyecta negativamente en los sectores que tienden a adaptarse, generando una transferencia de recursos de unos a otros y que en general no los ayuda a mejorar su actividad ni la calidad de su trabajo.

Remedios del Sector Público

Los modos de paliar las crisis que se arbitran desde el sector público, dependen en cuanto a su efectividad a diversos aspectos y en general tienden a generar muchos efectos no previstos que muchas veces generan más perjuicio de los que se pretende evitar.

Toda acción humana y también la actividad normativa, como actividad humana, produce dos tipos de efectos. Los efectos deseados por la norma o por la acción humana (pasar de la situación A para estar en B) y efectos no deseados⁴. Estos efectos “no deseados” dependen siempre de las valoraciones

⁴ Ver, MENGER, Carl; Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der politischen Ökonomie insbesondere, (Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1883) Hay edición en español, El Método de las Ciencias Sociales, Unión Editorial, pag. 215 y sigtes. 2006. También en una versión más moderna, POPPER, Karl R.; Predicción y Profecía en las Ciencias Sociales, Alocución dirigida a la Sesión Plenaria del X Congreso Internacional de Filosofía Amsterdam, 1948 y publicado en la Lybrary of the 10th International Congress of Philosophy, I., Amsterdam y en Theories of History, comp. Por P. Gardiner, 1959. En español en la obra Conjeturas y Refutaciones, Ed. Paidós, pág. 403, 1983.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

humanas individuales ante la acción o la norma. Esta situación produce un problema complementario y es que los efectos no deseados, van a generar muchas veces adoptar nuevas decisiones o a dictar nuevas regulaciones y así sucesivamente, lo que implicará el desarrollo de un nuevo conjunto de estructuras administrativas a financiar, con nuevos impuestos, etc. Esto es lo normal y la historia de la humanidad está plena de estos ejemplos en todas las épocas y con todos los regímenes.

Una de las alternativas que ciertos países han implementado es el apoyo financiero a las empresas en dificultades por parte de los estados. Este tipo de soluciones, son de carácter económico financiero e implican el aporte de recursos públicos a ciertos sectores económicos que se consideran relevantes o imprescindibles para la continuidad económica de los países. Por supuesto que estas medidas, no son de carácter aislado, sino que implica un conjunto normativo, como reducción y postergación de impuestos, etc. a los fines de facilitar la recuperación económica.

Estos aportes, generalmente muy grandes, por sus montos e implicancias económicas, como ocurrió en la crisis del año 2008 con el Citibank y otras corporaciones en los EEUU y que ahora se ven en Francia, con aportes del estado francés a favor de firmas como Renault, Air France y Alemania con ayudas a Adidas, Lufthansa entre otras requieren que el estado sea muy fuerte y sólido en económica o bien forma parte de un grupo de países muy integrados con capacidad financiera de ayuda.

Es muy relevante considerar que los países que adoptan tal tipo de políticas, son en general países con sólidos sistemas económicos, tributarios y comerciales, lo que los coloca en una situación excepcional, que no pueden asimilarse o replicarse en otras economías del mundo, mucho más débiles e inestables en el tiempo, tanto desde lo económico financiero como desde lo institucional.

El aspecto central que incide en decisiones de esta naturaleza, radica en asumir en primer término, que los recursos para soportar los costos del sector público y privado son limitados, no ilimitados; otro aspecto importante es que siempre estas ayudas son desequilibrantes, porque ayudan a alguien y

desprotegen a otros, salvo que la batería de ayudas sea muy simétrica, no porque le den a cada uno lo mismo, sino para tratar de lograr una ayuda que tienda a equilibrar esfuerzos en una comunidad, lo que habitualmente denominamos “esfuerzos compartidos”.

Algunos piensan que el “esfuerzo compartido” radica en sacarle a uno para darle a otro, lo que normalmente se logra a través del sistema tributario. Otros consideran al esfuerzo compartido en una búsqueda de equivalencia de esfuerzos entre todos los miembros, lo que es una estrategia diferente.

Las asimetrías en la asignación de recursos en épocas de crisis, sino son muy precisas pueden terminar agravando los problemas que teníamos en su origen lo que empeora aún más la crisis que se enfrenta. Así, por ejemplo, cuando se piensa en cómo efectuar adelantos de fondos, debe pensarse también en el modo en que deben posteriormente ser “neutralizados” a los fines de evitar efectos monetarios colaterales perjudiciales para toda la sociedad.

