

## **“El día después de la emergencia**

### **Una oportunidad para el derecho concursal”**

por Gabriela Antonelli Michudis<sup>1</sup>

#### **§ Introducción**

El estado de emergencia sanitaria que asoló a la humanidad en el año 2020 puso a mujeres y hombres de derecho frente a la necesidad de pensar qué posibilidades ofrecen las normas vigentes en materia de insolvencia para hacer frente a las consecuencias que, en economías devastadas por la inactividad, trascendió al mundo empresario.

El tema es objeto de estudio permanente por quienes, dedicados a la práctica del derecho comercial, se enfrentan al cometido de proponer soluciones tendientes a la conservación de la empresa cuando no sea necesaria su más eficiente, -aunque dolorosa- liquidación, extrema *ratio* en caso de otras alternativas infructuosas.

La empresa, por definición, es caracterizada a partir de, por lo menos, dos elementos esenciales: actividad y organización. Es, como síntesis de ambas, actividad organizada y durante años se predicó que, entre ambos elementos, era decisiva la organización, pues la existencia de la actividad parecía incuestionable.

Elo permite sostener que solo la que es organizada puede ser calificada como actividad empresarial, descartando aquella que, desarticulada, caótica o solamente esporádica, no encuadraría en el molde de tal objeto de estudio.

Además de los caracteres nombrados, el riesgo es también un elemento connatural a la vida de la empresa, sea este más o menos previsible o absolutamente fortuito -imprevisible o inevitable- como resultó ser, probablemente, el surgimiento de una pandemia que recordarán por el resto de

---

<sup>1</sup> Profesora Adjunta regular de Derecho Comercial, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Postgraduada en Asesoría Jurídica de Empresas UBA y Magíster en Derecho Comercial y de los Negocios UBA.

# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

sus vidas sus protagonistas y de la cual dará cuenta la historia por generaciones futuras.

Es, sin dudas, un hecho sin precedentes que nos lleva a poner en crisis muchas de las verdades que entendíamos absolutamente naturales.

En primer lugar, que el concepto de empresa presuponga la existencia de actividad permite advertir en qué medida ello se vio comprometido durante el primer semestre del año hasta ahora consumido.

En diferente oportunidad y medida, pero con similar alcance, los países fueron imponiendo modalidades precautorias, en la República Argentina, mediante el denominado asilamiento social, preventivo y obligatorio. Este, que fue pensado con el propósito de preservar vidas humanas, paralizó la economía en la misma medida que prohibió la realización de todo tipo de actividad no esencial. A partir de tal imposición fue necesario delimitar cuáles fueron consideradas prescindibles y con ello surgió un orden nuevo: el de los modelos de negocios y oportunidades emergidos de la desventura y el de la desaparición de otros, cuya no esencialidad relegó su reinicio para tiempos futuros.

De modo paralelo, los estados nacionales fueron diseñando opciones de asistencia para cubrir funciones eminentemente alimentarias o como paliativo de la parálisis económica, al tiempo que, desde el empresariado comenzó a dirigirse la vista hacia aquellos con la esperanza de recibir la ayuda que permita transitar el camino hacia alguna forma de normalidad.

Con respuesta de similar factura, países en los que habría sido inimaginable justificar el incremento del endeudamiento público, como es el caso alemán, acudieron en salvaguarda de la actividad privada mediante la implementación de formas variadas de ayuda para asegurar la supervivencia empresaria.

En el análisis del instrumental al alcance de la mano para afrontar el devenir y planificar el día después, los actores del derecho concursal una vez más, como en circunstancias del pasado, promovieron el análisis detenido y minucioso de su texto para evaluar la necesidad de introducir ajustes, pensar institutos nuevos y proponer medidas de emergencia.

De esa actividad y de sus posibles alcances dará cuenta el presente trabajo.

## § El derecho de la insolvencia. Apenas una aproximación histórica

Excedería el marco de este ensayo argumentativo detenernos en la evolución histórica del derecho concursal, pero no cabe duda de que la sociedad enfrenta, desde siempre, acreedores y deudores en una relación de poder que, al menos en el pasado, tendió a favorecer al acreedor.

Jesús María Sanguino Sánchez, en su magistral trabajo sobre la dignidad del deudor, recuerda que el Libro de los Proverbios, 22:7, sentencia que el rico manda al pobre y quien toma prestado se hace siervo de aquel que le presta<sup>2</sup>.

En ese contexto se comprende que el derecho se haya encaminado insaciablemente a crear procedimientos protectivos del acreedor que le aseguraran una mejor posibilidad de recuperar lo prestado, aunque para ello tuviera que avasallar los derechos y hasta la vida del deudor.

