



DECONOMI

NÚMERO EXTRAORDINARIO

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO - UBA
DEDICADO A

PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL

AÑO III - NÚMERO 2

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

D | **IFUNDIR**
E | **DUCHAR**
C | **APACITAR**
O | **RIENTAR**
N | **UTRIR**
O | **RDENAR**
M | **EDITAR**
I | **NVESTIGAR**

DECONOMI

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chómer

Director Área Comercial: Pablo Frick

Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi

Director Área Recursos: Natalia Waitzman

Coordinadores:

María José Alzari

Rodrigo Bustingorry

Sara Llorente

Liliana Taverna

Rodrigo Jaime

Comité de Honor:

Héctor Alegría

Salvador Bergel

José Casás

Raúl Etcheverry

Rafael Manovil

Comité Académico:

Griselda Capaldo

Horacio Corti

Miguel De Dios

Leila Devia

Graciela Junqueira

Beatriz S. Krom

Silvia Nonna

Martín Paolantonio

Jorge S. Sicoli

Julia Villanueva

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.

DECONOMI

ÍNDICE

Presentación – Nota del director por Héctor Osvaldo Chómer	Pág. 5
Doctrina	
“INSOLPANDEMIA y Reestructuraciones Simplificadas Una necesidad judicial, empresaria y de los trabajadores” por Juan A. Anich	Pág. 6
“La financiación de la empresa insolvente el día después de la pandemia” por Ariel Ángel Dasso	Pág. 23
“Facultades ordenatorias del juez concursal ante la emergencia COVID 19. Límites legales” por Alfredo Alesio Eguiazú	Pág. 47
“Los concursos en trámite durante la pandemia. Vicisitudes procesales y reformas necesarias” por Eduardo M. Favier Dubois	Pág. 74
“La ‘viralización’ de la insolvencia” por Francisco Junyent Bas	Pág. 100
“¿Podremos atenuar la crisis empresarial que ya se ha instalado?” por Efraín Hugo Richard	Pág. 107
“Pedido de propia quiebra del consumidor sobreendeudado y la crisis que seguirá a la pandemia” por E. Daniel Truffat	Pág. 137
“Todos somos insolventes: soluciones concursales simples” por Héctor Osvaldo Chómer	Pág. 145
Profesores invitados	
“La legislación concursal española de emergencia derivada del Covid 19” por Ana Belén Campuzano	Pág. 156
“COVID-19 y las modificaciones al derecho concursal en Alemania” por Norbert Lösing	Pág. 182

DECONOMI

NOTA DE DIRECTOR

Estamos padeciendo una de las Pandemias más destructivas que se hayan presentado a la humanidad y, en el campo del Derecho donde también se proyecta la crisis, nuestra contribución debe intentar morigerar ese inesperado impacto.

En las grandes tragedias aparecen los más grandes sacrificios y las más variadas soluciones derivadas de la inventiva humana.

Este número, engalanado por las contribuciones de prestigiosos especialistas, intenta aportar ideas para enfrentar los problemas que acarrea esta epidemia global.

A los autores nacionales se suman dos importantes profesores europeos que nos dan un pantallazo de las realidades española y alemana.

A todos, mi gratitud por soportar mi tediosa insistencia y por su gran producción.

En fin, nos ha parecido importante brindar este número especial íntegramente dedicado a los problemas que presenta el COVID19 en el campo empresarial.

Esperamos sea del agrado y utilidad para los lectores

Héctor Osvaldo Chómer

Director

DECONOMI

“INSOLPANDEMIA y Reestructuraciones Simplificadas Una necesidad judicial, empresaria 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

“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

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

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?

DECONOMI

¿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.

DECONOMI

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

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 materia 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

DECONOMI

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

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

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

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. Afirmando 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

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

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

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

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

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

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.

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

“La financiación de la empresa insolvente el día después de la pandemia”

por Ariel Ángel Dasso

El Coronavirus desató a comienzos de este siglo un flagelo inédito en la historia de la humanidad abarcativo del planeta que la Organización Mundial de la Salud declaró el día 11 de marzo de 2020.

Frente al Coronavirus 19 y su virulencia incontenible el Poder Ejecutivo Nacional dispuso el *“Aislamiento social, preventivo y obligatorio”* (vulgo cuarentena) a partir del 20 de marzo de 2020 fecha desde la cual la economía en el marco de sucesivas prórrogas cayó en el cese de la cadena de pagos equivalente a su parálisis cuyos efectos, después de casi tres meses interrumpidos sólo por suspensiones parciales, pesarán como plomo cuando, la insuperable contradicción de aislamiento obligatorio y actividad económica vuelva a la normalidad cuyo presupuesto es la finalización de los efectos letales del virus indomable.

La sucesión de cuarentenas no puede convertirse en “cuareterna” y un día terminará. No sabemos cuándo. La pandemia habrá gastado también el peso del tiempo y se habrá agotado en un proceso en el que, como en su origen, algunas regiones serán las primeras en tanto que los últimos vestigios acontecerán en otras. El día después no sucederá sino con un lento amanecer. Las herramientas para la reacción de la economía, hoy refugiada también en la incomunicación y la inactividad, recupere lentamente el vigor de otrora corresponden al derecho concursal de ese amanecer.

En el caso de nuestra economía las dificultades graves ya estaban advertidas y el derecho concursal fue ocupando el espacio en la misma medida que el complejo tejido empresarial soportaba estados de crisis demasiado profundas.

Cuando el enemigo invisible se desató sobre el planeta atribulado e indefenso frente a un monstruo desconocido ya la economía pre pandemia había asumido claramente características notorias de cambios funcionales o causados por el avance tecnológico del nuevo instrumento técnico de comunicación y

DECONOMI

negociación, sustitución dramática de las formas de trabajo artesanal, comercial o industrial, incluso intelectual generando nuevos desafíos de capacitación técnica sólo susceptibles de ser afrontados con medios personales de aptitudes suficientes y alto costo.

El sistema computarizado ocupó prontamente las áreas operativas más sensibles e incisivas del quehacer económico y pocos operadores sustituyeron en las empresas a plantillas laborales íntegras advirtiendo el avance sin límite de la vía telemática que provocaba los cambios de todos los paradigmas seculares.

El derecho concursal, no fue ignorante de la nueva realidad y si bien no es de su competencia ni la generación, ni siquiera la intervención en la aceptación, desarrollo, avance y regulación del instrumento telemático procuró afrontar, aún antes de la pandemia, los desafíos significados por los efectos de la nueva era de la inteligencia artificial.



Los gobiernos del mundo adoptaron en forma inmediata una serie de medidas socioeconómicas en el marco de la insolvencia y preinsolvencia cuando la pandemia del Coronavirus-19 se arrojó como tempestad inesperada sobre la atribulada humanidad.

El resguardo de la vida en peligro inminente frente a un enemigo invisible provocó la parálisis económica que se sumó al aislamiento obligatorio en resguardo de la vida. El amplio espectro del quehacer, la inventabilidad de la inteligencia, la solidaridad de los protagonistas del socorro médico inmolados en la custodia de la vida frente al virus y el miedo paralizante frente a incógnitas sin respuestas son los componentes de dos objetivos cuya operatividad requieren instrumentos contrarios: mantener el aislamiento en resguardo de la vida, la producción y el intercambio de bienes en sustento de la economía, tan imprescindibles el uno como el otro.

DECONOMI

De todos modos, los objetivos perseguidos en orden de prioridad demostraron la imposibilidad de la compatibilidad y armonización: a mayores recaudos de preservación de la vida, mayor inoperancia en el mantenimiento de la actividad y del trabajo productor de bienes y servicios y, en posición exactamente inversa, a mayores concesiones al mantenimiento de niveles útiles en la actividad económica mayor riesgo frente de salud y vida frente al letal e invisible flagelo.

En el caso de **España**, donde los efectos de la pandemia aparecieron particularmente ensañados, el Gobierno adoptó medidas socioeconómicas en el marco jurídico de la insolvencia y la preinsolvencia reubicando al derecho concursal para enfrentar en un período que llamó “*estado de alerta*” al Coronavirus 19.

El Real Decreto Legislativo n° 8 del 17 de marzo titulado “***Medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Coronavirus 19***” contiene múltiples medidas de ellas sustanciales en conjunto de normas estructuradas sobre la base del ordenamiento existente introduciendo en ellos modificaciones, reputadas útiles al fin perseguido:

- i) Suspensión de la obligación de los administradores de requerir la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubieren conocido o debieron conocer el estado de insolvencia.
- ii) Suspensión hasta la declaración del estado de alerta de la obligación de los administradores de llamar a la asamblea de socios cuando operaren las causas legales o estatutarias de disolución de la sociedad bajo responsabilidad por las deudas contraídas por la sociedad durante el estado de alarma.
- iii) La inadmisibilidad del concurso necesario requerido por los acreedores hasta los dos meses de la conclusión del estado de alarma
- iv) La suspensión hasta la fecha de dicha conclusión del plazo impuesto por la ley concursal al órgano de administración para convocar a los acreedores a los efectos de disolver la disolución de la sociedad o superar las causales de disolución (reconducción o reactivación)

DECONOMI

Imputado por la doctrina por un largo exceso y por el otro lado los mayoritarios defectos entre los cuales se destacó la omisión de la protección a los convenios concursales en curso de cumplimiento, cuya imposibilidad de cumplimiento operase a causa de la pandemia .

Frente a las críticas el Consejo del Poder Judicial recomendó al respecto permitir que la administración o acreedores que representasen un porcentaje del pasivo pudieren instar la modificación del acuerdo ya aprobado y prohibir considerarlo incumplido hasta seis meses de la declaración de finalización del estado de alerta.

En **Alemania** medidas análogas han sido tomadas con características propias:

- i) La suspensión del deber de requerir el concurso de acreedores hasta el 20 /9/2020, suspendiendo en efecto la prescripción que pone un plazo perentorio de 21 días para solicitar el concurso.
- ii) La protección de la financiación establecida durante el período anterior de sus garantías frente al instituto de la rescisión concursal, toda vez que se hubiera presentado en concurso antes del 20/9/2023.
- iii) Se prohíbe la resolución de los contratos de locación de inmuebles destinados tanto a vivienda única como a oficina a causa del incumplimiento en el pago por el locatario entre el período del 1/ 42020 y 30 /6/2020 en tanto el incumplimiento fuere efecto de la pandemia.
- iv) Las PyMes (*Kleinstunternehmen*) son objeto de especial protección reconociéndoles inmunidad en el incumplimiento de locaciones y obligaciones de trato sucesivo así como en los préstamos, si su cumplimiento pusiese en dificultades su continuidad hasta el 3/6/2020 y todas estas obligaciones estuvieren causadas en relaciones contractuales anteriores al 8/3/2020.
- v) Se dispone que los créditos que otorgaren los accionistas durante el periodo de Pandemia, esto es el comprendido entre el 1/4/2020 y el 20/9/20203 que no consideren subordinados toda vez que la sociedad se hubiere presentado en concurso con anterioridad al 20/9/2023.

DECONOMI

El Gobierno de **Italia** prorrogó hasta el 30/9/2020 el vencimiento de los préstamos que ponen a cargo del prestatario un pago importante al vencimiento (*bullet loan*) y prohíbe la cancelación de las líneas de crédito y del contrato de factoraje.

Francia es de ordinario país de avanzada en el tratamiento de las crisis y en este caso aparece también como el más incisivo pues dispone de una suspensión de todo tipo de obligaciones patrimoniales contractuales o no cuyo vencimiento aconteciere entre el 12/3/2020 y el 23/7/2020 con lo que priva de efecto a toda medida de aceleración y rescisión prevista en los contratos a causa del incumplimiento en los términos pactados.

Este breve racconto está focalizado en los ordenamientos europeos a diferencia de otros, tales Estados Unidos, Brasil y México en el nuevo continente han dado prioridad al aspecto económico con relación al sanitario. Reitero solo prioridad, porque en tanto unimos en los nefastos efectos de las cuarentenas sucesivas que provocan el aislamiento de las personas y la parálisis de la economía genera la mayor preocupación a partir de conceptualizar como objeto de la tutela legal la continuidad de la actividad.

•

La exteriorización de la crisis de la empresa desde las meras amenazas de la insolvencia hasta la insolvencia misma provoca la extinción del crédito en forma directamente proporcional a la medida en que las dificultades adquieren conocimiento en el mercado. La pérdida del crédito ante las dificultades significa la falta de financiación agravada en la misma medida en que se agravan las dificultades.

En el escenario de hoy la legislación del día después de la pandemia debe necesaria e inexorablemente como condición de recuperación un sistema que suponga para las instituciones de créditos y , como veremos *para los propios socios* un incentivo facilitante o inductivo del crédito a la empresa asegurando su

DECONOMI

recupero con carácter prededucible, vale decir extraconcursal en forma inmediata en caso de fracaso del plan de recuperación .

La experiencia corrobora que en gran medida los acuerdos preconcursales quedan frustrados en origen y los homologados cuyo contenido consiste en quitas otorgadas por los propios acreedores financieros por falta de financiación en la etapa de cumplimiento ya que el riesgo del nuevo crédito aparece potenciado en el contexto de la crisis exponiendo al financiamiento de la crisis a eventuales acciones revocatorias o de rescisión o de recomposición patrimonial, como lo denominan los distintos ordenamientos, o a acciones de responsabilidad de los administradores de los entes concedentes del crédito de última instancia todo lo cual aparece susceptible de “sanción” bajo la sombra de la complicidad del llamado “período de sospecha”.⁶

Tanto los acuerdos preconcursales como los concursales, aún aquellos en que los acreedores financieros admitan quita a veces significativa, encuentran una dificultad invariable del plan de pago acordado, porque en el contexto de la insolvencia y aun ante su sola amenaza el riesgo crediticio se potencia y alcanza sus efectos disuasivos de financiación particularmente a las entidades del sector bancario, las que por administrar un capital ajeno (de los depositantes), se encuentran sometidas a reglas o normas de los respectivos bancos centrales que obligan a provisiones extraordinarias por insolvencia de los deudores, con la consecuente exposición negativa en sus cuentas de resultado.

Frente a las tinieblas de la insolvencia o de su inminencia, la financiación por parte de los acreedores o de terceros se reciente ostensiblemente. Sin embargo, está claro que son los acreedores profesionales, bancos o intermediarios financieros, quienes están en mejores condiciones para la nueva financiación del deudor en el momento crucial de las negociaciones preconcursales o aún de las que se realicen en el trámite del concurso de acreedores y en la ejecución del plan que hubiere sido acordado. Más aún, la nueva financiación forma parte fundamental del objeto social de la entidad

⁶ En legislaciones, como la argentina por ejemplo, puede hablarse hasta del peligro de extensión de quiebra al ente financiador cuando se dieran algunas de las hipótesis previstas en la LCQ art. 161.

DECONOMI

bancaria en cuanto instrumento útil y necesario a la economía y ello le permite, por otra parte, liberar provisiones y sanear sus cuentas por lo que al evitar la quiebra del deudor también diluye sus propias presiones económicas de todo lo cual surge el doble beneficio que para deudor y financista representa la concreción de un sistema que provea seguridad y certeza al recupero de ingresos líquidos para asistir en la negociación preconcursal, o en el concurso mismo al prestatario.

De la recuperación de las empresas en dificultades depende ciertamente hoy la posibilidad del mantenimiento del trabajo, convertido en un flagelo que aterroriza a los Estados soberanos involucrados en crisis ciertamente preocupantes. Las recientes situaciones de Grecia, de España y la de nuestro país demuestran palmariamente un aserto imposible de no compartir: el salvataje de la empresa es condición del salvataje de la economía de los Estados.⁷

No puede extrañar entonces que el objetivo de la ley concursal dirigido a la incentivación de la financiación tanto de los acuerdos preconcursales como de los concursales constituya el fiel de una balanza, cuya inclinación hacia la satisfacción del propósito perseguido significará el aporte más importante del derecho de la crisis a la economía en conmoción.

⁷ Ej. El *default* de los Estados es precursor de la quiebra de las empresas. Así aconteció en la Argentina en ocasión de la crisis de fines de 2001 y comienzos de 2002 en cuya circunstancia las leyes de emergencia que dispusieron la denominada “pesificación” con ruptura de los vínculos obligacionales preconstituidos obligo a la sanción de una batería de leyes, calificados dentro del llamado “derecho de emergencia económica y financiera” uno de los cuales el más exitoso de los documentos fue el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) instituido por la Ley 24.522 de 1995 y reformulado ad hoc de la crisis por la Ley 25.589/2002. Este procedimiento extraconcursal, aunque flaco en garantía de transparencia, disimuló sus falencias inmerso en los avatares de la inédita crisis y sus fórmulas, hoy criticadas por radicales, fueron útiles en medida tal que permitieron la reestructuración de pasivos casi equivalentes a la mitad de la deuda soberana. Lo que lleva a afirmar que frente a la mayor intensidad de las dificultades aparecen aceptables remedios duros que sólo justifica la extrema necesidad y la máxima urgencia, los que aparecerían improponibles allí donde la economía navegue los normales tiempos de mares sosegados

I. La regulación hispana del “New Money”. La incentivación de la refinanciación no puede tener otro fundamento de éxito de su *protección* frente a las distintas contingencias que puede presentarse en un escenario concursal incluso el previo al concurso.

En tal sentido la ley española fue premonitoria en el Decreto Ley 3/ 2009, denominado precisamente de “*Disposiciones urgentes en materia tributaria, financiera y concursal*” al establecer la protección del acuerdo de refinanciación frente a un eventual riesgo de acciones rescisorias en hipótesis de ulterior concurso, pero ello apareció insuficiente.

Esta disposición con reformas dirigidas a su mayor eficacia, por la L. 38/2011: art. 71.6 está dirigida a asegurar al acreedor bancario que en hipótesis de concurso ulterior al “*acuerdo de refinanciación*”, o aún en caso del concurso ya declarado (art. 84.11), su aporte financiero será recuperable al vencimiento, con prescindencia del sistema concursal de reparto.

No se trata de un privilegio en razón de la categoría del crédito financiero, exclusivo o singular de la banca o institución prestamista sino simplemente de la consideración, del incremento de riesgo asumido por el financista atendiendo a la situación económica del deudor (*do ut des*)⁸, por lo que no entrará así en hipótesis de quiebra ulterior, a constituir la lista de acreedores concurrentes sino que por vía de la “prededucibilidad” y, a modo de consecuencia con el escenario de riesgo en el que ningún otro otorgaría el crédito, recuperará, antes que nadie, el dinero que constituye la cooperación para la superación de la riesgosa situación económica del deudor, en beneficio del mismo y de todos los acreedores concurrentes.

⁸ PULGAR EZQUERRA, JUANA “*Los acuerdos de refinanciación mercantil en el proyecto de ley Concursal*”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Madrid, junio, 2011. “*Acuerdos de financiación y fresh money*”, Revista de derecho concursal y paraconcursal, núm. 15, 2011; “*Fresh money y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2012*, Revista de derecho concursal y paraconcursal, núm. 16, 2012; “*Preconcursabilidad y acuerdos de refinanciación*”, Revista de derecho concursal y paraconcursal, núm. 17, 2012.- VALPUESTA GASTAMINZA, E. “*Los acuerdos de refinanciación en el proyecto de reforma de la Ley Concursal*”, Revista de derecho concursal y paraconcursal, núm. 15, 2011, págs. 155-165.-

DECONOMI

Con tal objeto la nueva ley 38/2011 favorece la ejecución del plan de viabilidad a corto y mediano plazo en el marco del convenio concursal, y también del acuerdo de refinanciación particular preconcursal.

II.1. La prededucibilidad: La fórmula “*créditos prededucibles*” (llamados *créditos o deudas de la masa*) representa el peculiar tratamiento reservado a una determinada categoría de créditos los cuales están sustraídos a la ley del concursos y deben ser satisfechos, sean privilegiados o no, con preferencia absoluta, en cuanto la suma destinada a su pago es extraída del producto de la liquidación del activo antes de proceder al reparto, que se aplica sólo respecto de los otros acreedores.⁹

El reconocimiento de la prededución permite a quienes entienden tener medios y confianza para ayudar a una empresa en dificultades realizar su financiación con la seguridad de que no estará afectado por la quiebra ulterior manteniendo el derecho a recuperar los importes erogados a su vencimiento.

Constituye un incentivo para el empréstito o financiación de empresas por bancos o intermediarios financieros para la realización de acuerdos de reestructuración pre concursales o ejecución de un concordato preventivo. Obviamente, se pagan por su monto íntegro, capital más intereses que sólo cesan al momento del pago.

Cuando se trate de la financiación preconcursal, concedida en el escenario de un acuerdo de refinanciación, la ley reconoce el privilegio que en doctrina comparada se denomina del *fresh money* o *argeant frais*. Se debe ver en el procedimiento una incentivación para compensar la situación del riesgo contractual en que la financiación se concede.

En el marco del derecho comparado europeo sin embargo **España** no ha tenido la fuerza de convicción como para igualar las situaciones instaladas en el derecho positivo francés en el art. L. 611. 11 del Code de Commerce o en

⁹ FIALE ALDO: *Diritto Fallimentare*, XIX ed. Simone, Roma 2011. p. 267 nº 28. Por todos ver BELTRAN SANCHEZ, EMILIO “*Las deudas de la masa*”, Editorial Albornotiana, Madrid, 1986.

DECONOMI

Italia en el D. L. 78 del 31/05/2010 denominado “*De medidas urgentes en materia de estabilidad financiera y competitividad económica*”, ni en los *schemes of arrangements* del Reino Unido en los que se ha reconocido en forma expresa el privilegio de conciliación (Francia) o la prededucibilidad (Italia) el 100% de la financiación externa y la del 80% a la interna – de los socios- .

II.2. El “nuevo” crédito: su necesidad y su definición.

Las empresas en insolvencia actual o inminente, o en estado de dificultades económicas aún embrionaria se ven inexorablemente sometidas a la merma paulatina de su disponibilidad crediticia. Los problemas de financiación se incrementan en forma directamente proporcional a las dificultades económicas. Los bancos y aún los proveedores resienten la provisión de crédito que prácticamente desaparece al hacerse ostensible la presentación judicial. De allí la importancia que los nuevos ordenamientos asignan a la confidencialidad de las gestiones concursales: *v. g r.* el procedimiento de *conciliation* en la *Loi de Sauvegarde* francesa del 25/07/2005¹⁰. La empresa concursada se ve entonces abocada a realizar su actividad comercial de contado, dificultad esta casi insuperable toda vez que el presupuesto material de la presentación es, en el mejor de los casos la insolvencia inminente, la que por definición supone la carencia de crédito.

El sujeto que se presenta en concurso carece prácticamente de posibilidad de financiación. De ordinario, el deudor antes de presentarse procura proveerse de medios que incrementen “sus existencias” (stocks), cuando todavía goza de crédito. Cuando todavía no han trascendido sus dificultades. Esta conducta reprochable significa para el deudor la posibilidad de prolongar su actividad post presentación y para los acreedores el incremento del pasivo producido a último momento, cuya ampliación les perjudicará ostensiblemente. La búsqueda de un sistema de financiación legítimo es una preocupación que aparece potenciada constituyendo una verdadera tendencia en la doctrina y en las legislaciones concursales a partir del nuevo siglo, y constituye una

¹⁰ DASSO, ARIEL A. “Derecho Concursal Comparado”, ed Legis, 2010. t. II p.

DECONOMI

circunstancia relevante su focalización preferente (aunque no exclusiva porque la prededucibilidad también se aplica al nuevo crédito otorgado en el concurso judicializado) en el estadio preconcursal de la crisis, cuanto todavía la insolvencia no estuviere instalada.

Por eso esta búsqueda del sistema de financiación en la novísima legislación española encuentra su marco en los llamados “Acuerdos de Refinanciación preconcursales”:

1) la nueva financiación (*fresh money*) que la ley española 38/2011 concede en el art. 71. 6, aún débil, tímida, endeble, tiene el carácter de no rescindible porque, concurriendo las condiciones en que opera la exención de las acciones de rescisión, esto es en el marco de un plan de viabilidad aprobado por sensibles mayorías, cuya factibilidad aparece asegurada por informe de experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil, permite considerar “a priori” que dicha financiación resulta contributiva al objetivo fundamental de conservación de actividad y empleo.

2) opera sólo en el marco de un acuerdo de refinanciación preconcursal ya fuere general o particular legislado.¹¹ Vale decir que, a diferencia de lo que acontece con la reciente reforma italiana DL 78/2010 y aún en la anterior *Loi de Sauvegarde* francesa de 2005 no se aplica a cualquier tipo de financiación que en aquellos regímenes aparecen protegidos por el sólo hecho de significar el incremento o la subsistencia de la confianza preexistente por parte del financista. Queda así patente la mayor amplitud de estos dos sistemas respecto del español, constreñido o limitado a los acuerdos que deben reunir las específicas condiciones legales constituidas en requisitos operativos.

¹¹ En España el sistema de acuerdos extrajudiciales, estructurado en la reforma según ley 38 de 11 de octubre de 2011 está focalizado en dos tipos de acuerdos: *i). acuerdos generales de refinanciación*, que comprende a todos los acreedores, requiere la conformidad de las tres quintas partes del pasivo, se realiza sin control ni homologación judicial ni publicidad, salvo la del experto independiente que dictamina sobre la viabilidad del plan y obliga a los firmantes; *ii). acuerdos particulares de refinanciación* que requiere el 75% del pasivo aceptante financiero, plan de viabilidad y continuidad informado por experto independiente, control y homologación judicial (art. 71.6 y Disposición Adicional Cuarta).

DECONOMI

3) no puede tratarse de cualquier tipo de financiación. La ley exige para conceder a la financiación la seguridad del recupero, que el acuerdo importe una “*ampliación significativa del crédito disponible*” (art. 71.6). Se trata de dos condiciones que necesitan traducción en el contexto: i) *significatividad*, debe traducirse como un crédito de importancia proporcional o de relatividad consecuente con la entidad de las dificultades; ii) *disponibilidad* implica que el crédito no puede consistir en una mera *refinanciación*, esto es nuevo plazo respecto de un crédito ya existente, ni en una garantía otorgada a un acreedor impaciente.

4) El incentivo de la financiación en la crisis es la *prededucción* de las refinanciaciones otorgadas en el marco de los “Acuerdos de refinanciación generales o particulares”, y deben consistir necesariamente en “*nuevos ingresos de tesorería*”, expresión esta, que en el contexto de la fórmula y de los debates de la Comisión General de Codificación para la reforma concursal de 2011 llevan a concluir que se trata sólo de dinero fresco proveniente de una *nueva* línea de crédito *externa*.

II. 3. La problemática de la financiación interna (socios)

La prededucción de las refinanciaciones otorgadas en el marco de los “Acuerdos de refinanciación generales o particulares”, deben consistir fundamentalmente en “nuevos ingresos de tesorería”, expresión esta, que en el contexto de la fórmula y de los debates de la Comisión General de Codificación para la reforma concursal de 2011 llevan a concluir que se trata sólo de dinero fresco proveniente de una línea de crédito *externa* novedosa, con exclusión de los aportes de los socios del deudor o de persona vinculadas en el marco de un aumento de capital u operaciones análogas.