Es por ello que es difícil fijar criterios en medio de la tormenta, muchas cosas serán el resultado de momentos especiales y otras a mediano plazo. Pero el rumbo debe tener una estrategia fijada.

Las Reorganizaciones Tradicionales – Un problema de costos

Los sistemas concursales tradicionales, se pueden agrupar en dos tipos, aquellos de carácter negocial y los liquidativos. Ambos, son totalmente arraigados en las sociedades a nivel global y han tenido una evolución marcada en el tiempo. Sin embargo, uno de los factores centrales en el análisis moderno del diseño de sistemas en materia de reestructuraciones, es el temporal, es decir, ¿cuánto demoran estos procesos? Y ello se vincula a un conjunto de circunstancias que confluyen tanto desde los sistemas formales e institucionales de cada país.

En general se advierte que desde hace años, se viene mostrando una tendencia creciente de favorecer procedimientos negociales, fuera de los ámbitos formales e institucionales y con un procedimiento de convalidación posterior de parte de los magistrados competentes.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

La decisión, se ha sustentando en la posibilidad de ir generando sistemas de negociación flexibles y además temporalmente más breves y esto tiene una lógica económica que no debemos dejar de considerar.

Gran parte de las empresas actuales, se sustentan en la existencia prioritaria de activos de naturaleza intangible, lo que conlleva como efecto, que en este tipo de firmas el respaldo patrimonial de los acreedores, no está dado por la existencia voluminosa de activos, sino por la continuidad y mantenimiento de la actividad económica y de la conservación de su flujo de fondos. Si esto se paraliza o comienza a ser más lento o más espaciado, ello afectaría directamente el funcionamiento de la firma deudora y el recupero crediticio general, porque su conservación depende necesariamente de mantener su actividad, conservar la dinámica de su flujo de fondos y para que ello suceda, se requieren procesos más breves y dinámicos que aceleren el restablecimiento o nivelación de los flujos a una nueva realidad entre las partes, de lo contrario las firmas en están en esta realidad podrán quebrar de ser los procesos muy extensos en el tiempo.

De allí, esa búsqueda empresaria y profesional de tratar de disminuir estos costos que se van observando en el tiempo y como las grandes firmas recurren a sistemas más flexibles para superar sus dificultades. Por ejemplo en el año 2008 en los EEUU, grandes empresas recurrieron a sistemas de “Prepackaged” a los fines de disminuir tiempos del proceso. Sin embargo, es preciso advertir que parte de las reformas necesarias no se dan con la premura con la que se las requiere.

El Acuerdo Preventivo Extrajudicial en nuestro país, se implementó ante la crisis de los años 2001/02, más allá de las críticas que soportó, sirvió para recomponer varias empresas en dificultades de diverso tipo, pero fundamentalmente sustentadas en grandes activos intangibles y esto implicó el mantenimiento de la actividad y que muchos trabajadores no perdieran sus puestos de trabajo.

Pensando algunas Reglas para un Sistema Simplificado Argentino

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

Nuestro país, en las circunstancias actuales, se enfrenta con el riesgo de que una cantidad importante de empresas deban recurrir a remedios de reestructuración a los fines de superar sus presentes dificultades, generados como consecuencia de la pandemia y de las medidas adoptadas para su contención.

Si tomamos en consideración esta circunstancia el riesgo que enfrenta nuestro sistema institucional es que Tribunales debiera recepcionar un volumen de causas enorme que excedería en mucho lo habitual. De suceder esto, lo más grave sería que se podría exceder la posibilidad real y habitual de procesamiento de información que el sistema institucional posee y puede brindar de acuerdo a las metodologías presentes en materia de insolvencia.

Por ejemplo, si tomamos un informe de cheques impagos en la actualidad, se advierte que los tenedores legitimados de los mismos, podrían, renegociar los pagos con los libradores, o iniciar acciones de recupero (juicios ejecutivos – con los costos que conllevan en cuanto a tasas de justicia) o usarlos para solicitar la quiebra de los deudores apelando a dichos títulos. Si ello sucediese, seguramente, los deudores, a los que se les inicien acciones legales estarían incentivados a recurrir a un procedimiento de reestructuración judicial (concurso Preventivo), lo que podría implicar un efecto dominó de los acreedores afectados y sus deudores, que aumentaría aún más el volumen de tales procesos, como consecuencia de que los acreedores son también deudores de otros y así todo el sistema.