En esa relación de poder el derecho fue evolucionando. Castigos infamantes en la propia persona del deudor que permitían alzarse con partes del cuerpo del sujeto, hasta alternativas igualmente crueles y humillantes como laceraciones y torturas, tal como se admitía en la ley de las XII tablas fueron generando gran malestar en la sociedad hasta impulsar acaso la más importante reforma que prohibió tales formas de abuso tendientes a asegurar el cobro de un crédito permitiendo que ello solamente pudiese intentarse agrediendo el patrimonio del cesante<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sanguino Sánchez, Jesús María. "La dignidad del deudor y otros estudios". Editorial Librería Ediciones del Profesional, 2004. ISBN 9587070224.

<sup>3</sup> Sanguino Sánchez, op. Cit. Describe con inigualable elocuencia la extrema modalidad admitida para el cobro de acreencias: Es la historia de la deshumanización del derecho de los créditos, creado por las clases dominantes, por los mercaderes, por los banqueros, por los usureros, por los grandes grupos económicos que no permiten que el deudor perturbe, con sus incumplimientos, el sistema creado para sus intereses económicos y jurídicos. Al decir de Carboniere, en el "Mercader de Venecia", se perfila el tipo del deudor moderno, el deudor comercial de obligaciones dinerarias. Es también el retrato del acreedor moderno, el banquero inclemente, arrasador, sin compasión ni miramiento alguno. Durante más de siete siglos, el

# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

El derecho de quiebras que en su origen tenía una finalidad principal o exclusivamente liquidatoria -descartada la posibilidad de prosecución de la actividad- evolucionó de modo evidente en su afán de moderar la tensión generada en esa relación bifronte y eliminar las duras represalias con las que los acreedores se alzaban en contra de sus deudores. Las apetencias del acreedor se atenuaron tras de haberse reconocido, además, que sus derechos no constituyen el único bien a proteger.

La gran empresa comercial, organizada muchas veces bajo algún tipo societario reconocido en la ley y consolidada durante el siglo pasado, puso en evidencia la necesidad de reconocerle protección en función del fin social que se le atribuye. Esta vincula al estado con los ciudadanos, canaliza buena parte de sus necesidades, provee fuentes de trabajo y favorece la organización de la vida en sociedad. Su primacía se fue acentuando a medida que también se admitió que al estado no se le puede pedir que provea todas las soluciones. No es difícil admitir entonces que se haya procurado encontrar un sano equilibrio entre las normas que históricamente habían sido pensadas para contribuir con el acreedor al cobro de lo suyo y el interés de la empresa en atención a su finalidad y funciones. Cada empresa que cierra no implica solamente el fracaso de un empresario o la frustración de su proyecto individual, sino que la quiebra propaga

---

acreedor adquirió el derecho de persecución sobre la persona del deudor para disponer de su vida o de su libertad, como forma de satisfacer las obligaciones adquiridas. El acreedor tenía el derecho de perseguir físicamente a su deudor disponiendo de su libertad o de su vida como se consagró en la Ley de las XII Tablas. La ejecución se desarrollaba a través de la “manus injectio”, al deudor juzgado por el juez se le concedía un plazo de treinta (30) días para cumplir la sentencia de pago. Transcurrido este plazo, si el deudor no cumplía con la sentencia del juez, el acreedor se apropiaba de la persona física de su deudor y lo volvía prisionero de sí, para que el pretor se lo adjudicara como un bien propio. Con la aprehensión física del deudor, al acreedor se le facultaba para amarrar a su deudor, para encadenarlo; la retención duraba sesenta (60) días, al cabo de los cuales, se le llevaba a los mercados públicos por tres días para que alguien redimiera sus deudas. Si el pobre deudor no tenía la fortuna de conseguir un familiar o un amigo que le cancelara la deuda, el acreedor quedaba autorizado para disponer de la vida del deudor, descuartizándolo o convirtiéndolo en un esclavo mediante la venta “tras Tiber”. Si existía una pluralidad de acreedores, la ejecución se realizaba con el descuartizamiento del deudor, cuyas partes se repartían entre sus acreedores en proporción al monto de sus créditos. La institución de la “partis secando” no señala si las partes del cuerpo del deudor tenían el mismo valor, o si alguna de ellas era de significativa importancia. Algunos historiadores señalan que en ningún caso se efectuó la sentencia de descuartizamiento del deudor. Aunque existía la institución, ella tenía como finalidad servir de medio intimidatorio. Cuando se sustituyó el sujeto de la persecución en la persona del deudor para instaurar las acciones del acreedor solamente contra su patrimonio, la ley consagró el estatuto de la “pignoris capio” por el cual los acreedores tomaban todos los bienes de su deudor, sin limitación alguna para constreñirlo a cancelar todas sus obligaciones.

su efecto estigmatizante hacia los trabajadores en relación de dependencia y sus familias, deteriorando de modo significativo todo el tejido social como consecuencia de la pérdida de puestos de trabajo, contratos incumplidos y cierres en cadena.