Esta exclusión que no aparece definida totalmente en los términos usados por el art. 76. 6 (que alude sólo a “ingresos de tesorería”) en cambio es explícita cuando en la nueva redacción de la L. 38/2011 al art. 84.11 expresa textualmente que no tendrán consideración de créditos contra la masa “*los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por sus socios o personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital,*

préstamos o actos con análoga finalidad”, lo que hace ociosa cualquier discusión en torno al alcance de la expresión “ingresos de tesorería”

Cabe consignar acá como una doctrina de avanzada y ciertamente ponderable susceptible de compartir¹², la que sostiene disvalioso excluir del ámbito del *fresh money* el ingreso de dinero realizado por el socio –o un por personas cercanas- dado que dicha aportación se realiza en forma de préstamo actuando como financiador, lo que es frecuente en la práctica y resulta adecuado porque cuando no se trata de carencia de recursos propios sino de falta de liquidez, son los que se encuentran en la posición excepcional de disposición para la financiación y aporte de liquidez. El carácter de financiador preconcursal con privilegio del *fresh money* debería ser reconocido también al socio, igualándolo al financiador externo porque existen situaciones análogas del especial riesgo que asume quien presta, fuere externo (banco), fuere interno (socio), pues en ambos casos el préstamo de última instancia se realiza asumiendo el pleno conocimiento de las dificultades financieras del deudor y su proximidad al concurso lo que justifica la incentivación al préstamo no sólo externo, sino también interno. Adjudicar al socio, o al vinculado por su mera proximidad al deudor calidad de subordinado (como lo hace la ley 38/2011: art. 84.11.OO), significa una automatismo que no guarda consistencia con la situación de crisis de las empresas.

Por ello en el derecho comparado el *fresh money* es extendido también a la financiación interna por vía de los socios. Tanto el derecho francés en el *privilège de conciliation*, como el italiano en el D. L. 78/2010 art. 48 adjudican prededucción también al préstamo de los socios o de los vinculados. En el derecho francés tal prededucción abarca la totalidad del préstamo. En tanto que en el derecho italiano lo es hasta un 80%.

II.4. El “*distressed debt*”¹³

¹² PULGAR EZQUERRA, JUANA “*Los acuerdos de refinanciación mercantil en el proyecto de ley concursal*”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Madrid, junio 2011

¹³ ALVAREZ JIMÉNEZ, FERNANDO. Bolsa de Madrid “ISSN 0211-5336 Nº 142, 2005, pgs. 53-57: “*distressed debt*”: puede traducirse como un producto de inversión considerado

DECONOMI

En este sentido aparece susceptible de ser considerado la fórmula establecida al promover el mercado del “*distressed debt*” colocando en este aspecto a España en situación pareja de los países vecinos en el derecho comparado al eliminar del nro. 2 del apartado 1 del art. 122 la prohibición de voto, tradicional en el derecho anterior que impide su ejercicio al adquirente derivativo de créditos, eliminando de esta manera la “sanción” a la cesión del crédito.

Esta reforma es considerada relevante para la activación de la empresa y la facilitación en la adquisición de créditos en el marco de la insolvencia del deudor un estímulo facilitante para la obtención del acuerdo y también para la competitividad en el mercado secundario de créditos siguiendo, en esta materia un instituto que se encuentra ya de largo tiempo atrás instalado en el ordenamiento de Perú.¹⁴

II.5. La suspensión de las acciones de responsabilidad por incumplimiento de los administradores en el estado de disolución societaria.

De otro lado el cambio radical introducido en la reforma por vía del art. 51 bis focalizado en la suspensión de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad de capital concursada, por incumplimiento de los deberes impuestos en caso de concurrencia con una causal de disolución, marca otra estimulante fórmula que elimina la dureza del tratamiento a los administradores y significa en definitiva una clara separación del ámbito

como solución financiera útil para todos los agentes afectados por una situación de problemas y/o dificultades para cumplir con los términos originales de pago en las condiciones en que se emitieron las deudas de empresas y/o países. Es un término que surge en los mercados financieros a finales de los 70 y principios de los 80 en EE.UU. como resultado de las crisis en mercados emergentes y de la operativa en deuda soberana que resultó de ello.

¹⁴ DASSO, ARIEL A. “*Derecho Concursal Comparado*”, Legis, 2010, t. II, p. 1246 ss., Ley General del Sistema Concursal nº 27.809 /2002, reformada por Ley 28.709/2006. CARBONELL O’ BRIEN ESTEBAN “*Negociación de créditos concursales en Bolsa de Valores: salida acertada de la crisis patrimonial?*”.

concurso del fenómeno de la *infracapitalización* la que queda reservada al ámbito del derecho societario liberando al concurso de la interacción de un instituto conflictivo ajeno a la fenomenología del sistema concursal preventivo o conservativo.

Sin embargo, estos ostensibles avances en regulaciones facilitantes del acuerdo estimulantes de la refinanciación en orden a la continuidad de la actividad y el mantenimiento del empleo no guardan el correlato debido en el tratamiento novedoso pero insuficiente dado al *fresh money* lo que en sí mismo constituye un paso, aunque insuficiente, valioso porque anticipa la necesidad de una inmediata puesta en obra con una debida profundización, que la acercará a los modelos de los *scheemes of arrangements* del Reino Unido, de Italia (D.L. 78/2010, L. 122/2010: 182 *quater*) y Francia (*Loi de Sauvegarde*; arts. L. 611-1 / L. 612-5).

III. ITALIA: La financiación con *prededuzione* en el concordato preventivo y en los *Accordi di Ristrutturazione dei debiti*

El Dec Lgs 78/2010 (L 122/ 2010) ha incorporado a la LF el art. 182 *quater*, que bajo el título “*Disposiciones en materia de prededucibilidad de los créditos en el concordato preventivo y en los acuerdos de reestructuración de deudas*”, auspicia la financiación del deudor por parte de quienes tuvieren confianza par ayudar a la empresa en la nebulosa de sus dificultades, otorgando al financista la seguridad del cobro de su crédito al vencimiento dotándolo de prededucibilidad.¹⁵

¹⁵ PACCHI STEFANIA, *La prededuzione dei crediti: notazioni generali*, en AA.VV., *Finanziamenti bancari alle imprese in crisi fra prededuzione e subordinazione*, en *Dir. Banca e Merc. fin.*, 2011, 468 ss.; VALENSISE P. , *Commento all’art. 182-quater*, en A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (directores), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 3° v., p. 2336 ss.; G. B. NARDECCHIA, *Sub art. 182-quarter*, en *Commentario alla legge fallimentare*, III, a cargo de C. Cavallini, Milano, 2010; M. FABIANI, *L’ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l’incentivo ai finanziamenti* nelle soluzioni concordate, en *Fall.*, 2010, p. 898 ss.; C. COSTA, *Esenzione dall’azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, en *Dir. fall.*, 2010, I, p. 531 ss.

DECONOMI

Los préstamos o financiaciones de la banca o intermediarios financieros, solamente estos, que hubieren sido realizados tanto en el cumplimiento de ejecución de un concordato preventivo o de los acuerdos concursales de reestructuración de deudas, son adjudicados del carácter de prededucibles en hipótesis de quiebra ulterior (art. 111).

El Dec Lgs 78/2010 otorgaba la prededucción como *efecto de la homologación* del concordato preventivo como del acuerdo de reestructuración, pero en su conversión en ley 122/2010 la prededucción corresponde como efecto de la *mera demanda de admisión* del concordato preventivo o *del pedido de homologación del acuerdo de reestructuración*. Se advierte en todo caso la preocupación por la temprana adjudicación de la prededucibilidad, constituyendo así una formula estimulante para que el aporte de nuevos ingresos sea realizado al albor de las dificultades. Juntamente con la prededucibilidad adjudicada a la financiación, el beneficio se extiende al profesional encargado del dictámen que debe acompañar al concordato preventivo o al acuerdo de reestructuración sobre la factibilidad de la propuesta, y la seguridad de indemnidad a los disidentes.

Constituye un elemento fundamental del régimen italiano el otorgamiento de la prededucción también al 80% de los aportes realizados por los socios o las personas vinculadas a los mismos, conformando todo ello un esquema estimulante para la financiación de la empresa en estado de crisis que pone en marcha tanto el concordato preventivo como el acuerdo preconcursal de reestructuración, a través del reconocimiento de la prededucción no sólo a terceros (bancos y entidades financieras) sino a la financiación interna proveniente de los propios socios. Considerando entonces sus préstamos o ingresos como capital de riesgo y no aumento de capital en forma que en hipótesis de fracaso de la reorganización intentada ya fuere por la vía preconcursal como la concursal resulten totalmente reembolsados, tratándose de financiación bancaria, o parcialmente (80%) cuando se tratare de los socios.

La legislación italiana, además de prever la financiación incorporó estímulos facilitantes de la apertura inmediata del concurso preventivo en el Dec. Lgs. 69 /2013, Ley 98/ 2013, modificó el art. 161 de la Legge Fallimentare suprimiendo de la demanda de concordato preventivo los requisitos que establecía el derecho anterior referidos a la agregación de la documentación, el

DECONOMI

agregado del plan de reorganización o reestructuración del pasivo, el plazo del mismo y su factibilidad de cumplimiento. Prácticamente desprovisto de requisitos de admisibilidad, la doctrina lo denominó “concordato en blanco, demanda en blanco o demanda preconcordataria”, tales requisitos integrativos de la demanda deben ser presentados dentro del plazo de 60 a 120 días pero la sola presentación de la demanda sin ellos significa de pleno derecho la ejecución de los efectos de la resolución de apertura en cuanto a la suspensión de las agresiones al patrimonio y el curso de intereses.

Ulteriormente el Dec. Lgs. 83/ 2015 - Ley 132/2015 lo modificó parcialmente, reestableciendo requisitos a ser cumplidos con la demanda de apertura, pero debe entenderse desaparecidas las causas de necesidad y urgencia que constituyeron el marco económico que determinó la sanción del concordato en blanco.

El Dec. Lgs. 83/2015 - Ley 132 /2015 incorporó al art. 160 LF el límite no menor al 20% del monto de los créditos quirografarios en la propuesta que debe contener el plan del deudor en su demanda de concurso preventivo pero elimina todo límite.

La continuidad de la actividad tiene en el derecho concursal de la crisis un objetivo que diluye hasta su desaparición el objetivo tradicional del concurso focalizado en el interés de los acreedores en el recupero de sus créditos y ahora atribuye su interés a la continuidad de la actividad que determina también el mantenimiento del empleo.

•

Los organismos internacionales mantienen una permanente actividad de apoyo reflejado en proyectos y directivas que son evaluadas en todos los ámbitos doctrinarios y operativos del derecho concursal que es mutable sin intermitencias detrás de la realidad cuya dinámica se ha convertido en vértigo, la más reciente intervención pretende poner foco y advertir modelos que son útiles para el amanecer del día después.

DECONOMI

En tal sentido tienen particular importancia los Reglamentos y especialmente las Directivas del Parlamento europeo y del Consejo. Los prolegómenos a la última intervención del año 2019 de particular relevancia por su proximidad a la pandemia coronavirus19 son las Directivas 09/10/2013 que instituye marcos de reestructuración preventiva de las crisis y establece medidas en orden a la reestructuración que la empresa en orden a prevenir la insolvencia poniendo acento en la ya generalizada demanda de acogimiento al sistema de reestructuración antes que las dificultades consolidadas en la insolvencia aparezcan difícilmente superables.

A su vez la Comisión Europea adoptó tres años después el 22 de noviembre de 2016, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en orden particularmente a la insolvencia transnacional.

Una larga y rica literatura, y proyectos de organismos internacionales proyectaron desde entonces procesos de recuperación o reestructuración sometidos a condiciones diversas pero la empresa y aquella precursora visión de la Ordenanza francesa de 1967, adquirió el asiento sólido de la empresa como factor excluyente de la economía y la cultura de su continuidad ganó espacios en todos los ordenamientos en los cuales la preservación de la plantilla laboral y la capacidad de empleo llevaron como de la mano no sólo al salvataje sino más aún a la reestructuración preventiva que hasta el nuevo siglo no figuraban consolidados en la lista de procedimientos de insolvencia.

Ni siquiera el Reglamento de la Unión Europea de 2015 n° 48 había llegado a direccionar a los estados miembros normas sustanciales y procesos de reestructuración preconcursal relacionados con la continuidad de la empresa y su actividad, separada del empresario.

La Directiva n° 1023 de 2019 del Parlamento Europeo y del Consejo que incorporan un sistema de alertas extrajudiciales, expeditivas y económicas con vistas a la neutralización de las dificultades antes de que estas agraven su intensidad postrando a la empresa en el hecho sanatorio o liquidativo de la insolvencia.

El presupuesto subjetivo de la Directiva es el “deudor”, sujeto empresario persona física y la empresa administrada colectivamente lo que

DECONOMI

configura un espectro amplísimo sin distinción dimensional con la sola clásica excepción de las empresas que tienen objeto particular sometidas a control estatal con distintos órganos de aplicación y régimen propio de bancos, compañías de seguro, de inversión, financieras, etc.

Como dato de relieve el género “emprendedor” incluye al profesional intelectual que, en muchos de los ordenamientos, *v gr.* Italia, no constituyen el presupuesto subjetivo de los procedimientos.

El presupuesto material del proceso de reestructuración es el “estado de dificultad financiera”, susceptible de probabilidad de insolvencia. Se trata entonces del sujeto *in bonis* en perspectiva de superar dificultades o crisis, transitorias.

“Cuando antes un deudor sea capaz de identificar sus dificultades financieras y tomar las medidas apropiadas es más probable que evite la insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya sostenibilidad económica se vea comprometida definitivamente lo ordenado y efectivo será el proceso de liquidación” (Considerando 22 de la Directiva).

El presupuesto subjetivo no está limitado a la naturaleza de las dificultades (*v. gr.* financiera, económica, comercial, industrial, transnacional, etc.), sino a su intensidad **“siempre que estas dificultades conduzcan a una amenaza real y grave a la capacidad real o futura del deudor de pagar sus deudas”** (Considerando 28).

Los acreedores si bien soportarán alguna merma en la operatividad de sus derechos ya en tiempo, ya en monto, ya en formas, tendrán el corresponsivo de preservar a su deudor manteniendo en él intactas sus condiciones negociales que por igual benefician a ambas partes.

El contenido de la reestructuración ofrece también un alcance amplio con instrumentos dirigidos a preservar la gestión por el propio empresario o de quienes adquieran la empresa, en todo o en parte de sus activos. El objetivo del sistema es la continuidad de la empresa conceptuada como un bien en sí mismo.

DECONOMI

La separación de la empresa del empresario cuando se constituya en forma operativa de la continuidad de la actividad y del empleo tiene ya en los ordenamientos internacionales plena consagración en doctrina y en jurisprudencia.

En tal acápite se considera que la “forma” más transparente y segura es la permanencia de la que concreta el empresario porque evita la prioridad de los créditos prededucibles que asisten a los gastos de la reestructuración, constituyendo ello un alivio al perjuicio de los acreedores (Panzani, “*Conservación de la empresa, interés público y protección de los acreedores: propuestas sobre la armonización de los procedimientos de reestructuración*”, septiembre 2017, 8, www.ilcaso.it).

La prevención de la insolvencia no constituye un “procedimiento” sino un conjunto de medidas de armonización de mínima pero que en contraste por sus características, constituyen la máxima armonización existente hasta el presente en el derecho comunitario (Nigro, “*La propuesta de directiva*”). Ello así porque tiene un sentido propio y diferente a las recomendaciones y directivas anteriores.

Las herramientas son múltiples: suspensión de ejecuciones singulares, protección de las negociaciones, eliminación de acciones de ineficacia y de responsabilidad penal, protección de la financiación.

La explicación del sentido de la Directiva es que sólo la oportunidad, primeras amenazas de insolvencia o aún primeras consideraciones verosímiles de riesgos pueden significar la reducción de los costos de procedimientos más penetrantes, mantener o en su caso recuperar el equilibrio financiero, en suma, la confianza en el mercado.

Constituye un deber de la administración y concretamente del empresario la obligación de instar un procedimiento de preinsolvencia para evitarla como específico contenido que el deber de diligencia.

La Directiva asume la consideración del riesgo que sobre la continuidad de la actividad significa la repercusión de la existencia de instrumentos negociales por lo que la confidencialidad es considerado un elemento integrante del proceso.

DECONOMI

Son múltiples los artículos de dirección a la solución de la crisis con la intervención de servicios de asistencia , consulta e información por organizaciones tanto públicas como privadas (párr. 2. d, art. 3).

Está claro que la reestructuración preventiva tiene un único sector y formulación de la propuesta en el empresario que reconoce su necesidad y ofrece a los acreedores en lugar del pago la continuación de las relaciones asegurando la continuidad de la empresa que significa la continuidad de sus interlocutores titulares de los créditos cuya percepción va implícita en la continuidad de la actividad.

La continuidad de la empresa significa la continuidad de sus relaciones comerciales y la concreción de su reestructuración frente a las dificultades inminentes así consideradas por el propio deudor constituyen un estímulo para las empresas acreedoras que apuestan con su voto y nueva financiación.

Advierte con exacta expresión Stefania Pacchi: el derecho a disponer de los activos de su deudor se ha convertido en el de tener la continuidad de esa empresa lo que constituye un criterio de conveniencia e interés del acreedor. Bajo ese principio la Directiva faculta a los acreedores en defensa de su propio interés coincidente con el interés público para formular su propia propuesta y plan de salvataje.

De particular relevancia son las normas referidas a la adhesión de los acreedores debidamente informados respecto de los sacrificios que implica su conformidad y el pleno conocimiento de que la conciencia de la reestructuración no experimenta una pérdida económica de su crédito inferior a la que llegaría con la liquidación u otras vías alternativas (*The best interest creditors*).

La reestructuración puede ser parcial y seria. La categorización de acreedores es una potestad del empresario, determinando el mismo trato para aquellos sustancialmente similares y sin perjudicar los derechos de las partes.

La Directiva determina como condición de aprobación del plan la adhesión de una mayoría máxima del 75% del valor de los créditos y la aceptación por la totalidad de las clases.

DECONOMI

La Directiva europea en orden al *New Money* para la financiación

Resulta de particular relevancia la Directiva referida al financiamiento de la continuidad de la actividad y el mantenimiento de la plantilla laboral por vía de reestructuración dado que sin ella ningún plan de continuidad de la actividad podría superar la exigencia de factibilidad sin un “nuevo financiamiento”, consistente en **“cualquier nueva asistencia financiera provista por un acreedor existente o un nuevo acreedor con el propósito de implementar el plan de reestructuración e incluido en este plan”** (art. 2 , n 7, párr. 1)

Y además prevé un “financiamiento temporal” durante la suspensión de acciones ejecutivas individuales inmediatamente necesaria para que la empresa continúe operando o manteniendo o aumentando su valor.

La protección del financista, que asume el riesgo del fracaso del plan y la apertura de un procedimiento de liquidación en caso de fracaso es la prededucción de su préstamo, asignando a su crédito carácter extraconcursal, de cobro preferente a su vencimiento, como si no existiere el concurso; y si el mismo hubiere fracasado, la exención de acciones revocatorias como así también la exención de responsabilidad civil y penal siempre que la “nueva financiación” hubiere sido aprobada por el juez interviniente.

La eliminación de la acción revocatoria alcanza a todos otros negocios u operaciones concretadas para la continuación de la actividad durante el período de ejecución o cumplimiento del plan.

Si bien el principio de mayorías exige que la misma opere en cada clase, el juez al momento de homologar en ejercicio del juicio de conveniencia del plan puede eludir tal requisito asistiendo siempre al acreedor el derecho de oposición con fundamento en el ya aludido en el mejor interés que lograría en la liquidación (*the best interest creditors*).

La potestad judicial se extiende también a superar el requisito de mayoría en todas las clases si por lo menos una de las clases de créditos garantizados o al menos una clase de las categorías alcanzadas por el plan y en tanto no fuere la clase que no recibiría ningún pago, lo hubiere aceptado.

DECONOMI

En hipótesis en que la mayoría de todas las clases no se alcanzare la aprobación del plan acontecerá si al menos una de las clases de créditos garantizados o en su defecto al menos una clase de las categorías afectadas, que no fuere la que no recibiría ningún pago, aceptó el plan.

Se tratará entonces de un instrumento análogo al *cramdown power* introducido en el art. 52 de Concursos y Quiebras de la Argentina, que en doctrina es conocido como *cramdown de clase cruzada*.

Si bien la directiva dedica la mayor intensidad al tratamiento de los medios extrajudiciales, es insoslayable la intervención del juez en la instancia de homologación y aquí como ya lo anticipáramos, se advierte con mayor profundidad que el bien jurídico tutelado en la continuidad de la actividad y el mantenimiento del empleo.

Corresponde al juez el control de legalidad en la correcta formación de clases, la verificación de créditos, el voto, la determinación de la mayoría, la suficiencia de la información y particularmente evaluar la conveniencia del plan.

Solamente la autoridad judicial tiene la potestad de evaluar la homologación del acuerdo, condición está para dar al mismo fuerza vinculante. La nueva financiación de la misma manera que la existencia de acreedor disidente, o la pérdida de plantilla laboral que exceda el 25% , exigen la aprobación judicial.

Finalmente la clara disposición de la Directiva en favor de la reestructuración se manifiesta en la potestad de la autoridad judicial que puede rechazar un plan claramente ineficaz en orden a la reestructuración ejercitando el control de factibilidad o eficiencia en orden a eliminar riesgos o amenazas de insolvencia lo que supone el juicio de sostenibilidad o viabilidad económica de la empresa.

La evaluación doctrinaria de Stefania Pacchi pone el acento en evidencia de un derecho concursal que pone a manos de la economía herramientas de continuidad a través de los llamados “sistemas de alertas”. Configurando así un verdadero refuerzo en la frontera de la mera posibilidad de la dificultad y de la insolvencia. El sistema no sólo descarta la quiebra liquidativa, fenómeno ya instalado en el siglo que pasó sino la insolvencia misma habilitando

DECONOMI

los presupuestos materiales del derecho concursal como ya acontece en su clara limitación al derecho de las sociedades.



A modo de conclusión: El concursal del incierto día después de la pandemia proveerá a la necesidad de la economía paralizada tanto tiempo como dure y tendrá entonces la realidad de un marco inédito en el que sólo existe una certeza, la necesidad de normas flexibles y complacientes que reduzcan los requisitos y estimulen la reestructuración.

En todo caso la intervención de la ley y de la justicia debe ser realizada partiendo de una terapéutica a la parálisis para recién comenzar a andar. En este sentido existe ya en la historia reciente del concurso una clara tendencia que aún en los tiempos de economía normal o regular, se aplicaron en orden al bien jurídico tutelado que superando el interés de los acreedores coloca el foco de las directivas económicas en orden a preservar la continuidad de la actividad y del empleo en su mayor medida posible.

Para finalizar, una paradoja, alguna vez dijimos “*nadie ha dicho que todos los problemas tengan solución, ni que el hombre haya nacido para descansar*” a despecho de la cuarentena y sus prórrogas seguiremos aislados sin descanso hasta un día después...

“Facultades ordenatorias del juez concursal ante la emergencia COVID 19. Límites legales.”

por Alfredo Alesio Eguiazú¹⁶

Palabras Clave: Procesos concursales. COVID-19. Facultades ordenatorias.

Key Words: Banckruptcy procedures. COVID-19. Judge attributions.

Sumario. La aparición de restricciones ambulatorias, medidas sanitarias preventivas y aislamiento social en razón de la emergencia dispuesta con motivo del COVID-19 ,ha implicado un cambio en las prácticas forenses y repercutido, como en todos los procesos, también en los concursales, debiendo el juez arbitrar los medios necesarios, según el caso, para adecuarlo a las nuevas imposiciones, sin que ello signifique modificar la normativa, sino en el marco de sus prerrogativas ordenatorias.

Summary. The new restriccions about COVID-19 emergency, improving sanitary prevention and social distance, have improved forense changes, and also in banckruptcy precedures. The judges had to use the necessaries instruments to adapt them according to law, not changing it but in use of his order prerrogatives.

Introducción:

La presencia del COVID-19 además de provocar la pandemia mundial¹⁷, provocó un cambio fundamental en nuestra forma de vida como la

¹⁶ Profesor Pro titular por designación de la Universidad Católica Argentina Sede Paraná (Derecho Bancario; Concursos y Quiebras, Títulos Valores) Magister en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral) Juez titular de Primera Instancia en lo Civil y Comercial con competencia Laboral con asiento en la ciudad de Villaguay, Entre Ríos.

¹⁷ El director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS), **Tedros Adhanom Ghebreyesus**, declaró el 11/3/2020 el coronavirus COVID 19 pasa de ser una **epidemia a una pandemia**. <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

DECONOMI

conocíamos hasta ahora, alterando nuestros hábitos sociales, culturales, de profilaxis y hasta nuestro aspecto al incluirse una nueva prenda de vestir, el tapabocas.

Como todos sabemos, afectó la macro y micro economía mundial, golpeando nuestras empresas, económica y financieramente, aniquilando la cadenas de pagos, alterando el normal pago de salarios e imposiciones fiscales y su consecuente repercusión como causa directa del estado de insolvencia de los actores económicos, escapando del presente análisis la economía informal y su impacto.

Este nuevo hecho social marcará sin dudas un hito en la historia de la humanidad, no sólo como pandemia sanitaria sino por sus repercusiones, su conexidad con la globalización económica y comunicacional que los sociólogos e historiadores podrían catalogar como el comienzo de una nueva era histórica.

La economía argentina, a fuerza de nuestra identidad y ciclos históricos económicos pendulares, hemos sufrido crisis a las que hemos adecuado nuestro ADN superador, por espíritu de lucha o por estoica adaptación.

Ya la ley 4.156 del año 1902, fue dictada tras la crisis del año 1890. Contaba GARCIA MARTINEZ que “La mayoría de los deudores se veían obligados a suspender sus pagos y concertar arreglos con sus acreedores, y cuando éstos eran excesivamente exigentes, no les quedaba a aquellos otro remedio legal que presentarse al juez solicitando su propia quiebra”. ... “Se recurría a la moratoria pues la jurisprudencia consideraba que la crisis del año 1890 y su liquidación debían considerarse hechos de fuerza mayor; para concederla el comerciante debía acreditar que su activo era superior al pasivo y que con la moratoria podría cumplir sus obligaciones, pues liquidando sus bienes sin apuros de ninguna clase pagaría a todos sus acreedores, evitando así la quiebra, que a nadie beneficiaba”¹⁸

Recordemos que por entonces el comerciante sólo podía acceder al concordato tras el pedido de quiebra, mediando prisión del deudor hasta el

¹⁸ GARCIA MARTINEZ, Francisco, “El Concordato y La Quiebra”, Ediciones Depalma, Vol 1 4ta Ed. 1967 Tomo 1 Pp 132/133

DECONOMI

dictamen del síndico, y que recién suprimida la prisión por deudas en nuestro país el 26 de junio de 1872 mediante la ley 514.

El impacto en los procesos judiciales.

De igual manera que se afecta la economía, el fenómeno ha repercutido en los procedimientos judiciales, arraigados todavía a la modalidad papel, con los sabidos problemas de almacenamiento y costos, sumados a la circulación de papeles que pueden resultar ser un vector de transmisión del virus.

Las restricciones impuestas por el Decreto de Necesidad y Urgencia Presidencial N° 260/2020 y sus sucesivas prórrogas, definió medidas preventivas de circulación de personas y sanitarias tendientes a evitar el contagio, en la medida del magro conocimiento científico que se tenía del COVID-19 tomando la experiencia europea como referencia preventiva.