Es preciso advertir el problema en estos momentos, aunque debería haberse previsto con anterioridad la posibilidad de estas circunstancias dramáticas y establecer un sistema de reestructuración agilizado o simplificado a los fines de evitar congestionar a los tribunales en momentos de alta dificultad económica. Demorar los procesos agrava la situación general originando la necesidad de concursar a los acreedores, y ello tendería a agravar la posibilidad de recupero de la actividad económica general. El riesgo es que firmas que se concursen podrían durante el proceso quebrar porque el sistema judicial en el que opera no responde a la velocidad que necesita la firma concursada, los acreedores y los trabajadores.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

Así surge como posibilidad, el tratar de diseñar un sistema de reestructuración extrajudicial, de fuerte contenido contractual y con supervisión judicial que trate de recuperar rápidamente a aquellas firmas que no requieran procedimientos de mayor complejidad procesal.

Ello permitiría descongestionar la labor tribunalicia cotidiana, que en la actualidad, a veces excede la posibilidad real de gestión. No olvidemos también, un problema no menor, en pocas jurisdicciones hay tribunales especializados en lo concursal, en algunas los tribunales competentes son comerciales en general y en otros son civiles y comerciales, cuando no integran también laboral y de minas. Afirmo esto, para que tomemos dimensión de una realidad que comprende a todo el país y no solo a la Capital Federal. Este diseño institucional, fue pensado para una época y ahora estamos en otro momento histórico y de evolución institucional. Este requiere cambios instrumentales y operativos.

Un sistema simplificado, que nos permitiese con cierta rapidez sacar de adelante un volumen importante de reestructuraciones facilitará también el recupero del flujo de fondos hoy afectado y lo importante es que esto se concentraría en firmas de gran importancia social, como son las Pymes. Podemos decir que haciendo un parangón con la medicina, sería tener una herramienta terapéutica más, que se suma a otras alternativas terapéuticas para así tener un stock de procedimientos entre el cual puedan los profesionales recomendar a sus clientes por ser más adecuados para el tratamiento de la insolpandemia. Si reducimos los sistemas de reestructuración o los complejizamos, obtendremos más quiebras y más pérdidas sociales.

Este tipo de procesos encuentra un reconocimiento internacional en los trabajos que sobre cuestiones de insolvencia se vienen realizando en el ámbito de la Sección V de la UNCITRAL y que se encuentra en la obra, Guía legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia.

En ella se ha aconsejado la conveniencia de estos procesos, los que deberán sujetarse a ciertas reglas para así tornar los mismos en una herramienta adecuada para este tipo de situaciones.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

Como informa la obra en la que participaron representantes de diversos países del mundo, el objetivo de ellos es lograr:

a) Reconocer que las negociaciones voluntarias de reestructuración, en las que se suele tratar la reestructuración de la deuda contraída con prestamistas y con otros acreedores institucionales, y también con importantes acreedores no institucionales cuando su participación es decisiva para la reestructuración, pero en las que no participan todas las categorías de acreedores, constituyen un instrumento rentable y eficiente para rehabilitar las empresas que tienen dificultades económicas;

El objetivo de este sistema es tratar de que las reestructuraciones no afecten al universo de “todos los acreedores” sino a quienes específicamente se les debe y que resulten directamente comprometidos en este proceso. No es necesario obligar a reestructurar la deuda de quien cobra con cierta normalidad. Ese concepto de obligar al conjunto “todos” solo es lógico en las quiebras, no en los procesos de reestructuración.

Obsérvese que en nuestro país, en ciertos procesos de APE, se ha adoptado el criterio, reconocido en otras legislaciones como la de los EEUU y de Alemania, de solo negociar con quienes específicamente se les debe y al resto de los acreedores de la firma deudora pagarle de acuerdo a sus títulos. Ello es importante porque disminuye los costos de negociación y mejora los sistemas de verificación, evitando distorsiones negociales.

Así el concepto de “universalidad” en materia de acreedores, se concentra en aquellos acreedores a los que efectivamente se les debe y cuyo pasivo tiene incidencia en la continuidad de la actividad de la firma. Se evita de este modo, aumentar el efecto dominó que tendría forzando a que se presenten la totalidad de los acreedores, generándose una “insolvencia colateral” fruto de la universalidad extensiva a la totalidad de los acreedores.

b) Promover y facilitar las negociaciones voluntarias de reestructuración;

En la evolución histórica y sociológica los sistemas de insolvencia han sido fundamental y mayoritariamente de carácter privado. Cuando una parte tiene dificultades, primero negocia con sus acreedores y si no puede recomponer