Tal nueva concepción significó, en diversa medida, la moderación del rigor de las leyes de quiebras aun cuando todavía suele conservarse una mirada más benévola para proteger del infortunio al deudor a quien la desventura le llegó por casualidad respecto de aquel que abusó del crédito. De esto dan cuenta algunas legislaciones como la ordenanza alemana de insolvencia de 1994 cuyo artículo 1º, tras indicar la finalidad del procedimiento, permite que a los deudores honestos les sea concedida la oportunidad de exonerarse de las obligaciones residuales.

## § La ley de concursos y quiebras nuevamente en el banquillo

Tan cuestionables eran los estatutos quebrarios que solo pensaban en cómo proteger a una sola de las partes, como sofisticados son los actuales que deben asegurar un delicado equilibrio entre todos los intereses en juego. Sin embargo, tan alta es la expectativa y la exigencia con que se concibe a la ley concursal que – como se dijo en algunas ocasiones- se advierte una tendencia a esperar que ella opere milagros y que, de cualquier modo, evite la quiebra, acaso el mal mayor.

Justamente, para preservar todos esos intereses en tensión es posible advertir que, cada vez que un hecho sobreviniente altera de modo significativo el decurso de la vida empresarial, se piensa en una reforma que modere su texto, que lo haga menos rígido.

La República Argentina atravesó históricamente distintas circunstancias que la llevaron a reconsiderar el texto de su ley concursal. En ese camino, como siempre sucede, se hizo presente la intención política del legislador.

Pero también vale la pena recordar que cuando una ley llega es, en general, porque algo le antecede en el campo de lo fenomenológico.



# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

Así, en el año 1995, mientras se desarrollaba el debate parlamentario que antecedió a la ley 24.522 y se examinaban las razones de la urgencia en sancionar una ley, tuvo lugar un interesante debate en el Congreso de la Nación mediante el cual se pretendía justificar que la reforma se fundaba en ciertos índices que eran, precisamente, similares a los que hoy se tienen en consideración.

El diputado Gauna, en uso de la palabra, respondía su par, el diputado Polino proveyéndole una serie de estadísticas en las cuales entendía fundada tal necesidad de reforma. A ese fin citó datos sobre el incremento del número de pedidos de quiebra que se habían promovido en los últimos cinco años, tal como los había obtenido de la Cámara Nacional en lo Comercial y de los índices de inflación y de desocupación en función de los cuales propiciaba la reforma para hacer el texto de la ley más accesible a los tiempos que se transitaban<sup>4</sup>.

La ley 24.522 era en muchas medidas más benévola que su antecedente, aunque la reducción sustantiva de los plazos de tramitación podía hacer pensar lo contrario. Mientras, por un lado, se eliminaba toda referencia a la calificación de conducta, a la obligación del deudor de ponerse al amparo de la ley con extrema perentoriedad a partir de la evidencia de la cesación de pagos, a la posibilidad de que el síndico condicionara la suerte del concurso expresando si -en su opinión- la propuesta sería no de posible cumplimiento o a la facultad del juez de homologar el acuerdo si consideraba que el deudor era merecedor de la solución preventiva aunque la propuesta hubiese recibido las mayorías de ley por parte de los acreedores llamados a realizar -precisamente- los mayores sacrificios, por otro lado se acortaban los plazos para asegurar la continuidad de aquellas empresas que fueran económicamente viables y propiciar la más rápida

---

<sup>4</sup> “En 1990 hubo 1489 pedidos de quiebra y el índice de desocupación fue del 6,7%. En 1991 ese número ascendió a 2.827 casos. En 1992 fueron 3.766 los pedidos de quiebra y en 1993, 5.617 con un índice de desocupación de un 9,3%. En 1994 esas solicitudes llegaron a 8.190, con un índice de desocupación del 12,2 por ciento y al 7 de julio del corriente año ya se han registrado 5.133 pedidos de quiebra, mientras que el índice de desocupación alcanza al 18,6%. Teniendo en cuenta que la población económica activa es de 13.200.000 personas, los argentinos sin trabajo serían 2.500.000. De allí la urgencia en sancionar a toda costa este proyecto de ley en revisión sobre concursos y quiebras”.

liquidación de que aquellas que no lo fueran. Tal criterio de conservación de la empresa estaba presente en el ordenamiento alemán de la misma época<sup>5</sup>.

Sin embargo, la ley 24.522 llegó a la República Argentina en un momento en el cual lo peor aún no era imaginable.