Estas limitaciones además de las restricciones ambulatorias, implicaron recomendaciones y protocolos, en algunos casos regulando la restricción de manipuleo de elementos que podrían resultar vectores de distribución virósica, medidas de sanidad domésticas y en los ámbitos de trabajo, incorporando el uso de tapabocas, el distanciamiento social, uso de alcohol y lavandina en la higiene de elementos de uso compartido, cuarentenas personales preventivas y limitación de los servicios públicos no esenciales a su mínima expresión, en tanto se asegurasen los servicios esenciales y limitación en la medida de lo posible del uso de papel en la administración pública y también en el ámbito tribunalicio.

En el servicio de justicia, en las diversas jurisdicciones, se vio limitada la actividad a los procesos esenciales, guardando en algunas las características de una feria judicial y en otras bajo la modalidad de receso extraordinario sanitario.

La emergencia devino en una suspensión de plazos procesales que paulatinamente y de acuerdo a la evolución de la crisis fueron siendo rehabilitados de acuerdo a las realidades de cada región y hasta llegar a la vuelta plena de los plazos procesales.

DECONOMI

Cada una ha ido dictaminando y reglamentando modalidades de trabajo consonantes con la emergencia y en el marco de la prevención.

Mas allá de la normativa de emergencia que resulte sancionada por el Congreso Nacional, producto de una decisión de política legislativa protectoria y preventiva según el caso, la misma repercutirá en un manantial de procesos de cobro compulsivo y la eventual presentación o continuación de los procedimientos de crisis.

Se prevé (o adivina) una catarata de promoción de acciones tendientes a obtener cobros frente al corte de la cadena de pagos.

En este sentido, resulta previsible avizorar una emergente situación de insolvencia generalizada no solo en el ámbito empresario sino también en el consumidor.

Este presupuesto, salvo la aparición de alguna normativa de crisis suspensiva, derivará en la multiplicidad de presentaciones concursales, resintiendo no solo el servicio de justicia sino también la macroeconomía.¹⁹

Resulta difícil afrontar desde lo económico esta situación y mucho más copiar las soluciones provistas por las economías del hemisferio norte, por las disímiles características de cada economía nacional, siendo los subsidios programados por aquellos países varias veces mayores a nuestro PBI. Pero esa visión no me corresponde, más que a modo de comentario de perspectiva.

Las provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Nación han ido avanzando en la implementación de tecnologías hacia la desmaterialización de los procesos judiciales, obligando en definitiva a una apresurada digitalización total, solucionando el problema del espacio físico de los expedientes, eliminación del posible vector material y contagio, derivando en consiguientes problemas técnicos informáticos que arribarán, munidos de las limitaciones comunicacionales como tantos otros desafíos sobrevinientes nacionales, en

¹⁹ Con la crisis del 2001. la aparición de normas de emergencia modificaron la LCQ, disponiendo medidas coercitivas en la eventualidad y otras modificaciones que sobrepasaron la crisis pero que deberán ser objeto de otras notas. Véase la ley 25.563 (art. 22, Adla, 2002-B-1602) que declaró la emergencia productiva y crediticia originada en la situación de crisis por la que atravesó el país, hasta el 10 de diciembre de 2003.

DECONOMI

forma oblicua a una solución ecológica en razón de la disminución y hasta supresión del soporte papel.

Como reza el adagio popular “se hace el pan con la harina que se tiene” (o algo así) es que en tanto no sean dictadas normas de emergencia, en los procesos concursales existen previsiones suficientes para adecuar el proceso dentro de este marco, es decir sin que las directrices del magistrado impliquen alterar la letra de la ley, sino interpretarla y dictar resoluciones ordenatorias en la medida de sus atribuciones.

La ley 24.522. Naturaleza de sus normas.

La normativa concursal, por el principio de universalidad, necesita y refleja la calidad de sistema procesal en sí mismo, resultando autosuficiente, y completado en forma residual por remisiones expresas en aquello que no regula, a las normas procesales locales.

MAFFIA nos enseñaba que “Antes de la codificación, -comienzos del XIX- no existía una ramificación del derecho privado en civil y comercial, a pesar de que algunos estudiosos se ocupaban del derecho civil mientras otros atendían la materia comercial. No siempre eran juristas: celebérrimos los comentarios de Savary a la Ordenanza de Colbert de 1673, considerada el primer código de comercio del mundo. Savary no era abogado, aunque adquirió cierta familiarización con el derecho ayudando a hombres de leyes para luego dedicarse al comercio. ...; primero se consideró que nuestra disciplina formaba parte del derecho sustancial, específicamente mercantil. Desde hace unos cincuenta años prevalece la posición procesalista ... referida fundamentalmente a la doctrina italiana..., a partir de Bonelli y especialmente desde Provinciali hacia acá hasta nuestros estudiosos”²⁰.

A esta altura no hay discusiones que se trata de una rama especial del derecho, que contiene tanto normas de derecho de fondo como de forma.

Comentaba CAMARA que “En verdad, la quiebra constituye una institución bifronte que mira por un lado el derecho material o sustantivo -

²⁰ MAFFIA, Osvaldo J., Derecho Concursal, Edit. Victor P. de Zavalia, tomo 1, pp 12 y ss.

DECONOMI

supuesto de declaración de quiebra y efectos sobre los derechos de los participantes en el proceso-, y por otro, al derecho procesal. Por lo que una cosa es que el carácter procesal sea el predominante -en la institución de la quiebra-, y otra muy distinta que la quiebra no sea más que una situación de orden procesal, conocida por juicio de quiebra.²¹

Se trata de un derecho de orden público, en tanto entre sus principios encontramos el corte imperativo.

El orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares.²²

La Constitución Nacional en su artículo 75 inc 12 le atribuía al Congreso de la Nación la redacción de la ley de bancarrotas, y como tal, potestad delegada por las Provincias al Estado Nacional, no así las normas adjetivas.

Como sostienen GARAGUSO y MORIONDO, se pueden diferenciar tres aspectos particulares del proceso, 1) Uno de ellos empírico (“la coordinación de los actos”), 2) otro funcional (“conjunto de actos que se realiza ante el órgano de jurisdicción”) y 3) un tercero teleológico (“la sentencia que resuelve la litis”). Mas allá de las divergencias que la doctrina ha apuntado sobre el proceso común y el concursal, cabe señalar que “... tanto el proceso concursal como el proceso común son “procesos en sentido estricto”²³.

El procedimiento falencial es principalmente inquisitivo y limitadamente dispositivo.

La instancia del proceso principal resulta en cabeza del órgano jurisdiccional y no librado a la voluntad de las partes, pudiendo catalogarse como primordialmente inquisitivo o inquisitorio, sin llegar al mismo tenor que el proceso penal.

²¹ CAMARA, Héctor, “En concurso preventivo y la quiebra”, Ed. Depalma, 2da, reimp. 1982, tomo 1 pp 103

²² DE LA FUENTE, Horacio H., Orden público, ed. Astrea, (2003),, pág. 23

²³ GARAGUSO, Horacio Pablo; MORIONDO, Alberto Angel “El proceso concursal: el concurso como proceso”, Editorial AD HOC, tomo 1 1999, pp 39.

DECONOMI

La Ley de Concursos y Quiebras es ley de orden público, no solamente porque así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional²⁴ lo cual obsta a que las partes puedan apartarse del procedimiento o dejarse de lado por acuerdo de partes, siendo ajenas a la disposición de los litigantes.

De acuerdo a las previsiones del art. 274 LCQ, el impulso del proceso se encuentra en cabeza del juez que entiende en el universal, de oficio sin instancia de interesados, debiendo dictar todas las medidas necesarias para su prosecución hasta su finalización, de conformidad a los plazos que dicta la propia ley.

En consecuencia, el juzgador no sólo puede sino que debe llevar el proceso estrictamente apegado a las disposiciones de la ley específica y sustituyendo la actitud dispositiva por la inquisitiva²⁵, cuando ello permita arribar a la mejor solución para el interés del concurso.

No resulta pues que toda la ley sea de orden público, sino aquellas normas que tienden a garantizar su eficacia y en resguardo del interés general que protege por sobre la autonomía de la voluntad individual.

Cuando en el año 2002 se dictó la ley de emergencia 25.563, el legislador expresamente consignó en su letra el carácter de orden público en razón de la crisis financiera y económica nacional a los fines de remarcar las restricciones que imponía respecto a ejecuciones y nuevos pedidos de quiebra, suspensión y extensión de plazos en procura de mitigar los efectos mencionados²⁶.

Explica CAMARA que “Las amplísimas atribuciones del tribunal en la dirección y administración del procedimiento están plasmadas en múltiples textos” citando verbigracia normas de la ley 19951 y agrega “Como coronación, el art. 279, ordena que el juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar

²⁴ C.S.J.N., “Piñero, Marcelo F. c. Tomar S.A. y otros”, L.L. 1998-B-54 – D.J. 1998-11055; “Collón Curá S.A. s/quiebra s/incidente de revisión por el Banco de Hurlingham S.A.”, L.L. 2003-C-732

²⁵ CApel.Civ.Com. y Lab. Venado Tuerto, “Banco Integrado Departamental s/quiebra”, LLLitoral 1998-2-476

²⁶ Ley 25.563 fijó: Ampliación de los plazos del período de exclusividad (art. 2), prórroga del vencimiento del plazo del período de exclusividad en los concursos en trámite (art. 8), suspensión por el término de 180 días de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales, inclusive las de garantías reales (art. 9) suspensión de los pedidos de quiebra por el término de 180 días (art. 11).

DECONOMI

todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resultan necesarias....” y que “Todas las normas tienen carácter *cogente*, siendo estructurado el proceso concursal sobre el principio de la inderogabilidad de sus disposiciones”²⁷.

No podemos concebir a esta rama como incluida dentro del derecho procesal, porque el Derecho Concursal, no es sólo eso, sino que es un mix de proceso y derecho de fondo.

Facultades del juez concursal.

MAFFIA comenta que “Cuando la ley de concursos habla de 'facultades' del juez, ello no puede entenderse como actos que el juez puede tanto realizar como omitir (lo cual sería la cabal definición de una facultad en el campo de la lógica deóntica). El juez debe, por ejemplo, pronunciar sentencia, y a tal punto se trata de un deber, que si lo omite hasta el Código Penal se acuerda de él. Mal podríamos, por tanto, juzgarlo una facultad.”²⁸

La LCQ otorga facultades-deberes al magistrado atinentes a la marcha del proceso, de carácter ordenatorio en cuanto al matiz inquisitorio referido a su impulso y desarrollo, para de alguna manera corresponde distinguirlas de las facultades decisorias sobre la materia de fondo que hacen a la suerte del fin conservatorio o liquidatorio de la empresa.

Estas facultades ordenatorias, las dicta a fin de salvaguardar el impulso procesal.

Las facultades del juez a la luz del Código Civil y Comercial.

En este marco, la ley le permite adecuar los pasos de conformidad a la práctica forense.

²⁷ CAMARA Op. Cit. Pp 101.

²⁸ Maffía, Osvaldo J. "Alumbrado, barrido y limpieza sobre 'facultades' y 'poderes' Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 200, 668 Fecha: 23-01-2003 Cita Digital: ED-DCCLXIV-808

DECONOMI

COUTURE decía que “ El proceso es el procedimiento apuntado al fin de cumplir la función jurisdiccional”²⁹ y el mismo contiene fijados plazos que deben ser cumplidos.

En su tratado, el maestro uruguayo expresaba que “La interpretación de las leyes procesales no se agota en la operación de desentrañar el significado del texto particular que provoca la duda interpretativa. Ese texto no es, normalmente, otra cosa que la revelación de un principio de carácter general vigente a lo largo de toda la legislación procesal. Interpretar el texto es, pues, determinar la medida de vigencia del principio frente a cada caso particular. ... Interpretar la ley procesal es, por lo tanto, interpretar todo el derecho procesal, en su plenitud, a partir de los mandamientos o preceptos básicos de orden constitucional. Se interpreta el derecho y no la ley. ... Pero como a su vez, el derecho procesal no es un reino independiente del derecho y las leyes procesales son tan leyes como las leyes no procesales, todo acto de interpretación jurídica constituye una operación de inserción del texto interpretado en el inmenso ámbito del derecho. La obra del intérprete se caracteriza, pues, por esta unidad de visión del enorme campo al cual el texto interpretado pertenece.”³⁰

El artículo 2° del Código Civil y Comercial de la Nación, reza “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Dichas facultades encuentran su límite en el debido proceso adjetivo, es decir que sus atribuciones no pueden ni deben soslayar el *due process*, el legítimo derecho de defensa, so pena de incurrir en un desbalance en el sinalagma obligacional, con la salvedad de aquellas materias protegidas legislativamente (vbgr. laboral, consumeril, etc).

²⁹ COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Edit. Roque DePalma, 3ra Ed. (postuma) 1958, pp 8.

³⁰ COUTURE, Eduardo J. “Estudios De Derecho Procesal Civil” Ediar Soc Anon, Editores 1948 tomo 3 pp 63-64

DECONOMI

Delimitación del análisis del presente.

Amplia y generosamente ha sido tratado la evolución legislativa de las facultades homologatorias del juez concursal, desde el código de comercio, pasando por la ley 4.156³¹, que rigió entre 1902 a 1933, su reemplazo por Ley nro. 11.719³² o “Ley Castillo” vigente hasta 1972, sustituida por la 19.551³³ hasta el año 1995, en que fue dictada la hoy vigente 24.52³⁴ con sus modificaciones³⁵, otorgando el texto actual al sentenciante, facultades expresas tanto para homologar sin conformidades o haber alcanzado las necesarias, según el art. 52 LCQ, y del mismo modo otorgando la posibilidad de desestimar la homologación no obstante la obtención de las mayorías legales en caso de una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

Vastos análisis de doctrina han sido acompañados por emblemáticos fallos que han ido forjando criterios a seguir al momento del dictado de la sentencia declarativa o denegatoria de homologación del acuerdo preventivo desde “Arcángel Maggio”³⁶ en que la Alzada hizo lugar a las impugnaciones y consideró abusiva la propuesta; en “Editorial Perfil”³⁷ en el que la propuesta no se consideró abusiva y fue homologado el acuerdo, en “Talleres Reunidos Italo Argentino”³⁸, rechazándose la homologación por considerarla abusiva; “Linea Vanguard” haciendo lugar la Alzada a la impugnación con relación al acuerdo preventivo con fundamento en que se había aprobado en ejercicio abusivo de los derechos por parte del deudor desnaturalizando el concurso preventivo³⁹; en Sociedad Comercial del Plata S.A.⁴⁰, en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la confirmación de la Alzada, dejando sin efecto la homologación del acuerdo por abuso de derecho y afectación al derecho de propiedad frente a

³¹ ADLA 1889 -1919, 564

³² B.O. 30/09/1933 - ADLA 1920 - 1940

³³ B.O.: 08/05/1972 – ADLA 1972 - B

³⁴ B.O. 09/08/1995 -ADLA, LV-D, 4381

³⁵ Ley 25563 B.O 15-02-2002; 25.589 B.O. 16-05-2002 (prorrogada por la ley 25640; 26.086 B.O. 11-04-2006; 26.684 B.O.30-06-2011; 27.170 B.O. 18-09-2015

³⁶ CNCCom, sala A, 30/04/2004. Arcángel Maggio. LL 2004-D, 882 – Llonline: AR/JUR/732/2004

³⁷ CNCCom, sala D, 19/09/2007. Editorial Perfil S.A. s/ conc. prev. IMP 2007-21, 2007 – LL 2007-F, 338 – Llonline:AR/JUR/5688/2007

³⁸ CNC, sala F, 24/04/2012. Talleres Reunidos Italo Argentino S. A. s/ concurso preventivo. LL 2012-C, 499 – Llonline AR/JUR/12689/2012

³⁹ CNCCom., Sala C, “Línea Vanguard S.A s/ concurso preventivo”. MJ-JU-E-5384-AR | EDJ5384 | EDJ5384

⁴⁰ C.S.J.N., “Sociedad comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo”, L.L 2009-F, Fallo 332:2339

DECONOMI

la falta de categorización de acreedores por el tratamiento dado a aquellos en moneda extranjera, contrariado la finalidad económica-social del instituto.

Estas notas apuntan a las directrices del juez del universal en torno a la instrumentación de los institutos concursales en la medida de sus facultades ordenatorias alejándolo de tentaciones legislativas desde su despacho.

El inicio del proceso falencial.

Decía MAFFIA '... la sentencia declarativa de quiebra da sin más inicio al procedimiento, del cual constituye el acto inicial ' (Ricci, Lezioni..., p. 125). Satta escribe: 'La sentencia es constitutiva también en otro sentido: da vida al proceso concursal ' (p.56). Pero, ¿acaso antes de pronunciar la sentencia de quiebra el juez no actúa? Sí, actúa. Pero no en un proceso de quiebra que empieza recién con su fallo.

El magistrado, pues, constituye la quiebra y gobierna las actuaciones desde el pescante. En cuanto a la índole de sus decisiones, repetimos que es imposible sintetizarlas: inicio y fin de la quiebra, reconocimiento de los créditos, conducción inquisitiva del trámite, decisiones oficiosas, tramitaciones incidentales de carácter contencioso mechados en la básica inquisitorialidad del proceso. Incluso funciones administrativas, sobre cuya importancia se discrepa, así como en orden a su incidencia respecto del rol del magistrado y del propio carácter del proceso concursal. A este último respecto, es cierto —Ferrara— que también el magistrado del ejecutivo adopta disposiciones acerca de bienes embargados, custodia, liquidación, etc., pero no puede equiparárselos con las tareas dispuestas y/o supervisadas por el juez de la quiebra sobre incautación de los bienes del fallido, la muchas veces fatigosa y extensa tarea de liquidación —suele durar más que el proceso falencial propiamente dicho—, la distribución, la recomposición que dicen algunos autores de la masa activa, la administración que en principio cumple el síndico, etc. “41

⁴¹ Maffía, Osvaldo J., El Juez del concurso (III). Ni la iniciativa ni la instrucción prefalencial determinan la configuración procesal de la quiebra. El Derecho - Diario, Tomo 179, 972 Fecha: 29-10-1998 Cita Digital: ED-DCCLXV-720

DECONOMI

Es de notar pues que la sentencia de apertura del concurso preventivo y la de quiebra, resultan ser declarativas y no constitutivas y que las mismas son las que dan inicio al proceso propiamente dicho.

Desde la petición de apertura de uno u otro procedimiento concursal, el intérprete dirige el rumbo durante la vitácora que le impone la norma, puede sortear tempestades, mas no puede perder de vista el destino ni la ruta que determina la ley.

Situaciones a considerar de acuerdo al tipo y estado del proceso concursal.

Variadas son las situaciones primigenias a considerar, el inicio de procesos y la continuidad de los ya en trámite, todo ello en el supuesto de la legislación de emergencia (si se dicta) lo permita y en las condiciones que resulten, según el caso.

Procesos de quiebra nuevos.

Pedidos de quiebra directa post COVID.

En el caso que no se dicte norma alguna de emergencia económica respecto a nuevas presentaciones o pedidos de quiebra directa necesaria a pedido de acreedor, en lo que MAFFIA llamaba juicio ejecutivísimo⁴², o en caso de pedido por el propio deudor, procesalmente corresponderá abrir su trámite de acuerdo al art. 83 y ss LCQ y resultará de su tenor, si deviene o no en la apertura del proceso.

Deberá el magistrado evaluar en su caso si el requisito objetivo de la insolvencia tiene el carácter de estado prolongado en el tiempo, esto es si se trata de una situación sostenida en el tiempo, conforme la fecha de inicio de cesación de pagos, si es pre COVID-19 o no, y en su caso evaluar si se configura el requisito objetivo basal de nuestro sistema concursal. En caso de tratarse de una situación pre pandemia, estaríamos en presencia de una empresa

⁴² Maffía ,Osvaldo J. "¿Pedido de quiebra o juicio ejecutivísimo?", R.D.C.O. N° 18, 1985, p. 145.

DECONOMI

económicamente inviable y en su caso la situación de emergencia no sería otra cosa que un detonante o desencadenante final de una muerte anunciada. Como dice frecuentemente VITOLLO en sus amenas alocuciones, “dejemos a las empresas quebrar en paz”.

En caso de pedido de quiebra por el propio deudor, de igual manera, no existiendo ley de emergencia que obste el mismo, se deberá dar trámite al pedido no alterándose el procedimiento y con los mismos límites y pautas a considerar por el magistrado en razón del cumplimiento de sus requisitos.

Supuestos de nuevos pedidos o supuestos de quiebra indirecta post-COVID 19

En tal caso, deviniendo la quiebra sanción por un supuesto de conversión legal de concurso preventivo en liquidativo, el mismo debería ser atendido sin diferencias con la situación anterior planteada, todo ello desde el punto de vista procesal, sin tener en cuenta la cuestión de fondo de los presupuestos y su pertinencia o no y en su caso la sanción o no de ley de emergencia que prorrogue plazos de cumplimiento de acuerdos y otras obligaciones concursales que pudieran verse impedidas por fuerza mayor, todo según el texto que resulte de la labor legislativa.

Acuerdo Preventivo Extrajudicial.

Resulta ilustrativo recordar el concepto descriptivo que MOLINA SANDOVAL comparte del Acuerdo Preventivo Extrajudicial (en adelante A.P.E.) al decir que es un “proceso concursal tendiente a superar la crisis económica y/o financiera de carácter general (y por ello, también el estado de cesación de pagos) de una determinada empresa que se desarrolla privadamente mediante un acuerdo –de naturaleza preventiva- de libre contenido (aunque con las limitaciones típicas de los actos jurídicos) entre el deudor y sus acreedores quirografarios, que se presenta a homologación judicial y que, una vez homologado (y previo procedimiento reglado) produce efectos –similares a los del concurso preventivo- respecto de todos los acreedores quirografarios de

DECONOMI

créditos anteriores a la presentación, aun cuando no hayan participado del acuerdo”⁴³

Atento la naturaleza contractual del APE, su tramitación eminentemente extrajudicial y el necesario arribo de acuerdo con los acreedores, no se avizoran impedimentos para su tramitación y eventual homologación según el caso.

DASSO tras la reforma de la ley 25.589 distinguió entre el acuerdo extrajudicial y el acuerdo preventivo judicializado, dependiendo si fue sometido a homologación judicial o no, guardando el primero naturaleza jurídica contractual y en el segundo resulta un acuerdo de naturaleza judicial concursal.⁴⁴

En ambos casos, requiriendo o no el deudor la homologación judicial, su tramitación y negociación resulta ajena a los estrados judiciales y no estaría afectado por las restricciones actuales.

Tratándose del único procedimiento preventivo establecido en nuestra ley en que no es requisito el estado de insolvencia y que tampoco se debe practicar el proceso de insinuación de los acreedores de sus pretensiones frente al deudor, en caso de poder alcanzar los requerimientos legales, no existe óbice para su tramitación.

“La fase negocial del APE tiene iguales características que la fase negocial del concurso preventivo judicial. Es decir, la negociación extrajudicial del acuerdo tiene la misma estructura y la misma naturaleza en el APE y en el concurso preventivo judicial y, por tanto, no constituye una diferencia eficiente para negar el carácter concursal ideal del APE, al menos desde que se efectúa la presentación judicial”⁴⁵, comenta ALEGRIA.

De tal manera que, acreditados los requisitos del art. 72 LCQ, con más las conformidades de sus acreedores del art. 73 de la misma norma, el

⁴³ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: “Acuerdo Preventivo Extrajudicial”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 43

⁴⁴ DASSO Ariel, “El APE, su naturaleza compleja. La insoslayable categorización. Legitimados, Entidades Financieras, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano (V congreso Argentino de Derecho Concursal – III Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, libro de ponencias, Ed. Ad Hoc, Tomo 1 pp 284/303

⁴⁵ ALEGRIA, Héctor: “Facultades del juez e interpretación de las normas sobre acuerdo preventivo extrajudicial”, *La Ley Sup. Especial APE, noviembre 2004, p.50*

DECONOMI

cumplimiento de sus recaudos resultan menos restringidos que en un concurso preventivo, en razón que las limitaciones impuestas por el gobierno en cuanto a aislamiento y circulación y su acreditación para la homologación tendría como único límite la habilitación de plazos procesales, dependiendo del tribunal competente, en el caso que se pretenda que el acuerdo surta los efectos previstos en el art. 56 por remisión del 76 LCQ.

Concurso preventivo. Nuevo pedido post COVID.

El inicio del concurso preventivo está reservado al deudor, en tanto aquel constituye el único que conoce su empresa y es el que debe tener la intención de continuar con su giro, desbordado por su pasivo exigible en los términos del presupuesto objetivo del estado de cesación de pagos.

El inicio del concurso preventivo está regido por los artículos 1 a 11 de LCQ, debiendo el deudor acreditar en su promocional los requisitos objetivos, subjetivos y formales.

Mas en nuestro derecho, a diferencia de lo que ocurre en la ley estadounidense, en la que basta el pedido del deudor solicitante para su apertura⁴⁶ puede que el juez no lo declare.

Resulta pues una facultad del magistrado hacer lugar o no al pedido de apertura, en tanto considere como no reunidos los requisitos legales para así disponerlo.

Con el escrito de promoción, el deudor debe acreditar su calidad de sujeto concursable, es decir el presupuesto subjetivo, su estado de insolvencia

⁴⁶ Los jueces de quiebra no participan ni toman acción alguna para admitir o no un caso de quiebra radicado por un deudor de forma voluntaria bajo la sección 301 del código de quiebra de los EE.UU ("el código") (US Bankruptcy Code of 1978, 11 USC 101 et seq., "The Code"). La mera radicación en la corte de quiebra de una petición de quiebra ("petition") crea la paralización automática bajo la sección 362 del código ("automatic stay") e inmediatamente la secretaria del tribunal expide la orden de relevo ("order of relief") a todos los acreedores incluidos en la lista de acreedores radicada por el deudor con la petición y las planillas informativas de activos y pasivos. (Cfr. Gerardo CARLO ALTIERI Las Potestades Jurisdiccionales Del Juez Concursal. Investigacion A Cargo De Un Equipo De Miembros Del Instituto Iberoamericano De Derecho Concursal. Presentación de la situación de los tribunales de quiebra de los EEUU en Revista Informática Del Instituto Iberoamericano De Derecho Concursal Vol 15. Nro III Año 2018 Publicado: 2018-09-07 ISSN 2346-9404 pp 587. Consulta on line <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/1685>

DECONOMI

o sea el requisito objetivo y además acompañar los extremos formales que le impone el art. 11 LCQ. Estos últimos le brindarán la información al tribunal a los fines de contar con suficientes elementos a los fines del inicio del procedimiento preventivo hacia la reestructuración de su pasivo por el acuerdo con sus acreedores y que significará su sobrevida post-estado de insolvencia.

Durante la vigencia de la legislación previa a la ley 19.551, la figura del concordato preventivo estaba reservada al comerciante de buena fe.

La acreditación de los requisitos formales del hoy art. 11 LCQ procuraban la acreditación de esa *bona fide* para así el magistrado tener por acreditado de manera objetiva los dichos del deudor en su promocional sobre los hechos que lo derivaron en el estado de insolvencia.

Al decir de DASSO⁴⁷ "... , los requisitos que demanda cumplir el art. 11 desde lo formal, tiene que ver, fundamentalmente con la provisión de información suficiente al expediente y por ende a los acreedores, juzgado y síndico acerca de las condiciones jurídicas, financieras y patrimoniales de la empresa. Son en todos los casos, requisitos formales que se derivan de la información que normalmente se halla a disposición de los administradores de la empresa, sólo que ordenada de acuerdo a ciertas reglas".