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

la relación contractual, va a los tribunales, la alternativa tribunalicia es complementaria a una negociación primaria. Y esto no se puede alterar porque hace a la propia naturaleza social del hombre. Adoptar otro criterio es directamente antinatural, porque implicaría que ante cualquier dificultad económica o financiera debiéramos recurrir a los tribunales y eso, debemos reconocerlo, no lo hace la gente.

c) Formular un procedimiento regulado por el régimen de la insolvencia que:

i) preserve las ventajas logradas en las negociaciones voluntarias de reestructuración cuando la mayoría de cada una de las categorías de acreedores afectadas acepten un plan;

ii) reduzca al mínimo las demoras y los gastos y evite el fracaso del plan convenido en las negociaciones voluntarias de reestructuración;

iii) vincule a los miembros minoritarios de cada categoría afectada de acreedores y titulares de acciones que no acepten el plan negociado;

iv) prevea los mismos requisitos de fondo, pero con plazos más breves, que para los procedimientos de reorganización en virtud del régimen, y disponga esencialmente las mismas salvaguardias.

d) Suspender, con las debidas salvaguardias, los requisitos de otras leyes que puedan impedir o inhibir el uso de procesos que retrasen la invocación del régimen.

Se debe pretender a que el procedimiento agilizado o simplificado tenga las mismas garantías jurídicas que los procedimientos formales, a los fines de salvaguardar los derechos de todas las partes comprendidas en la negociación y los terceros. Como se advierte, las recomendaciones incentivan la baja de costos procesales, por lo que en la realidad actual deben instrumentarse sistemas informáticos que permitan gestionar la labor de reestructuración con el menor uso de papel posible.

Hoy los tribunales tienen una enorme dedicación de tiempo, espacio y recursos humanos puesto en “administrar papeles”, lo que en el siglo XXI es inadmisibles e implica un costo para la comunidad importante. Mucho de los hoy

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

procedimental, podría convertirse en digitalizado y de pública consulta, lo que facilitaría la transparencia de los sistemas procesales y legales.

Además se torna imperioso informatizar, formularios de presentación, evitando así la cita de reiterada doctrina que históricamente se repite a lo largo de los años y que no aportan nada al entendimiento de la realidad del conflicto de insolvencia.

Además necesitamos poder obtener estadísticas imprescindibles en estos casos. Los casos de insolvencia por pandemia, requieren el diseño colateral de políticas públicas y si no tenemos adecuada información, que excede la estadística actual que hacen los poderes judiciales, no podremos diseñarlas. Por ejemplo, poder conocer ¿qué actividades comerciales son las más afectadas tanto en su carácter de deudores como de acreedores?, ¿cuáles regiones del país, son aquellas en que se encuentran las industrias y comercios más vulnerables desde lo social y lo laboral?, ¿quiénes son las firmas acreedoras habituales y que riesgo de caer en un proceso concursal presentan? Este tipo de información, de la que hoy se carece les permitirá a las autoridades del país elaborar políticas públicas que respondan a realidades concretas que se presentan y no a aquellas sustentadas en un mero conocimiento de creencias o comentarios. Datos, se necesitan datos confiables.

Una labor que debe encararse, es la armonización imprescindible de las normas que en materia financiera dicta el BCRA (Banco Central de la República Argentina), la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) como también de las leyes laborales. Esto en general no ha sucedido, por lo que es preciso destacar que el adecuado funcionamiento de estas normas, se vincula con la necesidad de readecuación a las nuevas realidades del conflicto. Si estas normas se mantienen de modo ausente a la crisis de las organizaciones, más allá de aumentar el riesgo de insolvencia y que en su consecuencia los mismos sujetos no recuperen sus acreencias, se producirá un efecto al que en general se le ha prestado poca atención en nuestra bibliografía especializada, que es, el efecto que la rigidez normativa tiene en el desarrollo de la economía informal. Castigando así a los trabajadores y a la propia empresa, bienes que por el otro lado se pretende tutelar.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

Las normas de UNCITRAL que hemos referido, suponen una situación de crisis económica pero no, de catástrofe por pandemia generada por un virus u otro factor. Por ejemplo ¿qué sucedería en caso de crisis por contaminación radioactiva (Chernobyl y Fukushima)? Esto no es una hipótesis descabellada. Esto ocurrió y el costo humano, físico y económico fue cuantioso. En una sociedad global altamente dependiente, requiere otros modos de enfrentar este tipo de problemas. Caer en una mera readecuación de los procesos existentes no nos ayudará a solucionar los problemas reales de la gente.