Un ejemplo de cómo se vincula una situación excepcional con la necesidad de reforma del régimen concursal puede verse a la luz de lo que ocurrió en el año 2002. Mediante ley 25.561 se declaró la denominada emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria y, nuevamente, con escasos cuatro meses de diferencia mediante leyes 25.563 y 25.589 se reformó sucesivamente la ley de concursos y quiebras. Una vez más, con aquella draconiana modificación, se proponía evitar que el empresariado argentino se viera arrastrado a la debacle e intentar que se minimizaran las consecuencias de la crisis.

A tal fin, se decidió flexibilizar su texto para evitar una afluencia masiva de solicitudes de quiebra y el fracaso de concursos preventivos en trámite. Por primera vez se perforó el piso del 40% el deudor debía abonar, por lo menos, a sus acreedores quirografarios lo que vino complementado con la facultad del juez de no homologar un acuerdo alcanzado a partir de una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

A dieciocho años de aquellas reformas estamos frente a una nueva emergencia que, por definición, supone una situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata. Mucho es lo que se escribió en los últimos meses en relación con las consecuencias de la paralización de la actividad económica a causa del aislamiento obligatorio dispuesto y en muchos de esos trabajos se hace referencia a que la emergencia que motiva esta crisis es diferente a las precedentes, afirmación que puede compartirse sin lugar a duda. Se trata de una circunstancia de alcance mundial sin precedentes en sus causas y, probablemente, en sus efectos.

---

<sup>5</sup> “el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente especialmente dirigida a la conservación de la empresa” § 1º, InsO.

Heráclito, haciendo referencia al devenir afirmaba que todo cambia, que nada permanece. A él se le atribuye la idea de que nadie se baña dos veces en el mismo río, explicando no solo que el agua del río fluye, sino que las personas también se modifican de un momento a otro.

Poco importa entonces si las causas y los efectos del conflicto de 2002 eran sustancialmente distintos a los de la actualidad y si nosotros ya no somos los mismos. Lo que resulta relevante es que, una vez más, mujeres y hombres de derecho se congregan en busca de una alternativa con la que hacer frente a lo que seguramente tienen de común esta crisis y cualquiera que podamos recordar. En el caso de la Argentina, la del año 2002, aunque otros países experimentaron en las últimas décadas fenómenos propios con consecuencias de similar poder lesivo<sup>6</sup>. Y nuevamente, en esta crisis, se plantea la necesidad de reformar la ley concursal procurando hacer de ella una herramienta más amigable de cara a los tiempos que se avecinan.

La pregunta que anima este ensayo es si a la ley de concursos y quiebras se le puede pedir un nuevo esfuerzo y en su caso, cuál.

## **§ El dilema de la reforma: legislar para la emergencia o legislar para día después**

Con más dudas que certezas, la Argentina avanza adaptando modelos de países que se encuentran en situación similar o adoptando fórmulas propias. Con una cuarentena súmamente larga y con voces que se alzan en favor y en contra de su mantenimiento, lo que no parece generar dudas es el círculo vicioso según el cual mientras no haya vida poco importa la economía y mientras se proteja la vida con una actividad económica significativamente acotada poco podrá hacerse para proteger al empresariado, ni siquiera con los incentivos que el estado pueda proveer transitoriamente.

En la encrucijada acerca de qué bien es razonable priorizar se generan posiciones encontradas, no por desprecio a la vida sino porque a ella se la entiende también protegida cuando se preserva el bienestar en sentido

---

<sup>6</sup> La crisis de la zona euro de 2008 que atribuye su origen a la crisis sub prime que comenzó en EEUU en el año 2007.



# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

ampliado, aun con los riesgos que eso importa. Y en este punto del análisis es cuando se presenta la disyuntiva de propiciar normas de emergencia o de pensar en una reforma más integral del texto de la ley 24.522.

Para satisfacer la primera hipótesis, en la urgencia, se trabajó con iniciativas privadas emergidas de la combinación de ámbitos académicos y profesionales del derecho en la elaboración de algunas propuestas pensadas para ser acercadas a los poderes ejecutivo y legislativo para que, sea mediante un decreto de necesidad y urgencia el primero o en el marco institucional que supone la sanción de una ley, en el segundo caso, se rescaten algunas de las alternativas que se sugirieron para los puntos más controversiales que los textos legales vigentes ofrecen en este momento de transición.