Agrega respecto de su observancia, sin hacer referencia a tiempos como los que transitamos que "No es difícil cumplirlas y cualquier empresa medianamente ordenada consigue producirlas en un período más o menos breve, salvo situaciones excepcionales, como puede ser algún estado de fuerza mayor, como inundación o incendio, o la toma de la empresa por parte de los empleados".

En la situación que estamos atravesando es que tales documentaciones no son de fáciles de reunir, ya sea por la atención de oficinas públicas en horarios y con personal limitados y cumplimiento de restricciones de circulación o distanciamiento social.

⁴⁷ DASSO, Ariel en Facultades Jurisdiccionales En La Declaracion De Apertura Del Concurso en Revista Informática Del Instituto Iberoamericano De Derecho Concursal Vol 15. Nro III Año 2018 Publicado: 2018-09-07 ISSN 2346-9404 pp 558. Consulta on line <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view//1685>

DECONOMI

Facultades del juez en cuanto a la apreciación de cumplimiento.

No existiendo aún una ley de emergencia que restrinja la presentación en concurso preventivo, en primer lugar el deudor se verá en la dificultad de cumplimentar los requisitos previstos por el art. 11 LCQ.

De tal manera, si el deudor cumple con los requisitos objetivos, subjetivos y formales el juzgador debe declarar la apertura de su concurso preventivo.

Muchas veces en la práctica tribunalicia, la urgencia por iniciar el andamiaje concursal y lograr el ansiado efecto suspensivo de ejecuciones que la presentación implica, desvirtúa la finalidad del instituto, en tanto no obedezca a un organizado plan de reestructuración del pasivo y reorganización empresarial con eficientización de los recursos económicos, sino que muchas veces obedece al manotazo desesperado por evitar un remate tras infructuosas negociaciones con algún acreedor en procura de su ejecución individual o buscando el pedido de medidas cautelares de protección de activos intangibles como contratos en curso de ejecución, concesiones de servicios públicos, el mantenimiento de licitaciones adjudicadas o la liberación de fondos líquidos embargados por AFIP, etc.

En muchos casos la reunión de algunos de los requisitos formales del art. 11 no son alcanzados a la presentación del escrito urgido de presentación en concurso preventivo.

A esta situación frecuente, sumada al corte de la cadena de pagos por causa de la pandemia, nos encontraremos que no se podrán conseguir alguno de los mismos pero la solución colectiva debe primar sobre las formas.

La experiencia judicial ha traído diversas fórmulas frente a la omisión, resultando en diversos criterios según los tribunales revisores en pos de lograr la regularización formal que impone el texto legal y la finalidad del instituto y en definitiva impediría un acceso al saneamiento de la empresa como engranaje económico y fuente de trabajo.

DECONOMI

El cumplimiento de los requisitos en la Alzada mientras se expresan agravios y tramita el recurso de apelación, resulta ajustado, sobre todo considerando que el rechazo implicaría para el deudor la inhibición para una nueva presentación por un año de conformidad al art. 31 LCQ, siempre y cuando no emerja un abuso de derecho del deudor conforme las características de cada caso concreto.

Reseña VITOLLO que “La interpretación de los requisitos formales no debe tornarse de tal modo exigente que llegue a conspirar contra el sentido del concursamiento como solución a una crisis extrema y de premiosa respuesta (art. 11 de la LC)”⁴⁸.

Muchas veces previo a la apertura se requieren al deudor la acreditación de constancias o informaciones que no son requeridas por el art. 11 y que emergen de las mismas según sus constancias o que pueden ser requeridas en razón de las facultades ordenatorias, tales como oficios o informes a fin de evitar dilaciones que puedan devenir en una respuesta negativa a la apertura. Otras veces y según las jurisdicciones, inscripciones en los registros de juicios universales como previos a la promoción, dificultados por las restricciones de la pandemia que devienen contrarias a derecho.

Cumplimientos de medidas previstas por la resolución de apertura art. 14 LCQ.

Si el avezado y castigado deudor logró obtener la acreditación de los llamados requisitos formales en su promocional, ahora se encontrará con otro valladar en torno al cumplimiento de las medidas ordenadas por la resolución de apertura, aunque ahora encontrará un compañero en sus aventuras, la sindicatura.

La justicia Nacional, y en modo similar se están implementando en las jurisdicciones provinciales, medios a los fines de los diligenciamientos de oficios

⁴⁸ CCom. De Quilmas, sala I, 8-5-2008, “Bautista, Héctor Hugo s/concurso preventivo, JUBA, citado por Vítolo Daniel Roque, en “La ley de concursos y quiebras y su interpretación en la jurisprudencia”, Rubinzal-Culzoni editores, 2012, T. I, pág. 67.

DECONOMI

en torno a la complementación del expediente digital y soluciones para publicaciones edictales.

Así la Corte Suprema de la Nación, dictó a través de la acordada 15/2020 la implementación a partir del a partir del día 1 de junio de 2020 y de forma progresiva, los oficios a organismos públicos o privados que se libran de manera reiterada y habitual, se tramitarán únicamente en forma digital a través del “Reglamento para el Diligenciamiento Electrónico de Oficios con Entidades Externas al Poder Judicial ”DEOX”. Sumado a esto se ha dispuesto el envío de los escritos judiciales en formato digital.

Estas modalidades no son otra cosa que reglamentaciones en el marco de facultades ordenatorias, en el caso de la CSJN en ejercicio de sus facultades de superintendencia del PJN.

De tal manera los magistrados, sin alterar el proceso, pueden disponer medidas tendientes a hacer cumplir las normas procesales en la medida que no impliquen alterar las normas procesales y en tanto no excedan sus facultades.

Procesos de quiebra en trámite.

Atento la finalidad liquidativa de los procesos en trámite, no resulta conveniente dilatar el mismo, en razón del efecto licuatorio de la inflación frente a la suspensión de cómputo de intereses post quiebra afectando aun más la situación de los acreedores concurrentes, en consecuencia corresponde continuar con el trámite de acuerdo a las pautas procesales ordinarias provinciales, salvo disposición en contra en caso de existir normativa de emergencia que así lo ordene.

De todas maneras, dilatar el proceso liquidativo en curso, devendría contra la finalidad de dicho procedimiento, y en caso de corresponder, se podría concluir por alguno de los medios provistos por la propia ley falencial, según el estado de cada proceso.

La dilación en la liquidación de los activos no resulta una expectativa cierta de mejor precio, sobre todo si los bienes registrales muchas veces ya se

DECONOMI

encuentran garantizando hipotecas o prendas y que en definitiva los quirografarios resultan los convalidados de piedra en la distribución final.

Salvo las limitaciones tecnológicas señaladas, no habría inconvenientes en proseguir con el trámite previsto en la ley falencial (LCQ) hasta llegar a la etapa de la realización de los bienes, por los medios previstos en la norma y de acuerdo a las pautas que establezca cada jurisdicción para los actos de venta forzada.

Plazos procesales. Perentoriedad.

El artículo 273 LCQ en su inciso primero reza “Todos los términos son perentorios y se consideran de CINCO (5) días en caso de no haberse fijado uno especial”;

Dicha norma determina la fatalidad de los plazos y su implicancia en tanto se procura que el proceso no se dilate más allá de los establecidos.

Dentro de las normas procesales, la fijación de términos para su cumplimiento implica fijar el tempo del proceso, asegurando su continuidad dirigida a la homologación del acuerdo o a la declaración falencial.

Termina la norma diciendo que “Es responsabilidad del juez hacer cumplir estrictamente todos los plazos de la ley. La prolongación injustificada del trámite, puede ser considerada mal desempeño del cargo”.

La excepcionalidad en la emergencia del funcionamiento de la administración pública y del servicio de justicia, con los mencionados límites temporarios y de personal, sumado a las “ferias extraordinarias” o “recesos extraordinarios” según se las llame, y la “suspensión de plazos procesales” de las distintas jurisdicciones, han obstaculizado y en algunos casos impedido la obtención de instrumentos necesarios en el caso de los procesos de crisis, para cumplir con requisitos exigidos por las distintas normas del régimen concursal.

Dichos obstáculos operan como supuestos de caso fortuito o fuerza mayor por hecho del príncipe, previsto en el Código Civil y Comercial por el artículo 1730 que reza “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

DECONOMI

El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario “

Como todos sabemos, la declaración de pandemia y sus consecuencias jurídicas y sociales no pudieron ser previstas ni siquiera por aquellos tarotistas o adivinadores que podemos ver en los programas de la tarde, mucho menos por quienes contrataron de buena fe o quienes lograron arribar a un acuerdo homologado con sus acreedores concurrentes.

Si nos encontramos con un concurso en vías de cumplimiento del acuerdo homologado, ¿habiendo sobrepasado la espera que se hubiera pactado en su caso, debe el juez declarar a pedido de parte su quiebra por incumplimiento? ¿Es operable la mora en estos casos? ¿Pueden prorrogarse los plazos?

Estos interrogantes van a ser objeto de gigabites de sentencias (no digamos ya páginas porque no veremos papeles impresos en el futuro), pero es justamente con las herramientas que ha desarrollado la doctrina y aplicado la jurisprudencia durante décadas que deberemos enfrentar los problemas actuales con consecuencias presentes y futuras.

No se puede hablar de responsabilidad del incumplidor si un hecho de fuerza mayor le ha impedido cumplir su obligación y en su caso la mora resultaría dispensada. Mas no pretendo en estas líneas ahondar en el terreno de las obligaciones sino regresar al proceso concursal.

En el caso el impedimento estaría dado por un hecho catastrófico, ajeno a la voluntad de las partes que le habría impedido al deudor a cumplir transitoriamente la obligación en el plazo fijado.

Situación ésta aplicable tanto al pago de una cuota concordataria como al cumplimiento en tiempo procesal oportuno de alguna de las obligaciones de la norma concursal que podría devenir en quiebra indirecta, desistimiento u otra sanción menor.

Entonces cabe repreguntarse: ¿los plazos son perentorios? No debemos perder de vista la razonabilidad, la equidad y la buena fe, principios

DECONOMI

generales que como tales resultan amplios, pero no por ello inaplicables a nuestra materia.

Señala PRONO⁴⁹ que “No obstante y sin desconocer la existencia y razonabilidad de la norma legal que analizamos pues se funda en el principio de celeridad concursal que tiene su razón de ser en el presupuesto de un patrimonio insolvente o en grave crisis y que exige por ello rapidez en los trámites procesales, la propia norma admite la excepción a la regla que enuncia al decir que la responsabilidad y eventual sanción del juez estriban en la injustificada prolongación del trámite”.

Y agrega mi maestro santafesino “..., que los plazos concursales sean perentorios no significa que además sean improrrogables, es decir que no puedan ser extendidos. La perentoriedad expresa solamente la pérdida del derecho que se ha dejado de usar por fenecimiento del plazo, sin necesidad de declaración judicial ni petición de parte”.

Concluye su razonamiento diciendo que “De modo que el propio legislador ha previsto, argumento *a contrariis*, que el juez puede prolongar o prorrogar el procedimiento justificadamente”.

Tal criterio rector deberá ser utilizado en torno a la apreciación judicial respecto de los plazos legales para la publicación de edictos, la presentación de las propuestas de acuerdo, el que pone fin al período de exclusividad, y a todos aquellos que limitan o restringen los derechos del deudor, con gravosas consecuencias para la consecución del fin concordatario, siempre y cuando la inobservancia se ajuste a la imprevisión y fuerza mayor que el fenómeno COVID 19 ha impactado en nuestra vida económica, social, jurídica y administrativa.

La incidencia de la emergencia en diversas etapas del proceso concursal.

La insinuación de créditos.

⁴⁹ PRONO, Ricardo Severo Edgar, “Derecho procesal Concursal” Thomson Reuters La Ley, 1° Ed. pp 535.

DECONOMI

Decía CAMARA que “la verificación y graduación de créditos, pieza maestra del instituto – la *chiave di volta para ROCCO-* , constituye una etapa de innegable importancia del proceso, ya que trata de controlar los auténticos titulares del derecho concursal -número, monto, naturaleza, grado, etc- frente a los demás acreedores- ...”⁵⁰

Agregando que “El tema – conocido en el derecho estatutario- preocupó al legislador, que en los distintos países evoluciona para otorgar flexibilidad, celeridad y concentración en el trámite, sin descuidar la garantía a los varios intereses en juego, aunque siempre prevaleciendo el carácter publicístico de este mecanismo, en especial facultades oficiosas del tribunal”.

Recién a partir de la ley Castillo⁵¹, se introdujo la modalidad por la que “el síndico recibe los pedidos de los acreedores particulares, lo mismo que los anteproyectos de 1950 (art 122) y de 1953 (art 129)⁵², quitando dichas prerrogativas a la junta de acreedores, lo que implicaba un apartamiento del tribunal del control de la validez de los créditos y dejar a merced de aquellos la decisión sobre su procedencia o no.

Una aproximación a las modalidades a implementar

Como señalara al inicio de estas notas, la aparición del COVID 19 no sólo afectó nuestras vidas domésticas y laborales, sino también influyó en las prácticas judiciales y administrativas en general, pudiendo hablar de un antes y un después.

Estas restricciones impuestas en protección de la salud pública, más allá de las discusiones sobre su prolongación, ámbitos geográficos y demás, nos ha apresurado a nuevas tecnologías que el sistema judicial tardaba en implementar en forma decisiva.

En el marco del proceso concursal, y más concreto en el proceso verificadorio, también ha impactado.

⁵⁰ CAMARA, Hector, Op. Cit. Tomo 1 pp 577.

⁵¹ Ley 11719, B O. 30/09/1933 - ADLA 1920 – 1940.

⁵² MAFFIA, Osvaldo J. Verificación de Créditos, De palma, 2da. Edic. 1989, Pp 65.

DECONOMI

En la resolución de apertura del art. 14 LCQ en su inciso tercero se determina la fecha límite para la verificación tempestiva en tanto que el artículo 32 fija los requisitos del pedido insinuatorio.

Establece que debe ser formulado al síndico, indicando monto, causa y privilegio, constituyendo domicilio. Impone el modo escrito, en duplicado y acompañar los títulos justificatorios con dos copias firmadas, A su vez el síndico puede requerir los originales cuando lo estime conveniente, obstando la verificación su omisión.

Todos conocemos la modalidad pre COVID-19.

Ésta no podrá seguir siendo en la era post COVID por las razones preventivas apuntadas.

En el caso que la resolución del art. 14 no hubiera sido aun dictada, el juez podría establecer en la misma una modalidad para llevarla adelante de manera electrónica, sin alterar la ley y en el marco de sus facultades ordenatorias.

En el caso que ya hubiera sido dictada la resolución de apertura y no vencido el plazo de verificación tempestiva, bien podría dictar una resolución ampliatoria fijando pautas para ello, debiendo ser de la misma manera publicitada.

En este caso, es el magistrado quien debe fijar dichas pautas, siendo de buena práctica interesar a la sindicatura a fin de coordinar una modalidad y sea el juez quien resuelva en el marco de otorgarle publicidad y uniformidad, de tal manera resguardar la garantía del debido proceso.

De este modo, si bien la ley dice que los pedidos de verificación deben ser dirigidos a la Sindicatura, nada obsta a que el magistrado disponga que los pedidos sean dirigidos en forma digital, debiendo en tal caso la Sindicatura denunciar una cuenta de correo donde se podrán receptar los pedidos y otorgar la validación de su recepción de modo similar al cargo de presentación.⁵³

⁵³ Se pueden fijar pautas de tamaño de tipo de archivos, calidad de resolución, límite de tamaño cada uno en 5 o más Mb, dividiendo la documental en tantos como fueran necesarios, y otros que despertará la puesta en práctica.

DECONOMI

Ya en el año 1989, cuando la internet ni siquiera era un sueño⁵⁴, MAFFIA comentaba respecto al pedido de verificación que “Siendo un escrito el que vehiculiza la solicitud, es innecesario que la presentación la efectúe físicamente el acreedor, o su apoderado, o el órgano de la persona jurídica, etc, ya que no es una exigencia legal ni expresa ni implícita; ello a la manera de tantos escritos, y no solamente judiciales, que pueden ser enviados por medio de un chasqui. En la práctica, quien lo presenta es un empleado del estudio jurídico o contable que asiste al acreedor.”⁵⁵

Ergo, si cuando las comunicaciones electrónicas solo eran imaginables en “viaje a las estrellas” o alguna otra película, ya se sugería la innecesidad de la concurrencia del acreedor físicamente a las oficinas de la sindicatura, mucho más plausible y posible resulta hoy hacerlo a través de correos electrónicos.

Sin perjuicio de ello, a fin de evitar maniobras engañosas, el pedido de igual tenor debe ser dirigido al Sindico por vía correo postal al domicilio o casilla de correo que se indique en sobre que quedará reservado para poder cotejar su contenido para el caso que el envío digital no se condijera con la realidad de la documentación digital enviada por el acreedor concurrente.

Del mismo modo, con dichas copias papel reservadas, se puede acreditar la personería y demás documentación, atento la inexistencia en el ámbito privado de una firma digital o modo de autenticación de los envíos electrónicos, y si en un eventual recurso de revisión la documental debiera ser objeto de peritación material.

En cuanto al arancel por cada solicitud de verificación, también puede ser acreditado digitalmente a través de transferencia bancaria en la cuenta que indique la sindicatura.

Finalizado el periodo informativo y remitidos los legajos al tribunal, el formato papel podría quedar a disposición de los insinuantes con los recaudos

⁵⁴ Internet comenzó a comercializarse en Argentina recién en 1995 consultado en <https://interred.wordpress.com/1996/02/14/historia-de-internet-en-argentina-1995/>

⁵⁵ MAFFIA, Osvaldo J. Verificación de Creditos, Depalma 2da edic. 1989, pp 126

DECONOMI

de la ley al resguardo de cuarentena, no habiendo consenso cierto sobre la posible sobrevida del virus en dicho material.

A su vez la Sindicatura deberá abrir una oficina virtual, ya sea a través de una página web, blog o la modalidad que denuncie al tribunal para permitir el control de los pedidos de insinuación durante el plazo de observaciones, debiendo “subir” o “cargar” al mismo la documental o indicar el link en el servidor en el que alojarán las copias virtuales de los pedidos y documental remitidos por archivos digitales.

Los mismos deberán ser remitidos al tribunal en oportunidad de entregar los legajos de los acreedores del art. 34 LCQ.

El modo en que se realice la verificación tempestiva quedará a cargo del juez del concurso que deberá coordinar con la sindicatura a fin de posibilitar el mismo sin alterar el texto legal.

Una reglamentación ordenatoria por parte de cada jurisdicción permitirá una modalidad homogénea, disminuyendo confusiones o malas interpretaciones, mas mientras tanto y en la premura, cada juez puede determinarlo como se ejemplificó.

Si ya hubiera vencido el plazo de verificación tempestiva, simplemente se deberán adecuar las actuaciones judiciales en cada jurisdicción.

A modo de conclusiones:

Tras la pesada lectura de estos apuntes por el lector, no puedo sino destacar el profundo cambio que el fenómeno COVID 19 ha producido en nuestra sociedad, en nuestra macro y micro economía y por supuesto en la práctica del derecho y el servicio de justicia.

El corte generalizado en la cadena de pagos en las pequeñas y medianas empresas, en las grandes y micro empresas de nuestro país, han marcado un hecho histórico que podría tomarse como hito separador de una nueva era.

DECONOMI

Ha provocado cambios sociales y culturales. Ha provocado cambios y reestructuraciones sociales y económicas, transformaciones y replanteos de producción y comercialización.

Ha generado también la aceleración y digitalización en los procesos judiciales y dentro de ellos concursales.

En este aporte no he hecho otra cosa que refrescar ideas de aquellos autores con verdadera solvencia que ya preveían, aun sin quererlo, a través de principios e interpretaciones atemporales la aplicación del derecho a situaciones que por impensadas que fueren, no son otra cosa que nuevas pinceladas al siempre repetido y cíclico lienzo de la vida. Los viejos pinceles y su buen uso siempre van a ser de utilidad para las imágenes que se nos presenten y serán los jueces, como artífices del derecho, quienes deberán esgrimir las herramientas para lograr completar la obra que se les ha cometido: interpretar la ley e impartir justicia.

“Los concursos en trámite durante la pandemia. Vicisitudes procesales y reformas necesarias.”

por Eduardo M. Favier Dubois⁵⁶

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo se circunscribe a la particular situación de las empresas que están tramitando su concurso preventivo, o quiebra con continuación, durante la emergencia sanitaria, en lo relativo a las vicisitudes que deben afrontar en sus trámites y a las reformas legales que necesitan para su supervivencia.

Quedan afuera, pues, las cuestiones relativas a otras posibles soluciones legales para atender los efectos de la pandemia sobre empresas en diversas circunstancias, las que merecen un estudio separado.

I. LA AFECTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN LOS CONCURSOS EN TRÁMITE.

Como consecuencia de la epidemia mundial del “Coronavirus Covid-19” y sus repercusiones en nuestro país, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 297/2020 que estableció el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) a partir del 20 de marzo, en una medida que a la fecha se mantiene, y que implica la prohibición general del desarrollo de actividades y de circulación de personas, salvo las expresamente autorizadas.

Ello ha tenido directa repercusión sobre los procesos concursales en trámite afectando las posibilidades del ejercicio del derecho de defensa por parte de los deudores, funcionarios, profesionales y terceros, según se expone a continuación.

⁵⁶ Doctor en Derecho (UBA) y Profesor Titular de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y de Derecho Crediticio, Bursátil e Insolvencia en la Facultad de C. Económicas, ambas de la UBA. Ex juez nacional en lo comercial. www.favierduboisspagnolo.com.

DECONOMI

1.-EL CESE TOTAL O REDUCCIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIA.

Las empresas concursadas, o con quiebra continuada, que se encuentran comprendidas en la prohibición de actividades, carecen de ingresos y deben seguir soportando sus gastos fijos y hacer frente a sus compromisos.

Por su lado, las empresas autorizadas a seguir operando también presentan un desequilibrio financiero derivado de las graves restricciones de la demanda, de la crisis económica general, de la interrupción de la cadena de pagos y de las normas de cuidado de su propio personal.

En ambos casos, con sede administrativa cerrada o abierta pero en emergencia, es difícil que cuenten con los medios y/o los recursos para continuar produciendo y brindando la información requerida por el proceso concursal en forma normal.

2.-EL CONFINAMIENTO DE LOS OPERADORES JURÍDICOS.

Las tareas de los síndicos concursales, hasta la fecha, no han sido excluidas del “aislamiento social preventivo obligatorio”, por lo que deben trabajar desde su casa con los medios tecnológicos, conectividad e información de que pudieren disponer, sin poder ir a sus oficinas.

Las actividades de los abogados patrocinantes y/o apoderados de las empresas deudoras, de los síndicos o de los terceros interesados en el proceso, tampoco han sido autorizadas y están confinados en sus domicilios con la información y conectividad que les haya tocado en suerte, sin poder ir tampoco a sus estudios.

Además, muchas de estas personas tienen riesgos especiales en razón de su edad o factores de riesgo sanitario que condicionan su posible accionar.

Finalmente, en los expresos términos del art. 9º del Decreto 459/20 las autorizaciones para circular deben limitarse al estricto cumplimiento de la actividad autorizada, por lo que la autorización a la empresa concursada para

DECONOMI

continuar sus actividades no comprendería a la circulación de personas para tareas de asesoramiento profesional ni de vigilancia sindical⁵⁷.

Todo ello restringe significativamente el ejercicio de los derechos.

3.-EL MÍNIMO FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONCURSALES NACIONALES.

3.1.- LA FERIA JUDICIAL EXTRAORDINARIA.

En sintonía con el decreto 297/2020, la Corte Suprema procedió a dictar la Acordada CSJN 6/2020 decretando “Feria Judicial Extraordinaria” desde el 20 al 31 de marzo inclusive, fijando la posibilidad de la extensión de la misma según lo que disponga el Poder Ejecutivo, lo que ocurrió por Acordadas CSJN 8/2020, CSJN 10/2020, Acordada CSJN 13/2020, Acordada CSJN 14/2020 y la Acordada CSJN 16/2020 que extendió la Feria Judicial Extraordinaria hasta el 7 de junio de 2020 inclusive.

Con anterioridad la Corte Suprema había dictado la Acordada CSJN 4/2020 el 16 de marzo del corriente, declarando días inhábiles los días 16 al 31 de marzo inclusive, suspendiendo la atención al público pero estableció que en los asuntos que no admitan demoras, las partes podrán solicitar habilitación de días y horas inhábiles.

Como consecuencia, los plazos judiciales en jurisdicción nacional y federal se encontraron y encuentran, en forma general, paralizados entre el 16 de marzo y el día que se dé por terminada la feria extraordinaria, siendo este actualmente el 7 de junio de 2020 (conf. Acordada CSJN 16/2020).

Al mismo tiempo, los tribunales se encuentran cerrados, salvo los de Feria.

⁵⁷ Al respecto, en un caso asimilable al de los síndicos, se denegó un habeas corpus para poder concurrir a su oficina a trabajar a un funcionario que se desempeñaba como árbitro y conciliador laboral y de consumo (Cam.Apel.Penal,Contravencional y de Faltas de CABA, 2 de mayo de 2020 “I.D. s/habeas corpus, AR/JUR/15030/2020).

DECONOMI

Al respecto, la Acordada CSJN 6/2020 habilitó el trabajo desde el hogar a fin de que los empleados y magistrados que no se encuentren de guardia, presten servicios desde su domicilio. La implementación de esta medida quedó a disposición de cada titular de la dependencia correspondiente.

El 13 de abril del 2020, se dictaron las Acordadas CSJN 11/2020 y 12/2020. En la primera, la Corte Suprema aprobó el uso de la firma electrónica y digital en el ámbito de esta respecto de los actos jurisdiccionales y administrativos que suscriban los Ministros y Secretarios. Asimismo, dispuso que en los casos en que se aplique la firma electrónica o digital no resultará necesario el formato papel.

Por Acordada CSJN 14/2020 se aprobaron diversos protocolos de funcionamiento del Poder Judicial, entre ellos, un “Protocolo referido a la convocatoria de funcionarios y empleados” y un “Protocolo de medidas de prevención, higiene y seguridad para el Poder Judicial de la Nación por la pandemia del Covid

3.2.-COMPETENCIA DE LOS JUECES DE FERIA EN ASUNTOS CONCURSALES.

La Acordada CSJN 6/2020 encomendó a los jueces de fería que lleven a cabo los actos procesales que no admitan demora y que de no practicarse pudieren causar un perjuicio irreparable, como así también recordó las atribuciones de superintendencia delegadas para implementar las guardias turnos que fueren indispensables de acuerdo con las necesidades de los fueros jurisdicciones que de ellas dependan.

Por su parte la Acordada CSJN 14/2020, en su Anexo I “Protocolo y pautas para la tramitación de causas judiciales durante la fería extraordinaria” amplió dichos supuestos haciendo expresa referencia, entre las materias no penales a los “CONCURSOS”.

Por su lado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el Acuerdo Extraordinario del 12/05/2020 estableció que las demandas iniciadas que resulten manifiestamente impostergables, por contener reclamos urgentes

DECONOMI

que no admitan demora, serán de competencia exclusiva del juzgado de feria, sin perjuicio de la colaboración que pueda requerirse al juez natural.