En las crisis pandémicas y/o de catástrofes incontrolables, el temor con el que la gente comienza a vivir, radica en que nada va a volver a ser como era. Ello implica incertidumbre, y las leyes de insolvencia no están pensadas para situaciones de incertidumbre.

Además el sistema simplificado debe tener la característica de que ante su mera solicitud, el deudor obtenga un marco de protección conocido en el derecho comparado como “automatic stay”, a los fines de evitar la continuación de las acciones de contenido patrimonial en su contra y de este modo comenzar un proceso rápido de reconocimiento de créditos, que tranquilamente puede ser extrajudicial y que solo ante el conflicto se requiera la participación del juez, ello simplifica la complejidad negocial entre las partes y el juez solo se limita a resolver aspectos en que las partes con ayuda de un síndico no pueden resolver. Puede parecer anómalo el sistema, pero en general el proceso actual de reconocimiento crediticio, fue pensado y diseñado para otro tipo de conflictos y para cuando las partes podían tolerar tiempos procesales distintos, la dinámica de la economía y tráfico comercial se ha acelerado gracias a herramientas que en el año 1972 y 1995 no estaban disponibles.

Todo este sistema de reconocimiento y negociación entre las partes, no necesita ser realizada ante un juez, puede realizarse tranquilamente de modo extrajudicial y el deudor puede solicitar la participación de una persona, que a su criterio, sirva para llevar adelante una negociación, porque su prestigio en la actividad o en la comunidad da seguridades a las partes. Este negociador solo tratará de facilitar la concreción de los acuerdos, nada más. No tendrá facultad jurisdiccional alguna.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

Por supuesto que tanto el reconocimiento de créditos como la negociación podrán realizarse a distancia, haciendo uso de los sistemas actuales de comunicación que las partes utilizan a diario. Lo importante es simplificarle a las partes el arribo a una negociación, por las ventajas anteriormente señaladas.

Y de acuerdo a las características del acuerdo y de las partes, ellas podrán solicitar la homologación a través del sistema del Acuerdo Preventivo Extrajudicial o si hay unanimidad, tal vez no. Es decir, son las partes las que deciden el grado de participación y de formalidad a darle al proceso.

Un factor ineludible se vincula con que las partes deben obrar de “buena fe” y sin que puedan hacer uso o “abusar de su posición dominante” por ninguna de ellas, deudor y acreedores, privilegiados o quirografarios. Esto se vincula con el concepto, antes expuesto de “esfuerzo compartido” que deben asumir todas las partes. Si seguimos incentivando el comportamiento de “abuso de posición dominante” de determinados acreedores, a los que estaremos sacrificando será al resto de los acreedores y de los trabajadores, en aras de quien hace uso de su posición dominante activa (impone las condiciones) o pasiva (se niega a participar si no se le reconocen excepciones negociales que se tornan imposible trasladar a todos). Nada de esto puede ser aceptado en los sistemas negociales modernos y en casos de catástrofe para todos.

También y esto se vincula con lo anteriormente expuesto, debemos tener presente que las leyes de insolvencia al no haber incorporado el factor de incertidumbre, porque fueron pensadas en modelos de certidumbre, tienen un elemento distorsivo en su propio diseño y entran en crisis cuando las variables no controlables se alteran. Por ello la necesidad de tener sistemas flexibles y adaptables a las necesidades de las empresas, dado que a lo mejor, y como se advierte en el derecho comparado, los sistemas formales existentes sirven más para firmas industriales y los sistemas informales sirven más para las firmas basadas en el conocimiento. En esto debemos volver a pensar en generar marcos adecuados donde cada parte pueda integrar su historia. No pretender diseñarle la vida y su historia a cada parte desde el sistema formal.

Debemos tener presente que muchas de las leyes de insolvencia actuales al no haber incorporado el factor de incertidumbre, dado que fueron

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

diseñadas en otros momentos históricos, y se sustentaron en modelos de certidumbre, por ello para supuestos como el presente, presentan un elemento distorsivo en su propio diseño y por ello entran en crisis cuando las variables no controlables se alteran, como en casos de catástrofes.

Así tengamos presente que,

“...que el cambio siempre se origina por un problema, que es la brecha entre las aspiraciones y la realidad...”⁵

Buenos Aires, 29 de mayo de 2020.



DECONOMI

⁵ Ver EICHHOLZ, Juan Carlos – Capacidad Adaptativa – LID editorial.com, edición digital, pág. 116.