Entre algunas de esas medidas se propuso la suspensión de ejecuciones, la inembargabilidad de las cuentas sueldo y de aquellas en las que se depositen fondos provenientes de la asistencia social del estado, el mantenimiento de servicios energéticos básicos, la suspensión de decretos de quiebra con apertura de una instancia negociadora, la suspensión de ejecuciones por remate no judicial en el concurso preventivo, la suspensión de la subasta que impida al deudor concursado el uso de la cosa gravada con prenda o hipoteca, la dispensa por el juez de recaudos formales para facilitar la apertura del proceso concursal preventivo, el alargamiento del período de exclusividad en concursos preventivos que se encuentren en trámite, la suspensión del impedimento para un nuevo concurso en el caso de que sobrevenga un desistimiento sanción si es que el deudor tiene pedidos de quiebra en trámite, la eliminación de la inhibición para un nuevo concurso preventivo que impone el artículo 59 de la LCQ, la posibilidad de reformular propuestas de acuerdo ya homologadas si la causal que impide su cumplimiento puede situarse en la ventana de tiempo comprendida ente el inicio de la pandemia y el límite que se otorgue al estado de emergencia y medidas para favorecer el acceso al crédito.

Criterios de similar factura fueron adoptados por varios países atravesados por la misma epidemia. Solo a modo de ejemplo pueden citarse los casos de Alemania, España e Italia.

# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

A la espera de poder contribuir a la supervivencia de muchas empresas, Alemania legisló para mitigar las consecuencias de la pandemia en los procedimientos civiles, de insolvencia y penales. El día 27 de marzo de 2020 entró en vigor la ley de insolvencia Covid19 cuyo artículo 1º dispuso su efecto retroactivo al 1º de marzo de 2020 y vigencia por ciento ochenta días, hasta el 30 de septiembre de 2020, prorrogable hasta el 31 de marzo de 2021.

La norma alemana suspende la obligación de declarar la propia insolvencia que pesa sobre el sujeto o sobre aquel que según la ley deba ser quien represente al ente ideal<sup>7</sup>. Esta obligación se extiende, normalmente, hasta tres semanas después de que se haya producido la incapacidad de pago o el sobreendeudamiento y es de aplicación muy estricta en el derecho alemán, sancionado incluso por el derecho penal.

También se suspende el derecho del acreedor de solicitar la declaración de quiebra del deudor.

En la ley alemana, la circunstancia que aqueje al sujeto debe tener como causal la epidemia a la que ese país tampoco pudo sustraerse. A ese fin la presunción es que, si al 31 de diciembre de 2019 el sujeto estaba *in bonis*, las dificultades, la insolvencia o el sobreendeudamiento adquiridos con posterioridad se deben a la epidemia. Contrariamente, debe suponerse que no podrá ampararse en la suspensión quien ya se encontraba en crisis de solvencia con anterioridad a la fecha indicada ni se concederá el derecho a las suspensiones

---

<sup>7</sup> La obligación de denunciar surge de la InsO §15 y del §42 del Código Civil: Insolvency (1) An association is dissolved by the commencement of insolvency proceedings and on the order becoming legally final by means of which the commencement of the insolvency proceedings has been rejected for insufficiency of assets. If the proceedings are discontinued on the application of the debtor or terminated after the confirmation of an insolvency plan that provides for the association to continue in existence, the general meeting may pass a resolution that the association is to continue in existence. The articles of association may provide that, if insolvency proceedings are commenced, the association is to continue as an association without legal personality; in this case too, if the requirements of sentence two above are satisfied, a resolution may be passed to continue the association as an association with legal personality. (2) If an association is insolvent or is overindebted, the board must petition for the commencement of insolvency proceedings. If there is delay in petitioning, the members of the board who are at fault are responsible to the creditors for the damage resulting from this; they are liable as joint and several debtors.

# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

previstas en el texto legal a quienes, aun encontrándose en tal situación a causa de la emergencia cuenten con un pronóstico de solvencia futura improbable.

En España, la normativa de emergencia debe convivir con el nuevo texto refundido de la ley concursal dictado por RD 1 del 5 de mayo de 2020 que rige a partir del 1º de septiembre de 2020.

Este permitió consolidar en un único texto las modificaciones legislativas ya existentes y servir de aclaración a determinados preceptos cuya redacción había dado lugar a criterios jurisprudenciales y doctrinales contrapuestos e introducir interpretaciones que la jurisprudencia acuñó sobre todo a partir de las reformas y de ciertas medidas de emergencia que debieron adoptarse en el año 2008.

De este modo, en el marco de la emergencia, el RD 16 en vigor desde el 30 de abril de 2020 para regir hasta el 31 de diciembre de 2020 suspendió la obligación de solicitar el concurso que pesa sobre el deudor dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer su estado de insolvencia y el derecho del acreedor de solicitar el concurso necesario, aunque el deudor conserva el derecho de solicitar su concurso y de comunicar el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. También incorporó, para personas especialmente vinculadas al deudor, que fuera de las condiciones de emergencia serían titulares de créditos subordinados, el beneficio de colocarlos en situación de acreedores ordinarios al tiempo que concedió prioridad de cobro a los créditos otorgados al concursado.