3.3.-COMPETENCIA DE LOS JUECES CONCURSALES NATURALES.

3.3.1.-DICTADO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS E INTERLOCUTORIAS.

La Acordada CSJN 14/20 dispuso que cada Juez natural de la causa podrá habilitar de oficio la feria judicial extraordinaria para el dictado de sentencias definitivas interlocutorias en aquellos expedientes que se encuentren en condiciones de ser resueltos.

La habilitación del acto abarcará también su posterior notificación electrónica, pero los plazos procesales se mantendrán suspendidos. Notificada la sentencia dictada, las partes podrán pedir habilitación especial para continuar el trámite, de forma fundada, y el magistrado resolverá sobre su procedencia o no.

De tal forma se pueden dictar todos los autos interlocutorios previstos por el ordenamiento concursal y las sentencias definitivas propias de las acciones de fondo que tramitan ante el juzgado concursal.

3.3.2.-PRESENTACIONES EN CONCURSO PREVENTIVO DIGITALIZADAS Y CONTINUACIÓN REMOTA DE PROCESOS CONCURSALES.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dispuso mediante la Resolución de fecha 19 de abril del 2020 que los procesos iniciados antes de la feria extraordinaria podrán continuar su tramitación, si así fuera decidido por los jueces naturales de conformidad con el régimen de trabajo remoto, y solo en relación a actuaciones que estén íntegramente digitalizadas, con estricto resguardo del derecho de defensa.

DECONOMI

Respecto de los juicios universales, mediante el Acuerdo Extraordinario de fecha 20/04/2020 se suspendió provisoriamente la exigencia de su presentación en soporte papel.

Finalmente, en la Acordada Extraordinaria de la Cámara Comercial del 12/05/2020 se dispuso que en la medida de que se trate de actuaciones digitales y no sea necesario constatar actuaciones en papel, en la materia concursal que aquí interesa, deben ser atendidos prioritariamente por el juzgado concursal y secretaría asignados, los siguientes trámites:

- Las presentaciones digitalizadas de concursos preventivos. Al respecto, los jueces podrán postergar la fijación de las fechas de cumplimiento de los actos enumerados en el artículo 14, incisos 3; 5; 8 y 10 de la ley 24.522;
- Las verificaciones de créditos deducidas tardíamente, siempre que estuvieran íntegramente digitalizadas;
- Los pedidos de pronto pago de créditos laborales (artículos 14, inciso 11 y 16 de la ley 24.522), si resultara materialmente posible por existir constancias digitales suficientes;
- La traba, modificación, sustitución o levantamiento de medidas cautelares en relación a procesos que se encuentren en trámite siempre que estén digitalizadas y no se necesiten constatar actuaciones o documental en papel;
- Las sentencias definitivas e interlocutorias que los jueces entiendan estar en condiciones de pronunciar sin afectar derechos de los litigantes o abogados, sin que ello implique habilitación de feria para los subsiguientes actos.
- Las regulaciones de honorarios profesionales en todos los procesos, mientras puedan cumplirse por medios digitales y no se necesiten constatar actuaciones o documental en papel.

II. VICISITUDES DE LOS PROCESOS CONCURSALES EN TRÁMITE DURANTE LA FERIA⁵⁸.

1.-PRINCIPIOS APLICABLES.

De las normativas y prácticas vigentes pueden extraerse tres principios generales para los trámites de los concursos durante la feria extraordinaria:

- Todos los plazos y audiencias están suspendidos hasta que se disponga lo contrario.
- La reanudación de plazos requiere decisión y notificación expresa.
- El cronograma concursal debe considerarse suspendido de pleno derecho salvo expresa decisión en contrario.

2.-LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS Y DE AUDIENCIAS FIJADAS.

Como efecto de la declaración de días inhábiles, primero, y de la Feria Judicial Extraordinaria, después, todos los plazos han quedado suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta la fecha, salvo que se hubiera dispuesto la habilitación de días y horas inhábiles durante los días 16 al 19 de marzo, o que se declare la expresa habilitación de feria a partir del 20 de marzo hasta la conclusión de la feria judicial extraordinaria. Toda reanudación de plazos ser notificada por cédula electrónica las partes intervinientes, conforme a lo establecido por los arts. 135 incs. 6º y 12º y 156 del CPCCN.

En cuanto a las audiencias que se encontraban fijadas para tener lugar del 20 de marzo en adelante, incluso la audiencia informativa, las mismas no pueden reglamentariamente realizarse en cuanto requieran la necesaria presencia física de las personas, por lo que han quedado suspendidas de pleno derecho.

⁵⁸ Los caps. II, III y IV han sido elaborados tomando como base un trabajo del Dr. Matías Ariel Fernandez, Profesor adjunto de mi Catedra en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA, a quien se agradece el aporte.

3.-PERÍODO INFORMATIVO:

3.1.-PEDIDOS DE VERIFICACIÓN ANTE EL SÍNDICO Y OTROS PLAZOS FIJADOS. CRITERIO DE POSTERGACIÓN.

Si el plazo para presentarse a pedir la verificación estuviera dentro de la feria extraordinaria, tal procedimiento ha quedado suspendido debiendo reprogramarse las fechas luego de su conclusión.

Lo mismo debe entenderse respecto de otros plazos fijados.

Al respecto, en el Acorada Extraordinaria de la Cámara Comercial. del 12-5-20 se consigna, para los nuevos concursos preventivos, que “los jueces podrán postergar la fijación de las fechas de cumplimiento de los actos enumerados en el artículo 14, incisos 3; 5; 8 y 10 de la ley 24.522”.

De ello se sigue que existe un criterio de evitar vencimientos de plazos y el avance del cronograma concursal durante la Feria Extraordinaria dado el contexto general de la emergencia, lo que también debe aplicarse a los concursos ya en trámite.

3.2.-DICTADO DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

El dictado de las distintas resoluciones judiciales previstas por la ley de concursos, que antes se encontraba vedado, ahora es posible y queda a criterio de cada magistrado luego del dictado de la Ac. 12/2020 de la CSJN y el Acuerdo Extraordinario de la Sala de Feria de Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 19 de abril de 2020, punto 2.b), que dispuso la posibilidad de continuación del trámite de las actuaciones por vía remota y con el régimen de firma electrónica y del Acuerdo Extraordinario del 12 de mayo de 2020.

Sin embargo, todos los efectos que puedan derivarse de dicha resolución deberán computarse recién a partir de la finalización de la feria salvo que se decrete expresa habilitación al respecto. Al respecto es claro lo

DECONOMI

establecido en la Acordada referida en cuanto a que las resoluciones pueden dictarse sin afectar derechos de los litigantes o abogados, y “sin que ello implique habilitación de feria para los subsiguientes actos”.

En consecuencia el plazo para iniciar un incidente de revisión recién correrá desde el fin de la feria.

3.3.-PLAZOS PARA OBSERVACIONES Y RECURSOS.

El mismo criterio debe debería aplicarse en el caso de que ya se hubiera presentado el informe general, para computar el plazo para la observación del mismo que prevén los arts. 40 y 117 de la LCQ, en el concurso o la quiebra respectivamente, que no podrá en ningún caso correr durante la feria judicial, sino a partir de que se reanude la actividad.

4. PERÍODO DE EXCLUSIVIDAD Y PROCEDIMIENTO DE SALVATAJE.

La necesaria reprogramación de todos los plazos del procedimiento independientemente de su estado, implicará la fijación de un nuevo período de exclusividad que se adecúe al corrimiento de los actos procesales anteriores.

Ahora bien, si el período de exclusividad se encontrara en un estado avanzado o incluso próximo a su finalización, el Juez podrá, aún sin mediar petición de parte, conceder un plazo de prórroga adicional que le permita al deudor reformular y renegociar su propuesta luego del impacto económico que la emergencia sanitaria hubiera provocado en su actividad.

Por último, para el supuesto de encontrarse abierto un procedimiento de salvataje o cramdown del art. 48 del a LCQ con anterioridad a la declaración de la feria judicial extraordinaria, también debería ser objeto de reprogramación para que continúe según su estado, sin computar los plazos suspendidos.

5.-PAGOS CONCURSALES.

DECONOMI

5.1.-PRONTO PAGO EN CONCURSOS PREVENTIVOS.

Esta resolución se encuentra prevista para ser dictada por el juez natural del concurso siempre que esté todo digitalizado.

De lo contrario podría ser causal de habilitación de feria, incluso en forma oficiosa por parte del Tribunal, ya que la ley prevé su dictado de esa manera y dado el carácter alimentario de los créditos contemplados por la norma, por lo que puede dictarse como una cuestión urgente que no admite demora en los términos del art. 4 del Reglamento de la Justicia Nacional.

5.2.-VENCIMIENTO DE CUOTAS CONCORDATARIAS.

Para el caso de que se hubiera dictado la resolución que homologara el acuerdo concordatario y de que ésta hubiera adquirido firmeza antes del 16 de marzo de 2020, fecha que comenzó la suspensión de plazos dispuesta por la Ac. 4/2020 de la CSJN, las cuotas comprendidas en dicho acuerdo deberían ser abonadas por el deudor a sus respectivos vencimientos en los términos y condiciones de la propuesta aprobada.

Ello por ser una obligación a plazo, cuya mora se produciría de pleno derecho y en forma automática conforme a lo normado por el art. 886 párr. 1º del CCCN -salvo que el acuerdo homologado dispusiera lo contrario- y con las consecuencias previstas por el art. 63 de la LCQ a causa de un eventual incumplimiento.

Ello sin perjuicio de la eventual invocación de fuerza mayor con fundamento en la emergencia sanitaria y el régimen de “aislamiento social preventivo obligatorio” (art. 1730 y conc. del CCCN).

Si el procedimiento concursal no se encontrara concluido con anterioridad a la vigencia de la declaración de días y horas inhábiles y posterior feria judicial, el plazo de espera que estuviera contemplado en el acuerdo concordatario no puede considerarse iniciado, con lo cual deberá a computarse a partir de que adquiera firmeza la sentencia homologatoria del acuerdo.

5.3.-DISTRIBUCIONES EN LA QUIEBRA.

DECONOMI

En lo que respecta a las distribuciones en la quiebra, sólo podría habilitarse feria para el caso de que se encuentra aprobado el estado de distribución final en los términos del art. 221 de la LCQ, ya que el mismo necesariamente contempla créditos de carácter alimentario como los honorarios profesionales, debiendo el juzgado de origen ordenar al Banco Ciudad de Buenos Aires el pago del dividendo concursal mediante libranza electrónica a cada una de las cuentas bancarias denunciadas por los beneficiarios.

A tales fines, con fecha 2 de abril de 2020 se dictó el Acuerdo Extraordinario de la Sala de Feria de Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, a fin de ejecutar las transferencias de fondos que se encuentren ordenadas y consentidas, lo cual se dispuso que debe ser cumplido en el juzgado de origen, sin la remisión del expediente virtual al juzgado de feria.

En igual sentido, al día siguiente se dictó la Ac. 9/2020 de la CSJN, disponiendo que se habilite la feria para que se ordenen a través del sistema informático las libranzas que sean exclusivamente de manera electrónica de los pagos por alimentos, por indemnización por despido, por accidentes de trabajo y de tránsito y por honorarios profesionales en todos los procesos, en tanto hayan sido dados en pago y lo permita el estado de las causas y así lo considere procedente el juez natural de forma remota por vía “DEOX”.

6.-INCIDENTES CONCURSALES

6.1.-CONTINUACIÓN DE TRÁMITES.

Los incidentes iniciados con anterioridad a la feria judicial, quedarán suspendidos en sus plazos, computándose el plazo de caducidad de instancia sólo durante los días inhábiles judiciales (del 16 al 19 de marzo de 2020) y suspendiéndose a partir del día 20 de marzo con la declaración de la feria judicial, conforme lo normado por el art. 311 párr. 1º del CPCCN.

Cabe aclarar al respecto, que aún si se dispusiera la reanudación del trámite del proceso principal, en el cual no perime la instancia, ello no implicará, salvo disposición expresa en contrario, la reanudación de los plazos en los

DECONOMI

incidentes que tienen su tramitación y plazo de caducidad propio (art. 277 de la LCQ).

6.2.-INICIO DE NUEVOS INCIDENTES.

De igual manera, no podrán iniciarse nuevos incidentes a partir de la declaración de días y horas inhábiles y de la posterior feria judicial, a menos que se trate de asuntos que no admitan demora (vgr. prescripción de la acción), conforme a lo normado por el art. 153 del CPCCN y art. 4 del Reglamento para la Justicia Nacional, respectivamente.

Distinto es el caso de las verificaciones de crédito tardías, siempre que estuvieran íntegramente digitalizadas, las que pueden iniciarse ante el juez concursal natural.

7.-DICTADO DE MEDIDAS CAUTELARES CONCURSALES.

Están expresamente previstas como de competencia del juez concursal natural la traba, modificación, sustitución o levantamiento de medidas cautelares en relación a procesos que se encuentren en trámite siempre que estén digitalizadas y no se necesiten constatar actuaciones o documental en papel.

De lo contrario deben requerirse al juez de feria.

Ello sin perjuicio de destacar que corresponde mantener un criterio amplio en la materia.

III. LA ACTUACIÓN DE LOS SÍNDICOS Y OTROS FUNCIONARIOS.

1.-VIGILANCIA E INFORMES MENSUALES DE LA SINDICATURA.

Las tareas de control de la sindicatura se mantienen dentro de las limitaciones antes apuntadas (Cap.I, punto 2), pero quedan limitadas a lo que pueda realizar en forma remota.

DECONOMI

Una vez concluída la feria, el síndico podrá constatar la veracidad de la información recibida, eventualmente completarla y hacer las presentaciones al tribunal correspondientes a los meses transcurridos.

Sin perjuicio de ello, toda la información suministrada por correo electrónico, deberá ser remitida con su documentación respaldatoria escaneada con carácter de declaración jurada por parte de los representantes de la concursada que produzcan y suministren dicha información.

Asimismo, deberán utilizarse plataformas que permitan la presencia remota visual, por ejemplo, para el supuesto de celebrarse reuniones de directorio y asambleas, que deban ser fiscalizadas por orden del Tribunal o a requerimiento de la sindicatura, de conformidad con la normativa de reuniones a distancia reconocida por la Inspección General de Justicia mediante RG 11/2020 (BO 26.03.20).

2. INCAUTACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE BIENES EN LA QUIEBRA.

El síndico como responsable de la incautación, conservación, custodia y administración de los bienes en la quiebra (arts. 109, 177, 179 y ccdtes. de la LCQ), mantiene durante la feria esas obligaciones que deberá llevar adelante en forma remota.

Deberá adoptar directamente las medidas necesarias que sean más urgentes para evitar sustracciones, pérdidas o deterioros, comunicándolas de inmediato al juez concursal y requiriendo a tales fines su intervención y, de no estar todo digitalizado, la habilitación de la feria judicial extraordinaria, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 181 y 185 de la LCQ y el art. 4 del Reglamento para la Justicia Nacional.

3. LIQUIDACIÓN DE BIENES. SUSPENSIÓN DE REMATES.

Luego del dictado del DNU 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional y la Ac. 6/2020 de la CSJN disponiendo, respectivamente, el ASPO y la feria judicial extraordinaria y sus sucesivas prórrogas, la Oficina de Subastas del

DECONOMI

Poder Judicial se encuentra cerrada al público y todos los remates han quedado suspendidos, debiendo ser reprogramados una vez que concluya la feria y adecuándose a la normativa que se encuentre vigente en ese momento sobre las condiciones del ASPO.

De la misma manera, han quedado suspendidos los procedimientos de licitación que se encontraran ordenados para la liquidación de los bienes de la fallida.

Todo ello en razón de la suspensión de plazos y de la imposibilidad de las tareas materiales de tasación, exhibición y entrega.

4. ACTUACIÓN DEL COMITÉ DE CONTROL. INTERVENTORES Y FUNCIONARIOS.

El comité de control mantiene sus facultades para proponer planes de custodia y conservación del patrimonio del concursado (arts. 260 y ccdtes. de la LCQ) para el caso de resultar necesario, debiendo actuar conforme a las normas de tramitación remota.

En lo que respecta a los interventores judiciales que hubieran sido designados por el Juez del concurso con las funciones y a los fines establecidos por el art. 17 de la LCQ, sus tareas pueden mantenerse dentro de las posibilidades y de acuerdo a la actividad de la deudora, durante la feria judicial extraordinaria para desempeñar las funciones encomendadas por el Juez, como así también sus auxiliares en caso de haber sido designados y previamente autorizados

Si se trata de un administrador o coadministrador de una actividad total o parcialmente exceptuada del ASPO, continúa plenamente en sus funciones presenciales. De no ser así, sus funciones deben realizarse en forma remota y adecuada a las circunstancias de la empresa.

IV. **PLAZOS DE PRESCRIPCIONES Y CADUCIDADES.**

DECONOMI

1.-PRESCRIPCIÓN DE CRÉDITOS EN EL CONCURSO PREVENTIVO.

El art. 56 segunda parte de la LCQ establece dos plazos de prescripción especiales para el ejercicio de las acciones de verificación fuera de término por parte de los acreedores.

En ambos supuestos, para el caso de que el plazo de prescripción venciera durante la feria extraordinaria, el pretense acreedor deberá incoar su acción vericadoria hasta el día de su vencimiento o del plazo de gracia del art. 124 in fine del CPCCN, conforme a lo normado por el art. 2546 del CCCN.

Si el pedido de verificación tardía está digitalizado puede hacerlo ante el juez del concurso, de lo contrario deber pedir la habilitación por parte del Juez de feria en los términos del art. 4 del Reglamento para la Justicia Nacional, al solo efecto de tener por promovida la acción y proveer la asignación del Juzgado que habrá de intervenir.

2.-PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL.

La acción de responsabilidad de terceros prevista por el art. 173 de la LCQ, también tramita por las reglas del juicio ordinario y prescribe a los dos años contados desde la fecha de la sentencia de quiebra, estando también sujeta al régimen de autorización previa del art. 119 párr. 3º de la LCQ, por expresa remisión del art. 174.

Siendo un plazo de prescripción, el mismo es susceptible de suspensión y de interrupción, conforme a lo normado por los arts. 2539 a 2549 del CCCN.

Como consecuencia de ello, no solo la promoción de la demanda sino otras actividades pueden dar lugar a la interrupción o suspensión del plazo.

3.-DISPENSA DE LA PRESCRIPCIÓN.

DECONOMI

Conforme con el art. 2550 del CCCN, “El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos. En el caso de personas incapaces sin representantes el plazo de seis meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante”.

Frente el aislamiento obligatorio, las restricciones a la circulación, las dificultades para que abogados y clientes tengan reuniones y acceso a documentación, entendemos que, más allá de las posibilidades teóricas de suspender o interrumpir la prescripción, esta norma será de aplicación mientras no se demuestre lo contrario.

4.-CADUCIDAD DE LAS ACCIONES DE INEFICACIA CONCURSAL Y EXTENSIÓN DE QUIEBRA.

Tanto las acciones de ineficacia concursal, como la acción de extensión de quiebra, tramitan por la vía del juicio ordinario y tienen un plazo de caducidad para su ejercicio, conforme a lo dispuesto en cada caso por los arts. 124 y 163 de la LCQ, respectivamente.

Los plazos de caducidad no son susceptibles de suspensión, ni interrupción, salvo disposición legal en contrario, de conformidad con lo normado por el art. 2567 del CCCN, por lo que siguen corriendo durante los períodos inhábiles o durante las ferias judiciales.

En cuanto a la acción de ineficacia por conocimiento de la cesación de pagos, debe considerarse además del plazo de caducidad legal, que la misma está sujeta a autorización previa de la mayoría de los acreedores quirografarios cuando es ejercida por el síndico (art. 119, párr. 3º, LCQ), aunque nada impide el inicio de la misma, juntamente con el pedido de autorización a los acreedores incluido en la misma demanda, a fin de evitar el vencimiento del plazo legal.

Cabe concluir entonces, que todos estos procedimientos que tramitarán por la vía ordinaria deberán ser promovidos dentro del plazo de

caducidad para su ejercicio, aunque el mismo venciera durante la feria judicial extraordinaria, mediante el “Procedimiento de Recepción de Demandas, Interposición de Recursos Directos y Recursos de Queja ante Cámara”, ordenado por el punto resolutivo 6º de la Ac. 12/2020 de la CSJN, aprobado por Acuerdo Extraordinario de la Sala de Feria del 19 de abril de 2020, con vigencia a partir del día siguiente.

Por último y sin perjuicio del principio general de no suspensión del plazo de caducidad que se postula precedentemente, no se desconoce que parte de la doctrina y la jurisprudencia lo han interpretado restrictivamente considerando que, aún tratándose de un plazo de caducidad, el mismo sería susceptible de suspensión cuando sea necesario realizar tareas investigativas previas, ante el ocultamiento deliberado de información a la sindicatura por parte de la fallida y falta de cooperación de sus administradores (vgr. desaparición de libros y documentación).

V. LA PÉRDIDA DE VIABILIDAD DE LAS EMPRESAS CONCURSADAS Y LA INSUFICIENCIA DE LOS REMEDIOS EXISTENTES.

1.-LA SITUACIÓN DE LAS EMPRESAS CONCURSADAS FRENTE A LA EMERGENCIA.

El concurso preventivo implica un fraccionamiento patrimonial que permite encapsular las obligaciones anteriores, quitarles exigibilidad, para poder pagar las obligaciones posteriores al concursamiento conforme con los ingresos que se van generando.

Ahora bien, frente a la grave situación producida por la pandemia, por la prohibición de actividades y de circulación, con sus impactos sobre la oferta y la demanda y sobre los ingresos y egresos de las empresas concursadas, la mayoría de ellas se encuentran ante la imposibilidad de cumplir sus obligaciones posconcursoales.

DECONOMI

Es que, tal como se expresa en los fundamentos del Real Decreto-ley 16/2020 de España: “La crisis sanitaria del COVID-19 constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable..”

En definitiva, las empresas ya concursadas tienen dos problemas:

Primero, poder cumplir un acuerdo en curso cuando sufren un grave deterioro de sus ingresos y no podrán cumplir los planes previstos.

Segundo, no poder pagar sus obligaciones posconcursoales, volviendo a caer en cesación de pagos: la insolvencia de la insolvencia.

2.-LA INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA ACTUAL.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) prevé una serie de dispositivos normativos para atender situaciones de imposibilidad o de dificultad, permanente o transitoria, para cumplir los contratos: el caso fortuito (arts. 1730 y 1203), la imprevisión (art. 1091), la frustración del fin del contrato (art. 1090), la imposibilidad absoluta de cumplimiento (art. 955), la imposibilidad temporaria (art. 956), la suspensión del cumplimiento (art. 1031), la tutela preventiva (art. 1032) y la renegociación de los contratos de larga duración (art. 1011)..

Por su parte, la ley de concursos y quiebras 24.522 posibilita la reestructuración de los pasivos (y de las empresas), con sus institutos del concurso preventivo y del acuerdo preventivo extrajudicial.

Sin embargo, estos dispositivos no son suficientes para las empresas concursadas.

Los del CCCN, porque los incumplimientos son recíprocos, con proveedores y clientes, y masivos, en toda la cadena de producción y circulación.

Y los de la ley 24.522 porque, en las actuales condiciones normativas, si la empresa ya está en concurso no puede, respecto de acreedores anteriores, reformular su propuesta.

DECONOMI

Y respecto de acreedores posconcursoales, no puede volver a presentarse en concurso sino después de haber logrado una propuesta homologada, de haberla cumplido íntegramente y de esperar un año más (art. 59 in fine).

Como decía Keynes, "...si no hacemos nada ahora y esperamos, en el futuro...estaremos todos muertos"

VI. REFORMAS, INICIATIVAS Y PROYECTOS PARA LA CONTINUIDAD DE LAS EMPRESAS YA CONCURSADAS.

1.-EL "DERECHO CONCURSAL DE EMERGENCIA". LAS REFORMAS EN ESPAÑA.

Sin perjuicio de los casos de Ayudas Públicas directas a las empresas⁵⁹, y de otras medidas transitorias de tutela sobre algunos contratos⁶⁰, créditos⁶¹, relaciones laborales⁶² e impuestos⁶³, la crisis económica y financiera derivada de la pandemia ha generado un gran número de iniciativas para reformas concursales en el mundo y en la Argentina, muchas de las cuales ya han sido plasmadas en otros países.

⁵⁹ Ver, respecto de la situación argentina "CRÉDITOS Y AYUDAS PÚBLICAS PARA EMPRESAS Y PARTICULARES EN LA EMERGENCIA", Guía nro.5 en <http://www.favierduboisspagnolo.com/destacados/creditos-y-ayudas-publicas-para-empresas-y-particulares-en-la-emergencia/>

⁶⁰ Ver "ALQUILERES, HIPOTECAS, PRENDAS, PLANES DE AHORRO Y SERVICIOS DOMICILIARIOS EN LA EMERGENCIA", Guía nro. 1 en <http://www.favierduboisspagnolo.com/category/trabajos-de-doctrina/contratos/>

⁶¹ Ver "Operaciones bancarias, tarjetas de crédito y títulos públicos en la emergencia", Guía nro.2 en <http://www.favierduboisspagnolo.com/destacados/operaciones-bancarias-tarjetas-de-credito-y-titulos-publicos-en-la-emergencia/>

⁶² Ver "Empleadores y trabajadores en la emergencia", Guía nro. 3, en <http://www.favierduboisspagnolo.com/destacados/empleadores-y-trabajadores-en-la-emergencia/>

⁶³ Ver "Novedades tributarias en la emergencia", Guía nro. 4, en <http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/derecho-contable/novedades-tributarias-en-la-emergencia/>

DECONOMI

Es así que Alemania, España, Reino Unido, Australia, Francia, Suiza, Turquía, Italia, Singapur, India y Colombia, entre otros, introdujeron ajustes a sus regímenes concursales.

Es por eso que, siguiendo al profesor Angel Rojo, puede hablarse de un “derecho concursal de la emergencia”, el que responde a diversas opciones entre reformar o excepcionar (según la duración de las reformas), y debe definir el grado de intervención (mínima o completa), el equilibrio entre los intereses afectados (deudores, acreedores, empresas, empleos), la evitación de abusos, todo en un marco donde el legislador es inseguro (no conoce con exactitud los impactos de la crisis), está urgido (no puede demorar) y solitario (no puede contar con los órganos colegiados de asesoramiento), como un verdadero “cirujano de campaña”.⁶⁴

En España, por ejemplo, el Real Decreto ley 16/2020 del 28 de abril de 2020, que profundizó las medidas establecidas por el Real Decreto ley 8/2020, dispuso hasta el 31 de diciembre de 2020 o hasta el 14 de marzo de 2021, según el caso, lo siguiente:

- a) La suspensión de la obligación de los administradores de solicitar la apertura del concurso (art.11), o de la liquidación (quiebra) si presentan propuesta de modificación del convenio (art. 9)..
- b) No dar curso a los pedidos de quiebra por acreedor (art.11).
- c) La renegociación por mayoría de acuerdos homologados (arts. 8 y10), lo que no afectará a los acreedores posconcursoales salvo adhesión expresa.
- d) La suspensión de pedidos de quiebra por incumplimiento del acuerdo homologado (art. 8)
- e) La posibilidad de la presentación en nuevo “acuerdo de refinanciación” sin que haya transcurrido un año desde el anterior homologado.
- f) La factibilidad de la financiación posconcursoal de la empresa calificando como créditos de la masa a los que figuren en la propuesta de acuerdo,

⁶⁴ Rojo, Angel “Reflexiones sobre el Derecho concursal de emergencia”, 11 de mayo de 2020 en “Derecho Mercantil, Derecho Procesal”, Blog de la Facultad de Derecho.

incluso sin subordinar los otorgados por partes relacionadas (arts.9.3 y 12).