En otro orden, se permite modificar acuerdos homologados para evitar la liquidación de bienes derivada de la imposibilidad de su cumplimiento por causas sobrevinientes a la crisis sanitaria.

La particularidad del caso italiano reside en que el 12 de enero de 2019 se sancionó el Código de la crisis de la empresa y de la insolvencia, como se dio en llamar al nuevo texto legal. Su entrada en vigor que estaba prevista para el 15 de agosto de 2020 fue diferida por decreto 23/2020 del día 8 de abril hasta el 1º de septiembre de 2021.

# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

Entretanto, Italia también dictó medidas urgentes para proteger a las empresas que antes de la pandemia se encontraban en situación de equilibrio, en el marco del mismo decreto de emergencia.

De acuerdo con la ley italiana, según dispone su artículo 37, la iniciativa de acceso a los procedimientos de regulación de la crisis o de la insolvencia previstos en la norma está en cabeza del deudor, mientras que la demanda de apertura de una liquidación judicial puede ser propuesta por el propio deudor, por los órganos y autoridad administrativa que tengan funciones de control y vigilancia sobre la empresa, por uno o más acreedores o por el ministerio público. En el marco de la emergencia se impide la declaración de quiebra y solo se permite adoptar medidas relativas a la preservación del patrimonio, la postergación del vencimiento de acuerdos homologados cuyos términos deban vencer durante el año 2020 y la prolongación del plazo para presentar acuerdos.

Como puede advertirse, la mayoría de las medidas reseñadas tiende a ganar el tiempo necesario para permitir al empresariado reconducir el giro de sus negocios sustantivamente alterado por la crisis pandémica del año en curso.

Pero antes o después habrá que enfrentarse a la necesidad de admitir si una empresa es o no viable. Las medidas suspensivas solo implican acompañar normativamente la paralización de las actividades dispuestas desde los distintos gobiernos nacionales que así lo decidieron con el fundamento de priorizar la salud pública, hasta tanto estén dadas las condiciones para su reapertura y la vuelta a la normalidad en alguna de sus formas posibles.

Sin embargo, y este es el eje del presente ensayo, es probable que la solución de fondo no esté en las posibilidades de la ley de concursos y quiebras a quien suele dirigirse la mirada cada vez que una circunstancia extraordinaria se interpone severamente en el decurso normal de los acontecimientos. Por ello, independientemente de cuán necesaria sea una reforma, esta no tendrá la virtud de impedir un importante número de quiebras.

Es probable que estemos ante un evento de suficiente entidad para generar un cambio de trascendencia en los términos que imaginó Thomas Kuhn en *La estructura de las revoluciones científicas*, tal vez una de las obras más



# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

citadas de los últimos sesenta años cuya idea fundamental es la concepción del cambio paradigmático, *paradigm shift* que nos muestra lo inasequible de la verdad total y a la ciencia como una sinfonía inconclusa.

No es difícil imaginar que algunos cambios hayan llegado para quedarse. En ese sentido, no parece haber dudas de que la denominada cuarentena -más allá de su real extensión- aceleró procesos tecnológicos cuya evolución habría llevado años y habría demandado un cambio generacional que la humanidad no tuvo tiempo de esperar.

En pocas pero elocuentes palabras en un reciente trabajo que abordó el análisis de las posibilidades y dilemas que se nos presentan en relación con los tribunales digitales se nos mostró que *“En la brevedad de un momento, personas, organizaciones y países enteros se vieron forzados a replantearse las formas en como se hacían las cosas. Los trámites que solían ser señalados como eminentemente presenciales fueron alterados de un plumazo para adoptar de lleno modalidades virtuales. En un abrir y cerrar de ojos se desmoronaron axiomas conforme a los cuales ciertas actividades debían ser tratadas en algún recinto específico, registradas en papel, firmadas a mano, abonadas en efectivo o discutidas en persona”*<sup>8</sup>.

Tal vez, entonces, algunas cosas hayan cambiado para siempre. Con ello, también se habrá extinguido la demanda en áreas cuya subsistencia no es responsabilidad de la ley concursal y habrán nacido otras cuyo éxito solo se debe también a las circunstancias del momento.

Que la industria del espectáculo sea menos rentable que la de fabricación de indumentaria médica solo es consecuencia de un evento desafortunado. Y respecto de ello, nada podrá modificar la ley de concursos.