2.-INICIATIVAS Y PROYECTOS LOCALES.

De los diversos foros académicos virtuales, conferencias, trabajos publicados y proyectos legislativos, con y sin estado parlamentario, resultan una serie de reformas normativas propuestas para ayudar a las empresas en la emergencia⁶⁵.

Las mismas pueden ser calificadas en tres grandes categorías:a) medidas transitorias ajenas al régimen concursal; b) las transitorias para empresas ya concursadas o que se concursen durante la emergencia; y c) las reformas permanentes a la ley de concursos.

2.1.-MEDIDAS TRANSITORIAS AJENAS AL RÉGIMEN CONCURSAL:

Se trata de medidas siempre temporales, tendientes a evitar daños irreparables, impedir la disolución societaria, y a permitir algún grado de cumplimiento de los contratos, dirigidas a las empresas en general, atendiendo a las dificultades económicas y financieras derivadas de la emergencia, pero con prescindencia de la situación concursal.

Las principales, algunas ya ejecutadas y otras proyectadas, son las siguientes:

-La suspensión de ejecuciones de inmuebles de vivienda o afectados a ciertas actividades y con limitaciones⁶⁶

⁶⁵ Ver al respecto los trabajos, ideas y ponencias remitidos a “El Arca”, un grupo de académicos nucleados por un grupo de chat para intercambiar ideas y realizar aportes a las soluciones jurídicas para la emergencia.

⁶⁶ Ya vigente respecto de ciertas obligaciones y ciertos sujetos. Ver “ALQUILERES, HIPOTECAS, PRENDAS, PLANES DE AHORRO Y SERVICIOS DOMICILIARIOS EN LA EMERGENCIA”, Guía nro. 1 en <http://www.favierduboisspagnolo.com/category/trabajos-de-doctrina/contratos/>

DECONOMI

-La suspensión de la ejecución de medidas cautelares que importen desapoderamiento de bienes necesarios para la actividad.

-La inembargabilidad de las cuentas corrientes bancarias

-La inembargabilidad de las cuentas a cobrar.

-La negociación obligatoria de los contratos.

-La aplicación del esfuerzo compartido.

-La reducción de exigencias bancarias para la concesión de créditos.

-La reducción de las tasas bancarias de interés.

-La suspensión de las causales de disolución societaria por pérdidas⁶⁷.

2.2.-REFORMAS TRANSITORIAS PROPUESTAS PARA LOS CONCURSOS EN TRÁMITE O NUEVOS.

-Un período de emergencia.

-Ampliación o prórroga del período de exclusividad.

-Prórroga de los plazos de cumplimiento del acuerdo.

-Reformulación de la propuesta aprobada.

-Subsanación de la quiebra por incumplimiento.

-Posibilidad de nueva petición de concurso sin plazos de inhibición y enervando pedidos de quiebra.

-Eliminación de restricciones crediticias de los concursados.

-Líneas bancarias de crédito para financiar el acuerdo.

-Acceso a contratos con el Estado por parte de concursados.

-Posibilidad de los síndicos de delegar funciones durante la pandemia.

-Financiación para el pago de la tasa de justicia.

-Tasa de justicia reducida para el régimen concursal especial.

⁶⁷ Ya vigente conforme con el art. 59 de la ley 27.541.

2.3.-REFORMAS PERMANENTES PROPUESTAS PARA LA LEY DE CONCURSOS:

-Autorización judicial del financiamiento posconcurusal como acreedor de la masa (“fresh money”).

-Suspensión de los convenios colectivos de trabajo y convenio de crisis..

-Creación de un régimen concursal especial para ciertos sujetos: MiPymes, profesionales, consumidores, con un conciliador y poderes del juez para imponer el salvataje.

3.-LA ATENCIÓN DE LA DEUDA POSCONCURSAL COMO OBJETO DE TUTELA ESPECÍFICA.

De todo este universo de ideas y proyectos queremos destacar una situación que define a la problemática específica de las empresas que ya estaban en concurso preventivo al momento de desatarse la pandemia: su deuda posconcurusal.

Es que por más que les demos facilidades para reformular su propuesta y para obtener financiación para afrontarla, lo cierto es que el pasivo posconcurusal las llevará inevitablemente a la quiebra si no se arbitran medidas que permitan atenderlo adecuadamente.

En tal sentido nos parece fundamental la posibilidad de que puedan acceder a un nuevo concursamiento sin plazo de inhibición ni condicionado al cumplimiento del acuerdo homologado.

Dicha medida deberá estar acompañada de apoyo crediticio bancario, de una adecuada reglamentación de la forma de pago de los créditos fiscales y de la inembargabilidad de la cuenta corriente y cuentas a cobrar.

Finalmente, y en todos los casos, una reforma concursal permanente debería contemplar expresamente las facultades del juez concursal para interferir en el accionar abusivo de los acreedores posconcursoales, mediante

DECONOMI

medidas cautelares concursales, como modo de proteger la supervivencia y continuidad de la empresa⁶⁸.

VII. SINTESIS Y CONCLUSIONES.

Como modo de síntesis conclusiva de este trabajo, y para utilidad de los lectores, formulo las siguientes propuestas:

1.-El derecho de defensa en los concursos en trámite se encuentra seriamente restringido por las limitaciones operacionales de las empresas, por la prohibición de circulación de síndicos y abogados y por el mínimo funcionamiento de los juzgados concursales.

2.-De las reglamentaciones judiciales y de su interpretación práctica pueden inferirse como reglas aplicables:

- Todos los plazos concursales y audiencias están suspendidos hasta que se disponga lo contrario.
- La reanudación de plazos requiere decisión y notificación expresa.
- El cronograma concursal debe considerarse suspendido de pleno derecho salvo expresa decisión en contrario.
- Los jueces pueden reanudar procedimientos mediante declaración expresa y siempre que estén digitalizados y se resguarde el derecho de defensa.
- Los jueces pueden dictar resoluciones pendientes pero las actuaciones posteriores requieren consenso de partes.

⁶⁸ Si bien consideramos que tales facultades existen en la legislación actual, su explicitación evitaría debates jurisprudenciales como los que tuvieron lugar en el caso “Telepiú” con motivo de la autorización para la apertura de una cuenta bancaria inembargable destinada a garantizar los salarios respecto de créditos fiscales y acreencias posconcursoales (Ver dictámen del Procurado General de fecha 15-11-19 en autos “Telepiú S.A. s/concurso preventivo” –COM 27089/2017/14/1/RH1-)

DECONOMI

3.-Los períodos de exclusividad y períodos de salvataje deben reputarse suspendidos en sus plazos.

5.-Los pronto pagos concursales continúan siempre que estén digitalizados.

6.-Las distribuciones en la quiebra, por su carácter alimentario, dan lugar a habilitación de feria.

7.-Los incidentes concursales pueden continuar si están digitalizados pero los nuevos incidentes requieren situación de urgencia para habilitar feria.

8.-Las medidas cautelares concursales continúan en su posibilidad de dictado.

9.-Las funciones de vigilancia del síndico y sus informes están condicionados a lo digital y su presentación definitiva depende de su posibilidad de corroborar in situ la información recibida, lo que requiere su posibilidad de circulación una vez concluido el "ASPO"..

10.-La feria judicial no suspende las actividades del síndico vinculadas a la incautación y administración de los bienes en la quiebra, pero sí están suspendidas las medidas liquidatorias y los remates.

11.-Los plazos de las prescripciones concursales siguen su curso, pudiendo interponerse demanda interruptiva, sin perjuicio de la eventual invocación de la dispensa por imposibilidad de accionar.

12.-Los plazos de la caducidad concursal siguen corriendo, sin perjuicio de la aplicación de la doctrina que la suspende por ocultamiento de información.

13.-La emergencia afecta gravemente la viabilidad de las empresas concursadas siendo insuficientes los remedios legales del CCCN y las soluciones de la ley 24.522 al no poder volver a concursarse en tiempo útil.

14.-Existen legislaciones comparadas y proyectos e iniciativas locales tendientes a introducir reformas legales fuera y dentro del ámbito concursal, algunas con carácter transitorio y otras permanentes, sobre las que se informa..

DECONOMI

15.-Las empresas concursadas no solo deben hacer frente a su pasivo concursal sin contar a causa de la emergencia con sus ingresos previstos, sino que han acumulado una deuda posconcurzal que no pueden afrontar de ningún modo, por lo que están condenadas a la quiebra si no se reforma la ley..

16.-Se postula una reforma legal que permita a las empresas concursadas:

- Una nueva presentación en concurso a partir de la homologación del actual, sin esperar los plazos legales de inhibición.
- Contar con apoyo crediticio del sistema bancario
- Una adecuada reglamentación del repago de los créditos fiscales.
- La inembargabilidad de las cuentas bancarias y a cobrar
- Las expresas facultades del juez concursal para interferir en el accionar abusivo de los acreedores posconcursoales.

Buenos Aires, 29 de mayo de 2020.

“La ‘viralización’ de la insolvencia”

por Francisco Junyent Bas

I . La “cuarentena” como medida sanitaria y su impacto en la actividad económica.

I. 1. Breve reseña introductoria

La “pandemia” conocida como Coronavirus COVID-19, según definición de la O.M.S., se ha convertido en una de las “plagas” más fuertes y trágicas que ha sufrido la humanidad desde que este cepa del virus fue descubierta en el pueblo de Wuhan, China, y tuvo su réplica en Europa central, siguiendo por países como Alemania, España, Italia, Francia, Gran Bretaña, Suecia, Noruega, etc para finalmente llegar a nuestro Continente, tal el caso de EEUU., Brasil, Chile, México, para citar sólo algunos países, todo lo cual es de público conocimiento.

Su llegada a nuestro país motivó una serie de medidas tomadas por el Poder Ejecutivo Nacional a través del dictado de una serie de Decretos de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU), especialmente el 260/20 por medio del cual se decidió la ampliación de la declaración de emergencia pública establecida por la Ley 27.541, y, fundamentalmente el DNU 297/20 que dispuso el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (en adelante ASPO) que importa “la obligación de todos los ciudadanos de permanecer en sus residencias y abstenerse de circular y concurrir a sus lugares de trabajos”, desde el 20 de marzo de 2020 hasta el presente, mediante sucesivas prórrogas, en lo que se ha denominado “coloquialmente” como “cuarentena”, siguiendo en esto las medidas tomadas en los países centrales.

Este fue el consejo brindado por los expertos, en su mayoría infectólogos, que asesoran al Poder Ejecutivo con el fin de prevenir la circulación y el crecimiento “exponencial” de los contagios y lograr “el aplanamiento de la curva” a los fines de poder sortear lo más sanamente o con la mayor capacidad de respuesta por parte del sistema sanitario a esta enfermedad producida por el COVID 19.

DECONOMI

I, 2. El “parate” económico; la ruptura de la cadena de pagos y la insolvencia.

Como consecuencia de este aislamiento, las actividades económicas del país se han visto forzadas a “detenerse”, dicho derechamente se ha “frenado el quehacer empresario”, con excepción de aquellas expresamente habilitadas por considerarse servicios esenciales, sin perjuicio de la caída de actividad también en estas áreas.

Así, todas las actividades se han visto afectadas de alguna manera, o bien por un cierre temporal (e indefinido) o por limitaciones en la forma u horarios de atención, lo que ha significado una merma o inexistencia de facturación de bienes y servicios, con el consiguiente “corte” en el “flujo de fondos” de las empresas e ingresos entre los monotributistas y trabajadores informales, impactando fuertemente en la relación de empleo, con la suspensión de los trabajadores y pagos parciales de salarios, amén de los despidos que se vienen produciendo como “goteo” incesante.

Esto ha colocado a más de 230.000 Pymes, según datos de la UIA y otras entidades, en una situación realmente grave, al igual que a una gran cantidad de monotributistas que se han visto impedidos de ejercer su actividad económica, todo lo cual al “romper” la “cadena de pagos” los coloca en estado de “crisis”, “cesación de pagos, sobreendeudamiento y/o insolvencia.

La crisis económica ya bulle y golpea fuertemente en nuestro país, pese a las medidas tomadas por el gobierno y a que en algunas provincias se comienzan a reactivar algunos sectores en lo que se llama “cuarentena administrada”.

A ello debe adicionarse que Argentina no viene de un proceso de bonanza económica, sino todo lo contrario, por lo cual estas circunstancias han agravado la situación de las empresas y por supuesto de las economías domésticas y del consumidor, a quien no podemos dejar de referenciar especialmente.

Todo lo dicho permite avizorar gran cantidad de presentaciones concursales apenas se normalice la actividad judicial.

II. La Insolvencia “global”

II. 1. La caracterización de la crisis económica como “global y sistémica”

Hoy nos encontramos con una situación absolutamente distinta a la crisis atravesada en el 2001/2002, y consecuentemente se requieren medidas más acordes a la nueva realidad que las tomadas en la ley 25.563, sin perjuicio que muchas de ellas fueron idóneas en su momento y pueden reeditarse en la actualidad.

Es la primera vez que se debe hacer frente a una “crisis global y sistémica”, como es la provocada por el Coronavirus, que enfrenta a la sociedad no solamente a diversos niveles de actividad, o mejor dicho inactividad de las empresas, comerciantes individuales, profesionales, consumidores, si no que pone en crisis “todas” las relaciones patrimoniales.

La ley concursal puede brindar respuesta idónea a alguno de los inconvenientes que se presentan, pero no a todos, por lo que urge dictar una Ley Especial de Emergencia Concursal, que no modifique la ley 24.522, si no que constituya un Estatuto Especial que “confluya” con aquella creando las condiciones para la conservación y recuperación de las empresas, como así también otorgue una “segunda oportunidad” a las Pymes, a los pequeños comerciantes y cuentapropistas, como así también, a los consumidores sobreendeudados, tal como lo han hecho Alemania, Francia, España, Colombia y Perú entre otros.

Ahora bien, ¿Cómo nuestro país puede proporcionar este flujo de fondos que las empresas necesitan? Los millones de dólares que algunos países europeos están volcando en el mercado no son una posibilidad para nosotros y deben pensarse seriamente los diversos roles en juego.

II. 2.-Una ley especial que confluya con la ley 24.522.

Las alternativas de continuación y recuperación de las empresas deben ser llevadas a cabo mediante una *ley de emergencia que haga modificaciones transitorias o temporarias en la ley concursal para volverla un cauce adecuado para el saneamiento económico* que extraiga de la ley concursal

DECONOMI

sus “principios” como la suspensión de los contratos, de los intereses, y agregue otros como la imposibilidad de pedir la quiebra, la inembargabilidad de las cuentas corrientes, la caída de las cautelares individuales, entre otras, para facilitar el quehacer económico.

Es imprescindible que se tomen medidas urgentes.

A nivel nacional corren una serie de proyectos con el lineamiento seguido en el año 2001/2 que prohíben pedir la quiebra, disponen alongamientos en el periodo de exclusividad, la suspensión de las ejecuciones, la renegociación de los contratos por la teoría del esfuerzo compartido, como así también se dispone un año más para el vencimiento de la primera cuota concordataria.

También se plantea la necesidad de articular “un proceso preconcursal”, ágil y dinámico, más “aligerado” y “flexible” que el mismo APE, con dos modalidades diferenciadas: una para las empresas y, otra: para las Pymes y consumidores.

Sin embargo, ambas modalidades deben asegurar, desde su presentación: la suspensión de acciones, subastas extrajudiciales o judiciales, el mantenimiento de las cuentas corrientes y el cese de las cautelares trabadas sobre bienes de los patrimonios en “crisis” y, en caso de consumidores también el “cese” de todo tipo de embargo o descuento sobre los salarios o ingresos.

Por otra parte, no caben dudas que se debe asegurar que los trabajadores van a poder “mantener las fuentes de trabajo”.

De tal manera, hay que suspender “el despido sin causa”, pero al mismo tiempo hay que habilitar la posibilidad de “renegociar” con los trabajadores de qué manera con un esfuerzo común se puede salir a adelante, solución que va a depender de cada una de las empresas según la realidad o la órbita en que se encuentren.

Es evidente que cada área o actividad enfrenta inconvenientes propios, y el modo en que los van solucionando y logren reinsertarse en la actividad económica será claramente diferente.

Por ello, numerosos juristas que se dedican al Derecho Comercial y, específicamente, al Derecho Concursal han integrado una serie de grupos de

DECONOMI

estudio con la finalidad de elevar proyectos a las autoridades gubernamentales, muchos de los cuales ya están en esferas gubernamentales y también del Congreso de la nación.

III. Primeras reflexiones y líneas de pensamiento.

III. 1 Las medidas necesarias

En general podemos decir que hay acuerdo entre los especialistas en que se dicte una ley de emergencia que contenga los siguientes aspectos:

a) Así, hemos dicho que se proyecta la necesidad de articular “un proceso preconcursal”, ágil y dinámico, más “aligerado” y “flexible” que el mismo APE, con dos modalidades: una para las empresas y, otra: para las Pymes y consumidores.

Ambas alternativas deben asegurar, desde su presentación: la suspensión de acciones, subastas extrajudiciales o judiciales, el mantenimiento de las cuentas corrientes y el cese de las cautelares trabadas sobre bienes de los patrimonios en “crisis” y, en caso de consumidores también el “cese” de todo tipo de embargo o descuento sobre los salarios o ingresos

b) también se proyecta la suspensión de los pedidos de quiebra en trámite -y prohibición de entablar nuevos por un plazo no inferior a 180 días, desde que cese la “cuarentena” y/o Aspo en forma general o que permita la reanudación de la actividad económica, aspecto que algunos fijan en diciembre de 2020.

c) se agrega la necesaria suspensión de las ejecuciones de créditos, con o sin garantías reales por un plazo no inferior a 180 días, desde igual fecha

d) en el caso de concursos preventivos en trámite, se propone, a pedido de parte o de oficio, una resolución de “readecuación” de todos los plazos, desde la verificación de créditos, período de exclusividad, etc. que no sea menor a 180 días, desde el cese de la “cuarentena”.

e) en cuanto a las propuestas que no cuenten con las mayorías concursales, establecidas en la ley, se propone instar a renegociar el eventual

DECONOMI

convenio, habilitándose lo que Juan Anich ha llamado la “readecuación” de aquellas.

f) Por su parte y siguiendo las legislación española se propone introducir en caso de acuerdos preventivos homologados, en denominado “reconvenio”, es decir, la readecuación del convenio original a la nueva realidad económica, suspendiéndose el período de inhibición del art. 59 y art. 63 de la LCQ, habilitando así un “nuevo convenio” a homologación del juez.

g) En esta línea, se propone otorgar al juez concursal facultades “superhomologatorias” para “imponer” el acuerdo a todos los acreedores, siempre que se haya logrado una mayoría de capital del 50 por ciento, facilitando, de esta forma, la conservación de la empresa y de la fuente de trabajo

h) en idéntica inteligencia se postula la necesidad de revisar el sistema tributario, de manera tal, que el Fisco, sea nacional y/o provincial se someta a los planes de pago de los deudores superando, de este modo, las críticas que su imposición de propuestas genera en el desarrollo de los concursos.

Por lo tanto, la reprogramación tributaria va a “venir de la mano” de una ley de emergencia, lo que no quiere decir que se deban dejar de pagar impuestos, si no “reprogramar” la política tributaria para que ésta sea idónea, evitando acciones agresivas y sesgadas que, en muchos casos terminaron produciendo la quiebra de una empresa por lineamientos inadecuados del fisco.

i) Se ha propuesto también que expresamente se establezca la falta de responsabilidad de los administradores por omisión de actuar oportunamente ante la pérdida del capital social. Y es que ante “un hecho del príncipe” que impide llevar a cabo actividad económica alguna, mal puede adjudicárseles actitud de insolventación o de mala actitud o gestión que haya llevado a dicha situación.

IV. A modo de breve colofón

Todo lo dicho demuestra que reactivar la economía va a requerir primero segmentar actividades, pues no todos los sectores son iguales. En este sentido, puede seguirse el estilo norteamericano y dictar una ley que tenga

DECONOMI

secciones que traten de diferente forma a las empresas según la actividad que realicen y que les ofrezca soluciones adaptadas a la realidad que se encuentran atravesando, reglándose específicamente la situación de los pequeños emprendimientos y de los consumidores, tal como le hemos explicado.

La “viralización de la insolvencia” impone la vigencia de la institucionalidad de los tres Poderes del Estado y una legislación especial, recordando que “la emergencia nace dentro de la Constitución” y tiene que vivir respetando la Carta Magna y el control de los poderes.

Cuando por cuestiones ideológicas nos ponemos en una posición u otra llegamos a malos resultados y el desencuentro no conduce a nada constructivo, es necesario acordar una política común ante esta “pandemia de la insolvencia generalizada” pues, de lo contrario además de la “peste” – Covid 19- será el “hambre” lo que desarticulará nuestro país.

Lo real y cierto es que “sin empresa no hay trabajo”, “sin trabajo tampoco hay empresa”.

Es imprescindible advertir la necesidad de reorganización y reestructuración del quehacer económico, en todos sus niveles, en función de una ley especial de emergencia que respete el criterio de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a su temporalidad y razonabilidad entre los medios empleados y la búsqueda del bien común.

Las propuestas han sido formuladas es hora de poner “manos a la obra”.

DECONOMI

“¿Podremos atenuar la crisis empresarial que ya se ha instalado?”

por Efraín Hugo Richard⁶⁹

“Un proceso civil es casi siempre la consecuencia y el síntoma de falta de honradez, cuando no un delito más o menos disfrazado o disimulado”.

Gabriel Tarde

I – EL PANORAMA.

La opinión del sociólogo francés -magistrado, criminalista, con una visión utópica, pero al mismo tiempo imponiendo la visión multidisciplinar- con que iniciamos este ensayo, intenta ser provocativa y podrá quedar fácilmente desacreditada si ante el fenómeno sanitario y patrimonial que estamos atravesando, no tenemos otra posibilidad que llevar las causas masivamente a Tribunales.

Adviértase que no titulamos este ensayo como “solución”, sino con el desafío a una “atenuación” de la pandemia económica generada globalmente, con tintes agudizados en nuestro país que ya padecía una crisis, tanto en las finanzas gubernamentales como en muchas actividades empresariales.

El Prof. Héctor Chomer, Director del Departamento de Derecho Empresarial de la Universidad de Buenos Aires, nos ha hecho el honor de requerirnos una contribución para un inmediato número de su Revista Electrónica en torno a los análisis que vertiginosamente convocan a los especialistas del derecho concursal.

Significo ese honor por cuanto se conoce mi posición sobre las relaciones de organización, la planificación como anticipatoria de las crisis previsibles, el sistema societario como preconcursal sin perjuicio de su

⁶⁹ Profesor Emérito U.N.C., Director del Departamento de Derecho Comercial de su Facultad de Derecho; Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa.

DECONOMI

integración sistemática. Posición en la que no estaría sólo conforme la calidez de Marcelo Barreiro y Martín Arecha.

Por eso, rogamos nos acepten, en una primera parte hacer un breve reporte, para eso estamos los viejos que no nos atamos a cerrados dogmatismos, de algunas cosas vividas o percibidas en estos tiempos de invierno económico-financiero.

II – ALGO DE HISTORIA.

1. Se vincula la invitación al Coloquio virtual de Derecho Concursal ante la pandemia, organizado en la UBA el 7 de mayo corriente, del que fuimos interesados asistentes desde Córdoba, donde destacamos la coherente preocupación del Vice Decano Marcelo Gebhardt y del Director del Departamento de Derecho Empresarial en la probable saturación judicial que se podría generar al levantarse el período de inactividad judicial en Buenos Aires y otras capitales.

Es que el descalabro empresarial alcanzaría a más del 50% de esa actividad, y enfrentando circunstancias imprevisibles, cambiantes día por día pese a los esfuerzos económicos y promesas del Gobierno, aparece como tarea imposible determinar cómo regular la salida, particularmente la eventual regulación jurídica. Como el derecho es la regulación de los hombres para el orden social pretendido, ante la paralización social y económica ese orden social está desequilibrado. Y a esa temática tenemos que dedicar nuestros esfuerzos.

Hoy nos encandila el problema de la pandemia sanitaria, con pronóstico variable, y consiguiente a la paralización de actividades la “pandemia” económica, patrimonial y financiera, que enriquece a algunos pocos, por la especialidad de su actividad o la capacidad creativa de readaptación , pero altera el programa de una enorme cantidad de personas humanas y de personas jurídicas, centros deportivos, sociedades y otras formas de actividades empresariales.

Algo que obnubila frente a lo impredecible, que impide medir riesgos y programar, es ante el inicio de la actividad judicial en los grandes

DECONOMI

centros de la República, la avalancha de juicios reclamando las obligaciones, medidas cautelares y las de defensa a través de acuerdos preventivos extrajudiciales –que requieren intervención judicial-, y la presentación formal en concursos. Y a la par los problemas de las personas humanas, para las que debe descartarse este escudo.

Más de 10 proyectos legislativos y varios de círculos académicos, incluso uno muy interesante que gira sobre la problemática que acabamos de escribir del Director de esta publicación colectiva, a quién agradecemos el honor de habernos invitado, alguno que hemos presentado en sociedad, y dentro del grupo que integramos denominado eufemísticamente -elArca y desarrollado exitosamente por el distinguido colega y amigo Daniel Truffat

2. Retomando lo prometido, para tener una inspiración imposible frente a lo impredecible, nada mejor que mirar el pasado para tratar de tener cautela en como asomarse al actual precipicio empresarial, y vinculémoslo a lo protagonizado con el invitante, con quién hace pocos años integramos en Córdoba un panel vinculado a los concursos de sociedades.

En el caso ante su pedido que formulara “breves comentarios sobre temas de actualidad”, “Se nos ocurre referirnos a la integración del sistema societario y concursal ante la crisis de sociedades frente a la integración sistémica que propone el Código Civil y Comercial (CCC) en su art.2º y bajo la imposición de buena fe negocial (art. 9º), evitando lo que con Juan Carlos Veiga hemos categorizado como “Contraderecho” .

Es que aparecía y aparece claro frente al género personas jurídicas privadas, dentro de las cuales la sociedad es una especie, que no pueden ser dejadas de lado las normas imperativas de la ley general de sociedades (LGS) en ningún supuesto, conforme determina el art. 150 inc. a CCC.

La ley de concursos y quiebras (LCQ) como todas las regulaciones similares del derecho comparado tienden a atender la crisis apenas se avizora, para la conservación de la empresa, de los puestos de trabajo y la proliferación del daño. En similar sentido se aconsejan las acciones privadas y confidenciales que deben realizar los administradores de la persona jurídica sociedad, conforme

DECONOMI

su diligencia, tratando de preservar los intereses de los socios, de los trabajadores y de evitar daño a terceros acreedores.

Cuando la crisis se profundiza afectando el equilibrio patrimonial de la sociedad, o sea cuando el patrimonio neto de la misma pasa a ser negativo, la LGS impone conductas a administradores y socios.