En menos palabras, a la LCQ no podrá pedírsele que haga viables empresas inviables. Ella no evitará la quiebra de sujetos cuyo modelo de negocios haya quedado aniquilado por el cambio paradigmático que atraviesa la sociedad en su totalidad. Solo podrá aprovecharse este momento de crisis como una oportunidad para repensar su texto, si se espera que ella resulte una

---

<sup>8</sup> “Tribunales digitales y Jueces – Máquina. El futuro de la administración de justicia: entre lo deseable y lo posible” SANTIAGO OÑATE - MARTÍN D. HAISSINER, 2020.



herramienta útil y moderna para tiempos venideros, pero no tendrá incidencia decisiva, cualquiera sea su redacción final, para alterar el destino de empresas inviables.

Este concepto viabilidad empresarial está, de larga data, presente en nuestra legislación. Como se dijo en párrafos previos, se encontraba presente en el momento de sancionarse la ley 24.522 y se encuentra reforzado, actualmente, en el artículo 100 de la Ley General de Sociedades cuya nueva redacción incorporó, como parámetro de conservación, la exigencia de viabilidad económica y social.

Dicho esto, es probable que la ley 24.522 merezca alguna reforma. De ello se habla con frecuencia en encuentros científicos donde se reclaman ajustes al texto vigente, además de la incorporación de institutos de comprobada eficacia en el derecho comparado.

Ya en el año 1995 se remarcaba el hecho de que la ley proyectada partía de la necesidad de que el sujeto esté ante una situación de cesación de pagos para que proceda el régimen concursal, exigencia que no atiende a la necesidad de implementar normas preventivas de un derecho que podemos denominar pre concursal o para concursal que se anticipe a la cesación de pagos y que permita una mejor reestructuración antes de que la empresa incurra en cesación de pagos y cuando todavía se dispone de recursos suficientes que hagan más viable y posible su encauzamiento. Esta tendencia, menos judicializada, más dinámica y con menores costos, muy difundida en el derecho comparado, responde a la idea de que *il vaut mieux prévenir que guérir*, más vale prevenir que curar<sup>9</sup>.

En época más reciente, se incorporó la idea de pre-insolvencia con un estudio medular sobre la cuestión que concluyó con la elaboración de una propuesta de ley<sup>10</sup>.

La prevención es también, probablemente, uno de los ejes centrales de la legislación italiana que contempla entre sus presupuestos objetivos,

---

<sup>9</sup> En estos términos lo propiciaba el senador Aguirre Lanari en el recinto parlamentario cuando se debatía el texto de la actual ley 24.522.

<sup>10</sup> Tesis doctoral del Profesor titular y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la UBA, doctor Marcelo Gebhardt.

además de la insolvencia, nociones como la crisis y el sobreendeudamiento que el texto del Código se encarga de definir<sup>11</sup>.

En lo que concierne al régimen concursal preventivo, su dificultad procedimental abrió paso a proyectos de formulación simplificada, con un ámbito ampliado y coordinado de negociaciones inspirado en la modalidad del esfuerzo compartido y asimilable en sus efectos al acuerdo preventivo extrajudicial<sup>12</sup>.

En otro orden, se advierte que la legislación actual argentina no provee soluciones que aseguren el financiamiento externo e interno del ente concursado, de ese dinero fresco, *-fresh o new money* en su expresión inglesa o *argent frais* en su expresión francesa- y que tampoco provee incentivos adecuados para su concreción como es la denominada prededucibilidad de cobro de quienes se aventuren, para impulsar un negocio, a financiar a un sujeto en tales condiciones económico-financieras.

Tampoco es satisfactorio el régimen del acuerdo preventivo extrajudicial, por el momento la única vía de negociación pre o extrajudicial de pasivos cuyo texto no acierta en conceder a los acreedores las certezas necesarias para justificar los esfuerzos que se les requiere: sería plausible que una futura reforma logre superar la carencia de controles adecuados y permita facilitar un marco de negociación saludable con un *stand still* que ponga temporalmente en pausa la posibilidad de agresión del patrimonio por parte de los acreedores para permitir al deudor negociar con ellos sin la presión de acciones inminentes.

Pendiente de materialización permanece también la proclamada necesidad de un capítulo dedicado al endeudamiento familiar o de quien no

---

<sup>11</sup> Art. 2, Definizioni: 1. Ai fini del presente codice si intende per: a) «crisi»: lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate; b) «insolvenza»: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non e' piu' in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni; c) «sovraindebitamento»: lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

<sup>12</sup> Reciente proyecto presentado por los senadores Esteban Bullrich y Pamela Verasay en cuya redacción asesoró el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, doctor Juan Anich titulado "Proyecto de reestructuración empresarial simplificada".

realice actividad económica organizada, trabajador autónomo o en relación de dependencia sobre-endeudado como consecuencia, en general, de una relación de consumo. Para ellos, entre los varios proyectos que se gestaron puede citarse el que fuera elaborado a partir de la Resolución MJDH 1163/2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del 22 de mayo de 2015 mediante la cual se designó una comisión de reformas de la ley 24.522 y a la autora de este trabajo en calidad de secretaria. El proyecto contó con enorme predicamento en ámbitos científicos, académicos y políticos, aunque su concreción normativa quedó diferida para oportunidades futuras.

Un elemento adicional cuya ausencia es evidente reside en la necesidad de otorgar certezas al acreedor a quien, precisamente, se le pide que se sacrifique concediendo quitas y esperas y a quien sería preciso proveerle un plan de viabilidad empresarial y de factibilidad de cumplimiento del acuerdo que el deudor ofrezca. Ello tendería a moralizar los procesos evitando que se oculte el real estado de situación empresarial justificado, muchas veces, por la necesidad de evitar una reacción adversa de prestamistas, acreedores y proveedores ante el menor indicio de dificultades por parte del empresario<sup>13</sup>.

Para agotar esta serie solamente ejemplificativa, si la quiebra apareciere como inevitable, siguiendo también las más modernas tendencias, debería propiciarse el reemplazo de la expresión quiebra por liquidación judicial, eliminando su función aflictiva y sancionatoria, el sesgo peyorativo y el anacrónico modo de ver al deudor insolvente como un sujeto que debe eliminarse por su potencial perjudicial para toda la economía, reemplazándolo por nociones que lo conciban como alguien a reintegrarse al entramado social después de haber extinguido su posición de deudor.

## § A modo de corolario

La realidad se impone al deseo por importante que sea el esfuerzo por eludirla. La humanidad está transitando la epidemia más devastadora de los

---

<sup>13</sup> Fernández del Pozo, Luis. “El régimen jurídico pre-concursal de los acuerdos de refinanciación. (d.ad.4º LC. Propuesta de reforma legislativa)”, Cuadernos de Derecho Registral. Ed. Fundación Registral, p.38 y ss. ISBN 978-84-92884-21-6.

# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

últimos años caracterizada por su extrema velocidad de circulación y por el temor que infunde la incerteza acerca de los modos más adecuados para prevenir el contagio o alcanzar la cura. Su duración solo puede estimarse a través de modelos matemáticos y su evitación depende de que la ciencia acerque la solución. Por ahora, la epidemia ejerce supremacía sin discriminar entre ricos y pobres con carácter suficiente como para tener en vilo a los países más altamente desarrollados. La humanidad retrocede y la naturaleza avanza dejando atrás, aunque sea momentáneamente, el debate sobre la contaminación y el cambio climático. Las especies animales pueblan espacios hasta hace muy poco reservados solo para los humanos.

Cuando esto termine sabremos qué quedó en pie del mundo que conocimos y podremos empezar a reconstruir desde esas ruinas alguna forma de vida parecida a la que quedó atrás que, con sus imperfecciones era, sin dudas, mejor que la actual.

Entre muchas consecuencias que la situación sanitaria trajo pueden citarse: alteración de la cadena de pagos, ruptura de los contratos entre empresas y exponencial crecimiento del desempleo. Con una recesión inevitable y una segura afectación del sistema financiero se piensa, una vez más, en la necesidad de proteger a las variables más débiles. Entre ellas, en especial, las empresas unipersonales, pequeñas y medianas que serán las más castigadas, son las que proveen gran parte del intercambio diario y proveen puestos de trabajo cuya pérdida se estima necesario minimizar.

Por el momento se piensa en normas de transición, solamente paliativos que nos encuentran, nuevamente legislando para la emergencia cuando deberíamos preguntarnos si tenemos una ley que satisfaga objetivos de largo alcance. En todo caso, ninguna reforma de emergencia a la ley de concursos y quiebras evitará el cierre de empresas cuyo modelo de negocios haya quedado agotado para siempre.

Y aunque ninguna reforma a largo plazo evitará tampoco que, como al final de una guerra, debamos contar, uno a uno quiénes quedaron en pie y en qué condiciones, podemos examinar cuáles son los objetivos de un mejor y más moderno sistema concursal que garantice la evolución de una fase de gestión de

# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 3 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

la crisis de solvencia a una fase general de prevención y que abra el escenario a mejores y más eficientes soluciones negociales.

La transición de la crisis actual hacia una normalidad de perfil y alcances todavía desconocidos puede ser vista como una oportunidad para repensar la ley con soluciones de largo alcance, pero no con el solo fundamento en una exigencia proveniente de la pandemia sino porque muchas de las reformas propuestas ya estaban en la agenda de mujeres y hombres del derecho concursal desde antes de esta devastadora crisis sanitaria.



# DECONOMI