El art. 99 LGS fija criterios con “la declaración de haberse comprobado” la causal. Pero ¿cuándo se “declara” la existencia de la causal de disolución de desbalance patrimonial que contablemente se determina como pérdida total del capital social?

Y este problema, que en su momento llevó a muchas controversias, aparece hoy eliminado transitoriamente por el art. 59 de la ley de emergencia n° 27.541 del 23 de diciembre de 2019 que suspendió por el corriente año la causal de disolución del art. 94.5 de pérdida total del capital social o sea cuando una sociedad operaría con patrimonio neto negativo o sea aparentemente insuficiente para satisfacer el pasivo. Pero esa suspensión fue adoptada antes de la pandemia el 23 de diciembre.

El tema se vincula a lo que llamamos un derecho societario de crisis, que normalmente no abordan ni societaristas ni concursalistas.

Se genera la pregunta: ¿quién debe darle solución? Hoy quizá se conteste que debe ser el Gobierno, pero sin duda son los socios los que deben golpear sus puertas, y siempre con la opción prevista en el art. 96 LGS, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores “capitalizando el pasivo” (arts. 96 y 197 LGS), también previsto en el art. 43 2° párrafo LCQ “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”. La ley General de Sociedades en su art. 1° tipifica la sociedad por ser las “pérdidas a cargo de los socios”. Pero siempre son los socios los que deben atender esencialmente a su solución, no transfiriéndoles el problema a los acreedores con quitas. La quita concursal es un fraude a la ley societaria en los términos del art. 12 CCC, pues se soslaya la norma imperativa del art. 96 LGS, lo que impediría al juez homologar el acuerdo en los términos del art. 52.4 LCQ.

DECONOMI

La quita figura en el listado del art. 43 LCQ, pero no en forma imperativa sino postestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, así como varias posteriores son exclusivamente para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial –evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo- son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

Hoy, 21 de mayo, criticamos al Gobierno porque condiciona ciertas ayudas económicas a que la sociedad peticionante no haya distribuido dividendo, que hace también a la naturaleza del negocio asociativo, pero para ser congruentes deberíamos aceptar que no puede eludir asumir las pérdidas.

Este era el escenario que nos planteábamos en aquella oportunidad, reiterando una posición que mantenemos desde el albor de este siglo y mantenemos, que entremezclamos con los vertiginosos días que vivimos en estos dos últimos meses. Lo hicimos y lo hacemos como “una colaboración a la judicatura y una obligación profesional para abogados y contadores tratando que sus clientes no asuman responsabilidades y se supere la crisis.”, así cerrábamos aquel coloquio.

2. Seguimos mirando al pasado, en octubre del año pasado nuestro anfitrión, Héctor Chomer nos convocó, para dialogar, ya en un país y un marco empresarial problematizado por una larga recesión, sobre “UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO MERCANTIL DEL SIGLO XXI”, uniéndonos a Israel CREIMER y Ariel Ángel DASSO, asumiendo la dirección, conforme “La idea es un paneo que dé cuenta el cambio del Derecho Mercantil al Derecho Económico Empresarial de hoy con las principales características que dicho cambio importó en los últimos 50 años, y cuales serán las ideas fuerza de los años por venir, para lo que hemos convocado a tres Maestros, que nos acompañan, permitiéndonos aprovechar y disfrutar su gran experiencia para

DECONOMI

recordar y así aprender del pasado, reflejarnos en el espejo del presente y avizorar el futuro del derecho mercantil ... que, en definitiva, es nuestro futuro". Pero lo que ocurre cinco meses después escapó a nuestra imaginación. Israel Creimer, Ariel Angel Dasso y nosotros mantuvimos un apasionado diálogo, en el que destacamos hoy las apreciaciones sobre las nuevas modalidades de contratación, de las relaciones de consumo y de la cibernética para alterar el desenvolvimiento empresario; y ante la crisis se subrayaron las diferencias con Ariel que privilegia el sistema concursal. Aconsejamos la lectura de los diálogos intercambiados y para hoy rescatamos un recuerdo "Debe actuarse con eficiencia en búsqueda de la justicia y equidad, evitando la actual contradicción entre sociedad civil versus Estado como lo plantea el neoliberalismo al decir de Anthony GIDDENS en Consecuencias de la modernidad. ... Quizá debemos pensar en la revolución de los intelectuales, normalmente alejados de la política, para desde una visión humanística, no alentados por ningún lobby o grupo de interés, obliguemos a repensar el país, determinando que no hay un solo modelo –máxime cuando este no se exhibe metodológicamente como un "modelo"- y que una revolución en paz a través del derecho es posible, justamente imponiendo el cumplimiento de normas fundamentales para la estructura y funcionamiento de un conjunto social, evitando que se acentúe la sectorización que vivimos. La formación de recursos humanos parece una tarea indispensable donde se une a la capacidad la donación del tiempo, la paciencia y la tolerancia.... la verdad real, la buena fe, eliminando el abuso y el fraude."

En el tradicional disenso, Dasso pone el eje en el derecho concursal frente a la avizoración de la crisis, y nosotros pretendemos integrar un derecho societario anticipatorio de las crisis, ante lo que Creimer recordó el encuentro la semana anterior sobre las "Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal", que fue la temática en que nos llamaron a intervenir en el XVI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, realizado en Viña del Mar –República de Chile-, exactamente la semana pasada, integrando un panel junto a Juan Esteban PUGA (Chile), Mariano Möller (México), Daniele VATTERMOLI (Italia) y Efraín Hugo RICHARD, que afrontamos bajo una premisa básica que nos propusimos: "Mirar con amplitud el sistema jurídico para afrontar las crisis", no limitándose al proceso concursal,

DECONOMI

pues es un tema que concentra la atención de muchos Miembros del IIDC y a la doctrina mundial, y ahora aquí. Y concordábamos en las meditaciones conclusivas con Ariel en que el objetivo era la conservación de la empresa viable con intervención temprana ante la visualización de la crisis, extraconcursal o concursalmente. En ese panel se destacó el nuevo artículo 2.086, párrafo 2, del Código Civil italiano - introducido por el Art. 375 del Código de la Crisis (y ya en vigor) - bajo el cual: "El empresario que opera en forma societaria tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y al tamaño de la empresa, también por lo que se refiere a la detección tempestiva de la crisis de la empresa y a la pérdida de continuidad de la misma, y de tomar medidas, sin dilación, para que se adopte y ponga en práctica una de las herramientas que ofrece la legislación para la superación de la crisis y para recuperar la continuidad de la actividad". Deber reiterado en el artículo 3, apartado 2, del Código de la crisis y la insolvencia, según el cual: "El empresario colectivo debe adoptar una estructura organizativa adecuada de conformidad con el artículo 2.086 del Código Civil, con el fin de detectar oportunamente el estado de crisis y tomar las iniciativas oportunas". Parece ser que el deudor tiene un verdadero "deber de reestructurarse".

En el panel de Buenos Aires se recordó a Karsten Schmidt, quién hace pocos meses decía en este recinto las dificultades de la enseñanza de ese tema en Alemania, que la legislación concursal fuera unitaria para personas humanas y jurídicas, y sobre 270 normas sólo 7 estaban dedicadas a las sociedades, y su predilección a la capitalización, y que las crisis societarias fueran solucionadas en silencio... para concluir textual "Pero mi lema sigue siendo "Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio", sería bueno que siguiera siendo así".

3. Seguimos creyendo que quizá la cuestión viene por una introspección dentro de la organización empresarial que presente dificultades, hoy potenciadas, cual es el análisis de viabilidad, la actitud psicológica del dirigente – la necesidad de configurar el plan de negocios para facilitar la posibilidad de renegociación, particularmente con los afectados por el desenvolvimiento que son los proveedores y los trabajadores de ambas actividades empresariales. Y la posibilidad de renegociar, claro que ante la mala

DECONOMI

fe cabe la presentación en concurso denunciando esa situación para excluir el voto del acreedor hostil, de mala fe, como supo resolver cuando era Juez de Primera Instancia la Prof. Verónica Martínez, hoy camarista.

4. Ahora, en pocos días estamos arrasados por la pandemia sanitaria y por sus consecuencias en el mundo empresarial. En ese entorno asistimos virtualmente al referido coloquio de la UBA del 7 de mayo, con seis magníficas exposiciones iniciadas por el Vice Decano, con distintas visiones entre las que lució la de Chomer, o la interesante propuesta de Vitolo con la emisión de dos bonos de suscripción obligatoria para los acreedores y optativa para los deudores, todos tratando de ver como se salía de la pandemia económica empresarial. A su vez escuchamos la visión equilibrada de un jurista del prestigio de Alfredo Rovira, meditando sobre el rol de los administradores, de actuar tempestivamente acotando responsabilidades, afirmaríamos negociando de buena fe, recordando los efectos de un reciente fallo sobre infrapatrimonialización.

Con Jorge Fernando Fushimi publicamos en La Ley del día siguiente nuestra visión sobre renegociación, necesidad de un escudo protector y de dinero fresco , al mismo tiempo que nos informábamos de las novedades y debates en El Arca, un sitio de reunión virtual por whatsapp organizado y dirigido por Daniel Truffat, y coetáneamente el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) donde él también integra el Comité Académico, formalizaba una “Recomendación”, a la que pondremos en análisis en las próximas páginas.

Contemporáneamente nuestro Gobierno intentaba negociar con bonistas de todo el mundo tratando de reperfilar nuestra deuda externa, no pretendiendo quitas de capital, sino esperas y ajustes de intereses, muy inferior a los despojos que sufren los acreedores en los procesos concursales en nuestro país.

5. La cuestión aparece como una misión imposible, pues no existe – aparentemente- una coherencia de intereses en el salvataje de nuestras sociedades. Como copia del capitalismo financiero que se ha acostumbrado – como en la deuda pública- a lucrar con la inversión del dinero, sin asumir riesgos,

DECONOMI

los administradores y socios de la sociedad deudora intentan asumir esa misma posición, y que los acreedores deban asumir esa pérdida, incluso dejándoles ganancia, invirtiendo la tipicidad societaria prevista en el art. 1 LGS. ¿Cómo recuperar la sensatez en medio del huracán que no sólo dañó sino que aterroriza y paraliza?

Parecería que muchos proyectos o soluciones crediticias amparan la presentación en concurso, sin atender la preocupación de nuestro anfitrión acompañado por gran parte de la doctrina.

La situación es impredecible aún, tanto desde el punto de vista sanitario que genera la confinación social y la contracción económica consiguiente. Pero al mismo tiempo vemos la capacidad de reconversión o de nuevas actividades –conforme nuevos requerimientos comunitarios- que les permiten incrementar sus resultados patrimoniales y, en muchos casos, justifican las presiones sobre divisas fuertes generando una especial problemática a los Gobiernos. Gobiernos que, a su vez están otorgando ayudas impensadas para ciertos sectores, tanto los marginados como para otros para sostener los empleos. Al mismo tiempo los servicios de transporte privados están asfixiados, al igual que toda la actividad empresarial destinada al turismo o esparcimiento.

Y ante lo impredecible, lo inédito, lo global, no se pueden medir riesgos y es muy difícil la estimación del futuro de la actividad empresarial afectada.

6. Finalizamos este incompleto reporte destacando que en ese marco se concibió la Recomendación que los primeros días de mes –mayo 2020- emitió el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) hoy bajo la Presidencia del español Aurelio GURREA CHALE y de la Vicepresidente Académica la uruguaya Alicia FERRER MONTENEGRO . En las vertiginosas reuniones virtuales grupales generadas a tal fin, a las que la Comisión Ejecutiva convocó al Comité Académico, interviniendo también otros miembros del Instituto. El 5 se formalizó la “Declaración – Recomendación” que fue subida al muro del Instituto el martes 12 de mayo.

III - LA DECLARACIÓN DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL EN LA EMERGENCIA.

Por las facetas que abarca la Recomendación y su equilibrio, por lo menos a nuestro criterio, nos permitimos la transcripción completa de la misma, pues bien puede inspirar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de nuestro país para encauzar, atenuando, la pandemia económica:

“COLABORACIONES Y RECOMENDACIONES PARA UN DERECHO GLOBAL DE CRISIS

1.- Los Hechos.

El mundo sufre una pandemia que pone en riesgo a la salud humana. El mejor remedio -en realidad el único- para su control es el aislamiento social. Este aislamiento trae como consecuencia inmediata e insoslayable la parálisis de la actividad económica. Los expertos señalan a nivel mundial la irrupción del coronavirus COVID-19 constituye un ‘cisne negro’, entendido como un evento de muy baja probabilidad con un impacto muy elevado.

Para 2020 la actividad económica enfrenta efectos contractivos como consecuencia del shock originado por la emergencia sanitaria.

Tengamos en cuenta que las cuarentenas, muy necesarias para contener la pandemia, paralizan alrededor del 50% de las actividades económicas. Se registran cierres parciales o totales de plantas de producción; cortes en la provisión de servicios y en las cadenas de suministro; contracción del consumo; reducción drástica de los viajes de negocio y turismo, así como el cierre de servicios de esparcimiento, colegios y universidades. Los sectores productivos más golpeados, y que por lo tanto más debemos proteger, serán las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes), que representan a más del 99% del tejido empresarial en América Latina y generan alrededor del 30% del PIB, según expresa Juan Carlos Elorza Director de Análisis y Evaluación Técnica Sector Privado en CAF – Banco de Desarrollo de América Latina al periódico uruguayo El País 6 de abril 2020.

Idéntico panorama enfrentan las economías desarrolladas de Europa y USA.

DECONOMI

En este contexto, se han sancionado normas, algunas transitorias y otras definitivas, tratando de dotar a la crisis económica derivada de la pandemia de los instrumentos que atenúen, corrijan o permitan superar la situación. Del mismo modo, se han propuesto normas aún no sancionadas.

A título de ejemplo, y para poder analizar lo que ya es derecho positivo, mencionamos algunas normas aprobadas: España: Real Decreto 8 de 2020 y Resolución 4070 publicada en BOE 26 de Marzo de 2020; Francia, Ley sobre cesación de pagos del 12/3/20; Colombia: Decreto 560/20 del 15/4/20; Chile: Ley Fogape 2020 del 15/4/20

2.- La propuesta

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, se permite aconsejar el dictado de normas mínimas, sin perjuicio de otras de carácter patrimonial, financiero, tributario, concursal o societario que cada país considere conveniente promulgar ante sus particulares realidades.

La pandemia sanitaria y los aislamientos han generado situaciones inéditas, sin precedentes, que nos han llevado a intentar un marco mínimo de sugerencias, tratando de evitar mayores daños y el atascamiento de trámites judiciales o administrativos.

Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los emprendimientos viables, privilegiando las soluciones privadas, la recomposición de buena fe de las relaciones alteradas y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente.

2.1.- Normas generales anti crisis.

1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores.

2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados.

DECONOMI

3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias.

4. Se analizará la conveniencia de crear Fondos o Fideicomisos de Garantía Bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos Fondos o Fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar.

5. Las tarjetas de crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés.

6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, alquileres, lo cual sólo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria.

2.2.- Para personas físicas sin actividad empresarial.

Se liberarán automáticamente toda retención de sus ingresos mayor al 20%, aunque se hubieren generado voluntariamente o por decisión judicial, no se podrá afectar la vivienda ni el mobiliario de uso ni los objetos afectados a su arte o profesión. Se suspenderán desalojos por cualquier motivo.

Los créditos, con o sin garantía real, de inmuebles o bienes de uso mantendrán el monto de la cuota pagada con anterioridad a la declaración de emergencia sanitaria, como mínimo, no generándose intereses moratorios por demoras de hasta seis meses.

2.3.- Sociedades.

2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y deberán renegociar privadamente sus relaciones:

1. con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de

DECONOMI

negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.

2. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conforme el rubro.

3. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.

4. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.

5. Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores, podrán promover las acciones que estimen corresponderles, o presentarse en concurso. Las renegociaciones que hubieren alcanzado mantendrán su validez. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebras en el período obligatorio de renegociación.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades deberán continuar con el funcionamiento regular de sus órganos que actuarán mediante el uso de TIC's.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria se suspende la obligación de presentar balances antes los órganos de contralor toda vez que las asambleas sociales no puedan reunirse para su aprobación por no contar con normas legales que autoricen su funcionamiento a través de medios tecnológicos

2.4. Normas concursales.

Se recomienda, congruente con el marco de la renegociación obligatoria, adoptar algunas de las siguientes propuestas:

1.- Suspensión por 90 hasta 120 días de la declaración de concursos necesario.

DECONOMI

2.- Suspensión por hasta 90 a 120 días de la declaración de quiebra o de liquidación del activo en caso de incumplimiento de convenios o acuerdos privados de reorganización.

3.- Analizar las normas sobre acuerdos privados de reorganización, de modo de facilitar los mismos a fin de evitar el colapso de las sedes judiciales frente a la presentación de solicitudes de declaración de concursos, sean voluntarios o necesarios.

4.- Generar mecanismos legales –transitorios o definitivos- para lograr el acceso al crédito de las empresas de se encuentren en etapa de convenio concursal o hayan promovido un acuerdo privado de reorganización.

5.- No perder de vista que estas soluciones solo deberían aplicarse a aquellas empresas que se amparen en mecanismos concursales de Buena Fe.

IV – ALGUNA MISCELÁNEA.

Quizá con esta transcripción podríamos haber concluido la encomienda.

Estas “Consideraciones y recomendaciones para un derecho global de crisis” lo hacen con gran cuidado refiriéndose tanto a la crisis patrimonial de la persona humana como a las sociedades, incluso con normas específicas societarias y concursales.

No abogamos porque se dicten nuevas normas de fondo en forma inmediata, eventualmente alguna que impida los hundimientos inmediatos. No se puede legislar en la tormenta.

La función del jurista es construir con vista a la Nación y a su realidad, sirviendo diariamente los principios de la justicia conforme los valores éticos irrenunciables propios de la condición humana y particularmente de los auxiliares de esa Justicia. Por eso nos apartamos de la idea de llevar a concursar a todas las sociedades que fácilmente pueden advertirse en crisis. Queremos evitar esa tentación y, ante el cambio social producido, la introspección, intentar negociar o renegociar entre partes, no simplemente acreedores, la solución que de viabilidad y mantenga el empleo.

DECONOMI

Es que frente a una crisis económico patrimonial de sociedades se suelen desenvolver estrategias o planes de insolvencia que infringen las normas específicas, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria, omitiendo la confección de balances, ante resultados que indican que el patrimonio es insuficiente para afrontar la actividad económica o, peor aún, que los activos no satisfacerán el pasivo, no capitalizan ni liquidan la sociedad – minimizando el posible daño a los acreedores y empleados-, incluso demorando una presentación en concurso tendiente a reorganizar la situación.

Esta actitud omisiva de quiénes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, terminaría –como ocurre actualmente- desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por que medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como “*ció que segna il confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

La imperdible presentación del Director en un Tratado constituye una autopsia de la legislación concursal: “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del réquiem de estas acciones para beneplácito de los pillos. No menos grave fue el mantener intocada la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a picaros aggiornados que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos carta blanca para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el cramdista...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido pillo, que desembarcaba como tal

DECONOMI

–tras fracasar como concursado –a través de una sociedad off shore o de un amigo de turno, cuando no del testaferro de estilo....corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa comunidad jurídica frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recurro a Cámara: El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”.

Con estos pensamientos, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de la doctrina), sugerimos abrir nuevamente el diálogo, renegociando, como lo hemos sostenido con Fushimi en el ensayo referido.

En este mismo sentido Karten Schmidt -en el coloquio organizado por Chomer- exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia....”. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina .

DECONOMI

En un acuerdo mayoritario, de los pocos que han conseguido verificar tempestivamente, se impone a la real mayoría quitas y esperas despojatorias que atentan no sólo contra el sistema societario sino con el constitucional de resguardo del derecho de propiedad. Puede verse la falta de universalidad en la concurrencia de acreedores, prevista originariamente en Argentina por el art. 21 de la ley 24522, en su modificación por Ley 26086 del año 2006; además en el injustificado cuestionamiento a la verificación de títulos de crédito basado en la incorrecta aplicación de plenarios sobre títulos valores. Con habilidad se lograba –y logra- que sólo unos pocos estén en condiciones de considerar las confiscatorias propuestas de la sociedad deudora, en la que aparecía el tufillo de insostenibles cesiones de crédito, hoy acotadas por el fallo en el caso Mandalunis de febrero de 2014, con el impecable voto de Julia Villanueva.

Esta actitud omisiva de quienes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por qué medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas. Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones obiter dictum del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre cómo manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado

DECONOMI

constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresaria organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades.

Aparece así la cobertura de las pérdidas como un regalo de Papa Noel o de los Reyes Magos, tan regalo que es gravado como ganancia por los entes tributarios. Y tenemos para nosotros que esos personajes de la imaginaria no existen.

Recordamos el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de un poderoso medio de comunicación que bajo el prestigio del grupo que integraba emitió obligaciones negociables en dólares estadounidenses y que en el año 2002 declaró su cesación de pagos logrando con pocos votos una importantísima quita y espera. A los pocos meses realizó un balance y de esa quita resultó un estado patrimonial que determinaba una multimillonaria ganancia, pagándose de inmediato el impuesto respectivo, distribuyéndose entre sus socios ese inesperado –o cuidadosamente gestionado- lucro, que fue usado aparentemente para adquirir otro medio de comunicación formando un importante centro generador de nuevas utilidades, gracias al regalo impuesto a los acreedores.

DECONOMI

Concretamente los administradores y socios de una sociedad en insolvencia al presentarse en concurso soslayan las normas imperativas de la ley societaria y con aparentes mayorías trasladan las pérdidas a los acreedores, no asumiéndolas conforme las mandas legales, trasladándolas sin siquiera ofrecer compartir riesgos mediante una capitalización.”

Por eso convocamos a que esa renegociación de las relaciones jurídicas quebradas, como propiciamos, se formalicen de buena fe.

Y esto fue reflejado en la “Recomendación del IIDC” transcrita.

V – LA CRISIS IMPREDECIBLE.

Lo que es impredecible es muy difícil de regular, pues no se puede apreciar los riesgos y los contextos individuales y generales en continuo cambio o deterioro. Frente a ese cuadro parece adecuado para los especialistas en legislación preguntarse que hacer. ¿Legislación de emergencia por un período determinado, hacerlo en forma definitiva? La cuestión se vincula a la conveniencia o no de normas de emergencia en esta materia o de reformas definitivas a la legislación concursal, correspondiendo a variadas visiones de la cuestión. Sin duda es una compleja decisión. Nos inclinamos por la respuesta del referido cónclave que fue la prudencia, y de allí una propuesta:

“2.- La propuesta

1. El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, se permite aconsejar el dictado de normas mínimas, sin perjuicio de otras de carácter patrimonial, financiero, tributario, concursal o societario que cada país considere conveniente promulgar ante sus particulares realidades.

2. La pandemia sanitaria y los aislamientos han generado situaciones inéditas, sin precedentes, que nos han llevado a intentar un marco mínimo de sugerencias, tratando de evitar mayores daños y el atascamiento de trámites judiciales o administrativos.

3. Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los emprendimientos viables, privilegiando las soluciones privadas, la recomposición

DECONOMI

de buena fe de las relaciones alteradas y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente.

VI – MINIMA ACCION ESTATAL Y MÁXIMA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Como se advertirá, además de apoyar toda la actividad gubernamental en aspectos sanitarios y dar ayudas puntuales a los marginados, pago de salarios y actividades básicas, se aconseja el dictado de normas mínimas, salvo las necesidades de cada país.

Se advierte el intento de no inducir a procedimientos judiciales que salvando a algunos pudieran agravar o difundir el daño, como así también la saturación de los sistemas procesales, judiciales y administrativos.

Y por último recomendar no entretenerse, por la siempre lógica y psicológica reacción de administradores y socios, en las actividades que no serán viables, preocupándose por las que puedan ser viables en el futuro incierto, si se remueven las dificultades patrimoniales y financieras.

Pero el punto central es la recomendación de las soluciones privadas, en trato individual de buena fe de las relaciones alteradas, como se prevé en el Código Civil Argentino para el caso de contratos de larga duración, donde ante un intento de resolución se impone la renegociación –art. 1011 CCC-, solución extendible a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito. Como anticipamos hace pocos días se publicó en La Ley un artículo escrito hace un mes con Jorge Fernando FUSHIMI , donde en la misma dirección propiciábamos un escudo protector de las personas, jurídicas especialmente, en crisis, un período de renegociación y una hipótesis de ayuda estatal-bancaria como aporte dinerario para reestablecer la actividad, tratando de pensar en una norma de emergencia limitando la avalancha de concursos que se predica.

Porque es de toda evidencia la crisis patrimonial financiera que el encerramiento sanitario ha causado en una gran proporción de las actividades económicas de grandes empresas, pero particularmente de la mediana y pequeña. ¿Cómo enfrentar el futuro? ¿Podrán recuperarse? El futuro es

DECONOMI

impredecible pues nada será igual por mucho tiempo, es posible que las costumbres sociales se modifiquen por necesidad o por el descubrimiento de nuevas formas de convivencia o de comercialización. ¿Cómo medir los riesgos ante esa impredecibilidad? Y este desafío ha desencadenado la señalada hiperactividad de la doctrina comercialista en el mundo entero, ensayos, reuniones virtuales en muchos foros, proyectos de ley y ya concreta legislación en muchos países. Imposible estar al día.

En esa futurización muy recientemente cerrábamos un locutorio pensando en las viejas costumbres mercantiles de componer las diferencias en forma inmediata cara a cara ‘a verdad sabida y buena fe guardada’: “¿Tendrá esa visión de imponer la renegociación nuestro Gobierno, y en su caso seremos capaces de negociar de buena fe? ¡Vaya cuestión!

Habría que evitar que los administradores y socios de sociedades se sientan tentados, económica y psicológicamente, a concursarse para repetir historias. Nos preocupa que, como aparece en el Proyecto Legislativo más completo, se presente como la única salida concursarse, incluso para obtener crédito. La llamada “renegociación obligatoria” tiene el sentido de remarcar que el período de protección invite a una renegociación de las múltiples relaciones incumplidas o de las de larga duración, en la forma que impone el referido art. 1011 CCC, dejando firmes los acuerdos logrados, y quizá demostrando la mala fe de algún acreedor o de algún deudor, para enervar posiciones en un posterior concurso. Se trata de estimular, no obligar, a renegociar de buena fe, sin intervención judicial ni mediadores impuestos, cara a cara motivados por intereses comunes: que la actividad empresarial continúe y que el acreedor no se vea contagiado.

La situación es inédita y quizá inéditas deben ser las respuestas legales. Como integrar ideas para encontrar el equilibrio y la solución –siempre imperfecta pero que resulte más beneficiosa para nuestra comunidad- puede ser una buena tarea grupal, abandonando preconceptos, pues enfrentamos algo totalmente nuevo, y todos están intentando sugerir medidas o imaginar soluciones. Y en eso estamos unidos.

DECONOMI

El IIDC recomendó como un escudo protector el dictado de normas de emergencia:

“2.1.- Normas generales anti crisis. 1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores. 2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados. 3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias. 4. Se analizará la conveniencia de crear Fondos o Fideicomisos de Garantía Bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos Fondos o Fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar. 5. Las tarjetas de crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés. 6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, alquileres, lo cual sólo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria.”.

Se concibe como bien jurídico tutelado la necesidad de conservar la actividad empresarial y los puestos de trabajo o empleos que genera.

No nos desentendemos del problema de la marginalidad social que existía y que ahora se ha incrementado y ha quedado en evidencia insoslayable.

Pero la primera cuestión a abordar ante el cambio social y la crisis: ¿toda empresa debe conservarse? Quede en claro que debemos enfatizar que “empresa” no es sujeto en nuestro derecho. Es una “actividad empresarial” que desenvuelve una persona humana o una jurídica, normalmente una sociedad, o un fideicomiso en algunos supuestos.

Al margen de las importantes ayudas que está intentando efectivizar el Gobierno y las que pueda otorgar en el futuro, debemos afrontar tres problemáticas para el desenvolvimiento empresario. Se trata de la insolvencia a

DECONOMI

la que se suma la cesación de pagos –a las que referíamos- y la disposición de fondos para mantener la viabilidad de la empresa, si la misma es viable.

Fundamental resulta como primer paso pensar en la viabilidad futura de la sociedad que explota la empresa. ¿La actividad es posible? Suponiendo que el problema se iniciare en este momento: ¿la actividad será viable en el mundo cambiado? Nada será igual en el futuro. Han nacido empresas nuevas, se han enriquecido muchos y deberán otras deberán ser desguazadas. Y no necesariamente por vía de la quiebra, sino por previsores liquidadores societarios en trámite privado, que inclusive pueden llevar a una sociedad en liquidación al concurso preventivo para evitar pérdida de valores – art. 5 LCQ-.

A su vez el requisito de la viabilidad, obvio para no dañar, es resistido por la doctrina concursalista. Sobre el punto aconsejamos la lectura de la tesina de la Mgter. Alicia Kurlat. Se ha referido a ello en los 90 el Prof. Dr. Jaime Anaya sobre “El mito de la empresa inmortal” y lo hemos recordado con el similar título de “La Empresa Inmortal” en el III Encuentro de Institutos de la Academia, dedicado al rol de la empresa .

La viabilidad no sólo es un requisito organizacional sino una exigencia jurídica –art. 100 LGS-, también contenida en la LCQ, aunque desoída procesalmente. Esos disensos cordiales se revelan gracias a la generosidad del distinguido tratadista Dario Graziabile en los artículos que compartíamos en dos de sus libros colectivos.

Si hoy los administradores de una sociedad negocian con sus acreedores pasados o futuros a conciencia de que la actividad no es viable, no lo están haciendo de buena fe –requisito del art. 9 CCC-

Formando parte de la visión del IIDC como escudo protector, recomendó: “2.3.- Sociedades.

2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y deberán renegociar privadamente sus relaciones:

DECONOMI

4. con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.

5. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conforme el rubro.

6. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.

7. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.

8. Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores, podrán promover las acciones que estimen corresponderles, o presentarse en concurso. Las renegociaciones que hubieren alcanzado mantendrán su validez. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebras en el período obligatorio de renegociación.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades deberán continuar con el funcionamiento regular de sus órganos que actuarán mediante el uso de TIC's.

2.3.3. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria se suspende la obligación de presentar balances antes los órganos de contralor toda vez que las asambleas sociales no puedan reunirse para su aprobación por no contar con normas legales que autoricen su funcionamiento a través de medios tecnológicos”.

Remata el IIDC su esquema protector con las siguientes recomendaciones en torno a concursos:

“2.4. Normas concursales.

DECONOMI

Se recomienda, congruente con el marco de la renegociación obligatoria, adoptar algunas de las siguientes propuestas:

1.- Suspensión por 90 hasta 120 días de la declaración de concursos necesario.

2.- Suspensión por hasta 90 a 120 días de la declaración de quiebra o de liquidación del activo en caso de incumplimiento de convenios o acuerdos privados de reorganización.

3.- Analizar las normas sobre acuerdos privados de reorganización, de modo de facilitar los mismos a fin de evitar el colapso de las sedes judiciales frente a la presentación de solicitudes de declaración de concursos, sean voluntarios o necesarios.

4.- Generar mecanismos legales –transitorios o definitivos- para lograr el acceso al crédito de las empresas de se encuentren en etapa de convenio concursal o hayan promovido un acuerdo privado de reorganización.

5.- No perder de vista que estas soluciones solo deberían aplicarse a aquellas empresas que se amparen en mecanismos concursales de Buena Fe.”

VII – DISPONIBILIDAD FINANCIERA.

Otro aspecto problemático, para el desenvolvimiento de la sociedad en crisis, lo es la disponibilidad de fondos nuevos para el desarrollo normal de su actividad, sobre lo que hemos trabajado recientemente en una propuesta, que puede ser base de ideas que la mejoren. Aunque concursándose y desligándose de atender sus obligaciones, con stock suficiente podrá quizá asumir con más holgura que antes ese desenvolvimiento. A su vez hay muchas otras formas de superar la cesación de pagos con esfuerzo compartido, pues las quitas –que cuestionamos en los concursos de sociedades- es sólo en beneficio de la sociedad deudora y –obviamente- de sus socios. El art. 43 LCQ es abierto a otras formas de acuerdo, y entre ellas podríamos señalar a las “acciones relacionadas, sectoriales o direccionadas” contenidas en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades que se presentó el año pasado. El “Crowdfunding” receptado por la ley 27.349 ¿Por qué no usarlo de una buena vez? El beneficiario

DECONOMI

tendrá que mostrar que la propuesta es viable y presentar un plan de negocios, recurriendo al financiamiento colectivo con micromecenazgo. Y por supuesto la reconversión: en Internet en las últimas semanas, en el rubro indumentaria hubo incremento de ventas de productos para estar dentro de casa.... pijamas, batas, pantuflas, joggings. Una fábrica de bebidas en crisis pasó a ser la mejor proveedora de alcohol.

Hace muchos años presentamos la solución con el “lease back” en favor de los acreedores, y el negocio en participación ha estado siempre a disposición de los emprendedores para obtener financiamiento.

Estos aspectos llevan a pensar si este es el momento de trabajar en un “derecho societario de crisis”, integrando el sistema concursal con el plexo normativo.

Sobre ello, las formas de los acuerdos concursales, modalidades de capitalización de pasivos unidos a derechos de opción, vale traer apreciaciones del jurista alemán Karsten Schmidt sobre el Debt-to-Equity Swap como prueba de fuego de esa integración, y su pensamiento sobre la reestructuración de empresas. Destaca la interacción entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal y su conferencia aborda la creciente influencia del Derecho Concursal sobre el Derecho Societario, pues a la inversa, durante 100 años no existió una cátedra de Derecho Societario en que se enseñara Derecho Concursal. Había coincidencia de que la apertura de un concurso sobre el patrimonio de una sociedad disuelve esta sociedad, porque así lo decía la ley. Pero lo que sucede luego con esta sociedad quedaba en manos de los especialistas en Derecho Concursal. Para la práctica, la situación era mala. La liquidación o reestructuración de compañías insolventes es una tarea genuina del Derecho Empresarial. Y esta tarea exige respuestas integradas a múltiples cuestiones, y se preguntaba ¿Qué ha cambiado? Apuntando “el Debt-to-Equity Swap: el ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores. Entre muchos métodos de saneamiento, el Debt-to-Equity Swap es un ejemplo particularmente apto para mi observación... La parte dispositiva del plan puede prever que los créditos de los acreedores se conviertan en intereses o derechos de membresía en el deudor. Se excluye la conversión contra la voluntad de los acreedores afectados. En particular, el plan podrá prever una reducción o ampliación de capital, el pago

DECONOMI

de aportaciones en especie, la exclusión del derecho de suscripción o el pago de indemnizaciones a los accionistas salientes. Y el recuerdo de esas palabras, me lleva a recordar que conocimos a Karsten Schmidt junto a Jesús Sanguino Sanchez en el año 2000 en La Cumbre, con motivo del II Congreso Iberoamericano y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal. De allí nuestra incorporación al Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – sede México- en 2004 cuando lo creó Jesús –como ya relatáramos-, y seguimos en 2008 con Insolvencia Societaria, del cual diría Osvaldo Maffia: Lo importante es la solución, “ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo al par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación, ... El tema de la "conservación de la empresa"... ocupa a Richard desde hace años. ...se apoya en las enseñanzas del brillante jurista español Ángel Rojo, quien habla del bien jurídico tutelado del derecho concursal, y lo relaciona con la eliminación del estado de cesación de pagos, precisando luego que es necesario actuar anticipadamente "frente a la mera crisis financiera o económica general".... reitera su reclamo de "actuar anticipatoriamente a la instalación de la crisis" como presupuesto de "la conservación de la empresa".

VIII – LA BUENA FE.

Recobrar la sensatez... Seremos invadidos por consumos cibernéticos generados por grandes compañías, nacionales y extranjeras. Se intentará inducir la inflación para lograr enormes ganancias mientras se aplastan salarios y jubilaciones. El Gobierno tiene armas para neutralizar los excesos y equilibrar los repartos.

Y esa sensatez impone en lo inmediato negociar y de buena fe, buscando acciones cooperativas.

No es el caso de profundizar sobre la “buena fe” , definida por la Real Academia como “rectitud, honradez, criterio de conducta al que ha de adoptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte” y como contra valor la “mala fe” es definida como “doblez, alevosía. Malicia

DECONOMI

o temericad con que se hace algo o se posee o detenta alguna cosa. “De buena fe” con verdad y sinceridad”, “de mala fe” “con malicia o engaño”. Nos viene a la cabeza máximas orientales de orientación a los reyes que no sabían leer ni escribir: “sé bueno y no dañes” .

Bajo el principio de buena fe que recomienda el art. 9 CCC Daniel Truffat –otro Miembro del IIDC- escribió “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraemos –como consecuencia de lo antedicho- tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: “el esfuerzo compartido”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”. Acepta que “el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

Todo buen hombre de negocio debería negociar de buena fe ante los incumplimientos que se hayan, se estén o se generen por las actuales circunstancias. Hemos recordado que la hoy Camarista Prof. Verónica Martínez excluyó el voto de un acreedor que había negociado de mala fe con la concursada.

¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”.

La perspectiva que recomendamos, es similar a la del Considerando 29 de la Directiva Europea 2019/1023, tiende a generar un escudo de no agresión por el tiempo que se fijara, de mantenimiento de la administración y de

los bienes, de la eliminación de las medidas cautelares que trabajaran el mantenimiento de la actividad. Conlleva evitar la judicialidad.

En similar sentido la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 16/2020 del 28 de abril de 2020 dictado en España y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 29 de abril de 2020. Diariamente accedemos a cambios en la legislación comparada que no sabemos si responden a las necesidades de la comunidad nacional.

IX – LA CRISIS DE LAS PERSONAS HUMANAS.

También el IIDC se preocupó de la situación a las personas humanas con empleo, jubilación o pensión afectados por la crisis, recomendando un sistema simple, eficiente y prácticamente sin costo:

“2.2.- Para personas físicas sin actividad empresarial. Se liberarán automáticamente toda retención de sus ingresos mayor al 20%, aunque se hubieren generado voluntariamente o por decisión judicial, no se podrá afectar la vivienda ni el mobiliario de uso ni los objetos afectados a su arte o profesión. Se suspenderán desalojos por cualquier motivo. - Los créditos, con o sin garantía real, de inmuebles o bienes de uso mantendrán el monto de la cuota pagada con anterioridad a la declaración de emergencia sanitaria, como mínimo, no generándose intereses moratorios por demoras de hasta seis meses.”

La situación patrimonial de la persona humana sin emprendimiento debe tener una solución jurídica inmediata y eficiente, mucho más simple que los proyectos en curso. La persona humana titular de un emprendimiento debería poder transferir el patrimonio afectado a ello a una SAS para facilitarle esa renegociación y eventualmente la reestructuración accionaria o participativa.

X - ¿QUÉ HABRÁ PASADO?

Cuando se publiquen estas líneas, pese a la urgencia del justificado reclamo del Prof. Chomer, sin duda tendremos muchas novedades, en la legislación y en tribunales, aunque también sorpresas en nuevos o recuperados emprendimientos. Recordamos el salvataje de General Motors hace 10 años en

DECONOMI

Estados Unidos de América con una inserción de capital. Destacamos la reciente presentación de la cadena minorista estadounidense en los tribunales de Virginia pidiendo su quiebra pero acompañando ya un acuerdo con sus acreedores financieros para traspasarles las acciones o sea la propiedad de la sociedad. Lo que propiciamos y señalaba ya Maffia en 2009 y Schmidt el año pasado en Buenos Aires... También los que se preanuncia de Lufthansa solicitando que el Gobierno alemán capitalice en un 30% la sociedad.

¿Se generará el favorecimiento de la renegociación privada por los Gobiernos?, y en su caso ¿seremos capaces de negociar de buena fe? Cualquier regulación enfrentará problemas imponderables, y quizá las salidas deban ser insólitas, mirando las sociedades del pasado pero con las herramientas que la cibernética nos está proporcionando.

Por eso transcribimos parte del encabezamiento de las recomendaciones del IIDC:

“Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los emprendimientos viables, privilegiando las soluciones privadas, la recomposición de buena fe de las relaciones alteradas y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente.”

Sin duda la renegociación podrá alcanzar los acuerdos en trámite, homologados o en cumplimiento en concursos, pero esa renegociación deberán también poderla solicitar los acreedores aplastados por acuerdos despojatorios, mientras la sociedad deudora repartió o reparte dividendos o por lo menos obtiene utilidades especiales por los productos que ofrece frente al confinamiento.

Podríamos intentar análisis más profundos, incluso de la Recomendación que hemos puesto de relieve, pero creemos que ya hemos agotado la paciencia del lector y se ha cumplido el objetivo de la convocatoria de Chomer de que hiciéramos llegar nuestra conocida y polémica visión sistemática del derecho de crisis.

Córdoba, 21 de mayo de 2020.

“Pedido de propia quiebra del consumidor sobreendeudado y la crisis que seguirá a la pandemia.”

por E. Daniel Truffat

A fines del año pasado recayeron dos sentencias interlocutorias dictadas por la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I, en autos: “Urbano, Marcelo A. s/solicita propia quiebra”, 21/11/19 y “Fleitas, Martín I. s/quiebra, 8/11/19. Tomaré las mismas a los fines de este análisis, en parte porque son muy representativas de un modo de pensar (que intuyo será duramente impactado por la realidad que impondrá el covid 19) y en parte por el altísimo vuelo técnico de las mismas⁷⁰.

El tema en debate, en ambos casos, era si procedía confirmar –o no– el rechazo habido por jueces de primera instancia a pedidos de propia quiebra. Pedidos formulados por personas humanas no comerciantes, que básicamente confesaban ser consumidores sobreendeudados, carecer de bienes registrables, constatar que su ingreso era insuficiente para atender las deudas que sobre ellos pendían y que nada indicaba que pudieran hacerlo a futuro, que ello tornaba innecesario intentar una solución preventiva.

Lo interesante del caso es que en las dos ocasiones los jueces repelieron el pedido de propia quiebra. Y la Cámara revocó uno de ellos (pero ordenando al juez que actualizara cierta información e hiciera producir otra pendiente) mientras que confirmó el otro. En ambos casos con argumentación muy similar.

En fallos profundos, interesantes, generosamente fundados, de impecable y elogiabile factura técnica, la Sala dejó muy en claro que compartía el núcleo del razonamiento de los jueces de grado: procede rechazar el pedido

⁷⁰ Mientras elaboraba este trabajo, llegó a mis manos otro fallo de la misma Sala, 20/04/20, “Franco, Víctor José s/solicitud de propia quiebra”, con análogo desarrollo conceptual e igual destacado vuelo formal. Es importante señalar que aunque dictado en tiempos de cuarentena no lo creo representativo del impacto del covid 19 que aquí anuncio. Reabiertos los Tribunales regularmente la inundación de juicios de este tipo es el que ratificará, o no, mi tesis de que las cosas han cambiado y consecuentemente cambiarán las decisiones judiciales.

DECONOMI

de propia quiebra cuando es un medio para dejar de pagar y para obtener rehabilitación.

Esto con algunas sutilezas porque por ejemplo en el caso “Urbano”, el vocal de primer voto, el Dr. Alonso tiene cuidado de señalar (a) que la ausencia de bienes no es argumento para rechazar la quiebra y (b) que el verdadero discrimen⁷¹ de su razonamiento pasa por separar la situación de quien se endeudó a sabiendas y de mala fe, especulando con la ulterior liberación falencial y de quien cayó –por razones externas- en situación de sobreconsumo no buscada o no querida (reconociendo como muy difícil de determinar, en el caso, concreto, una situación u otra). El distinguido magistrado, y reconocido autor, incluso denomina el primer supuesto como “sobreendeudamiento activo” y el segundo como “sobreendeudamiento pasivo”.

La falta de límites que tienen los códigos de descuento en algunas Provincias argentinas (Santa Fe es –o era- una de ellas) ha generado una catarata de pedidos de propia quiebra de empleados públicos –el primer caso citado es de un suboficial de la policía provincial y el segundo es de un empleado municipal-. Y es público y notorio que hay colegas que deshonoran la profesión publicitando el “consume tranquilo y después quiebre” y hasta organizaciones delictivas que utilizan a pobres de toda pobreza, vencidos de la vida, para obtener electrodomésticos a crédito o similar, quedarse con los productos para la reventa y ofrecer a los así utilizados unos míseros pesos y la quiebra rehabilitatoria (al año)⁷².

Estos fallos sorprendentes (comunes en jurisdicción santafesina⁷³, siendo que la tesis que se utiliza por el pretorio fue desarrollada por un gran maestro rosarino y hoy juez de Cámara, Edgar Baracat y de algún modo “benedicida” por la doctrina en un Encuentro de Institutos celebrado en la

⁷¹ “Discrimen” es un término en desuso en su sentido de “riesgo”, pero de empleo común en otros países de América Latina como “discriminación”. Quien lo usaba en nuestro país era el maestro Maffía. Es probable que el sutil y genial jurista estuviera haciendo un malicioso juego de palabras.

⁷² Sin perjuicio de que los peticionarios de propia quiebra son instrumento de tales vivillos –a veces por ignorancia, a veces por avidez, a veces por desesperación-, el verdadero tumor a extirpar son estos “socios ocultos” –como los denominaron con gran precisión dos brillantísimos juristas rosarinos que me hicieron el favor de leer los originales e ilustrarme sobre este deleznable fenómeno-

⁷³ Donde hubo una inundación de pedidos de propia quiebra del personal policial de la Provincia

DECONOMI

Provincia); obvio son hijos del hastío frente a una conducta cuestionable –y se ve que difundida-. Aunque lo más increíble es que el poder político de Santa Fe haya puesto a los jueces en esta encrucijada en vez de fulminar los descuentos sin tope. En la mayoría de las Provincias esto no ocurre porque no hay descuento posible sobre el sueldo de los empleados públicos que exceda el límite de embargabilidad.

Así como el Estado Nacional mira para otro lado cuando un tercio de las empresas argentinas se financia con cheques “a fecha”, porque no acceden al crédito regular, tal vez se podría pensar que los Estados Provinciales cuando pueden se distraen con esto de la falta de límite de los códigos de descuento para permitir que funcionarios no muy bien pagos, encuentren una variante de consumo.

La propia quiebra lo que busca es eso, limitar la privación de recursos hasta el tope de lo embargable y, visto el famoso fallo “Barreiro” obtener una rehabilitación automática en un año.

Empiezo por marcar mi respeto intelectual por los destacados jueces que firman y por aquellos magistrados que invocan como antecedente (básicamente fallos de Tribunales rosarinos y uno de Paraná). Desde la posición del comentarista o del analista, todo es más fácil. A mí no me hartan ni indignan pedidos de quiebra que huelen –como diría Hamlet- a podrido⁷⁴ ni trato de buscar una solución frente a la indiferencia de las autoridades gubernativas.

Desde este lugar no puedo, sin embargo, compartir la solución de los fallos que he elegido para referir.

Es obvio que los derechos deben ejercerse según el fin que los define, justifica y, al mismo tiempo, limita. Pero también es obvio que alguien que no puede en modo alguno atender sus pasivos tiene derecho (aunque carezca de bienes a liquidar) a que se lo coloque en el status de fallido y previa depuración de su pasivo, se lo rehabilite. Ya sea al año o después, en tanto se lo investigara

⁷⁴ Something smells rotten in the State of Denmark

DECONOMI

penalmente como consecuencia de la clausura por falta de activo (tópico que tiene también sus bemoles)⁷⁵.

Aquel que se empobreció por un divorcio, una enfermedad sobreviniente, por haber caído en la depresión, por haber perdido el empleo, porque de la mano de las sucesivas crisis nacionales sus ingresos quedaron deprimidos, etc., etc., es indisputable que tiene derecho a quebrar. El juez Alonso tiene el buen tino de juzgar que allí no hubo abuso en el primer caso.

Ahora bien puede ser que el “dispendioso e insensible” gastador en realidad haya comprado una heladera, o un televisor, o una juguera o un hacedor de café expreso. ¿Y esto lo convierte en un malandra? ⁷⁶

Claro que faltó autocontención. Pero es posible que al divorciado, deprimido o mal pagado ejemplo de arriba también le haya faltado. Nuestros abuelos no hubieran dudado en juzgarlo duramente. –*Mirá que necesitaba cambiar la heladera o comprarle al hijo esa tablet, cuando era obvio que la fábrica iba a cerrar-* y frases similares.

Nuestros abuelos eran demasiado afectos a miradas, frases y gestos juzgadores. Y probablemente, con cándida virtud, eran demasiado amigos de hacer propio un discurso que al final del día los descalificaba, los limitaba y los ponía en un rol de segundones impropio de una República democrática e igualitaria (CN, art. 16). Puede ser que las nuevas generaciones hayan exagerado con su vocación de romper esos moldes y hayan relativizado el mérito y el esfuerzo. Pero que ni unos ni otros resultaran capaces de un justo medio, no valida a alguna de las puntas del dilema (porque no tenían razón los unos y tampoco la tienen los otros)

En el razonamiento falta una pata. Recomiendo la lectura del maravilloso libro de Hugo Anchaval sobre el punto⁷⁷ que deja en claro muchas razones de sobreconsumo y la ruina de los consumidores (y lo hace con números emanados de prestigiosas universidades y centros de estudios americanos). La

⁷⁵ Ver: Truffat, E. Daniel, “Sobre la clausura por falta de activo”, E.D., ejemplar del 13.12.10

⁷⁶ En el fallo “Franco, Víctor” que se cita en la nota “1” se advierte como disvalioso, como prueba del obrar fraudulento, haber adquirido un par de meses antes del pedido de propia quiebra “una cocina y una heladera”.

⁷⁷ Insolvencia del consumidor, Anchaval, Hugo.

DECONOMI

propensión al consumo inducida por una publicidad desalmada, los propios parámetros de una sociedad sin ángel ni destino que valora más tener que ser, el mito del doble ingreso, la concesión artificial de crédito a quien no lo podrá devolver por abuso del dinero plástico, las tasas de interés de locura que se capitalizan y multiplican cariocinéticamente sobre el patrimonio de los más pobres, son una realidad tan palpable como que básicamente los sectores más vulnerables –pero en general todos- entran gozosos al matadero. Y además de sacrificarlos, se convierten en los artífices de su cruel destino y destinatarios del “moral hazard” de los dadores de créditos.

Vivimos en una sociedad cruel. E hipócrita. Lo más inhumano del sistema es que sus principales víctimas fungen, a su vez, de victimarios. Ellos alzan con fugaz alegría el arma que habrá de herirlos. Y después solo quedará el rencor, el resentimiento, la desesperación y el pedido de propia quiebra.

No encuentro modo serio, en tal escenario, de separar lo que Alonso llama sobreendeudamiento activo y sobreendeudamiento pasivo⁷⁸. Y por ende no encuentro posibilidad de repeler el pedido de propia quiebra. Habrá algún caso de escándalo. Pero esos sujetos que se visten con las mejores marcas italianas, fuman habanos cubanos, se compran un vehículo alemán y alardean mientras toman champagne francés; todo a crédito, son personajes de Hollywood. Dudo que se los vea con frecuencia a orillas del Paraná. Puedo asegurar que no ocurre en la ribera del río de la Plata.

En líneas generales concuerdo con la ponencia que presentaron Graziabile y Ramos en el X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe, “¿Abuso del derecho en el pedido de quiebra voluntario del consumidor? ¿”Culpa” compartida?. Allí ambos juristas señalan:

No puede hablarse de abuso del derecho sin la reunión de los elementos de convicción que no son tales, el número y calidad de las deudas acumuladas ni la falta de activo liquidable, porque tales circunstancias no contrarían la ley concursal. La quiebra procurará la liquidación de los bienes del fallido (incluso mediante el descuento salarial) para el pago de los acreedores en

⁷⁸ Salvo casos casi académicos –por lo extremos- malicio que siempre se transitan zonas grises.

DECONOMI

moneda de quiebra, siendo además la quiebra sin activo suficiente una de las variables falenciales, por lo que no puede tener reproche moral (CCivCom Ne-cochea 5/9/2013 “DDR”). Por lo que tampoco puede endilgarse abuso del derecho por contrariarse reglas de la moral cuando el caso del consumidor sobreendeudado es una patología social que se extiende como una problemática económica, donde se involucra el deudor y sus acreedores.

Ambos autores reconocen, con la misma honestidad intelectual que pongo aquí que este enfoque no suele ser el que mayor consenso tiene.

No estoy proponiendo hacer la vista gorda y celebrar lo que puede ser una maniobra⁷⁹. Pero en mi opinión no es impidiendo la quiebra que se puede resistir esto. Distinto es al momento de decretarse la rehabilitación (y con los datos del art. 39 LCQ) tal vez, en casos muy especiales, proceda una denuncia penal o, hipotéticamente, una inconstitucionalidad de la rehabilitación.

Hace muchos años, cuando se debatía si el peticionario de propia quiebra podía convertir, un fallo señero de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, que en esa época integraba el maestro Rouillón, hizo tallar en el debate el “abuso de proceso”. Con ese argumento se frustró una maniobra por el cual una deudora que se había concursado para evitar un cobro, luego había desistido del concurso y pedido su quiebra y al final del camino pedía su conversión se saliera con la suya. Yo, que defendía la posibilidad de conversión, estuve entre los primeros que celebraron el fallo⁸⁰. Pero la consecuencia de tal decisión era dejar a la deudora cesante en el status de fallida, no en el extraño limbo en el que quedan aquellos a los que se les rechaza el pedido de propia quiebra

Me resulta difícil encontrar una “maniobra” en alguien que gana \$ 23.444 y algunos centavos, que tiene descuentos por \$ 21.000 y que recibe en mano \$ 2.000, que tiene responsabilidad de un hijo pese a ser soltero, que es sujeto pasivo de un juicio de desalojo y actor en una demanda laboral que tal vez

⁷⁹ Que eventualmente lo es o lo fue innúmeras veces.

⁸⁰ Truffat, E. Daniel, “Conversión de la quiebra: fin de fiesta”, La Ley Litoral, julio 2000, pág. 683

DECONOMI

le arrime fondos (algún día). Ese es el caso del segundo juicio (Fleitas), donde se confirmó el rechazo del pedido de propia quiebra.

Más me parece la historia de uno de tantos compatriotas lanzados a vivir a crédito, cuando no pueden afrontarlo, tratando de sobrevivir en niveles que apenas orillan lo digno y que ante un pasivo de cien veces lo que recibe en mano (le quedan \$ 2.000 y declara deber casi doscientos mil)⁸¹ ha optado por bajar los brazos; pidiendo su quiebra. Y si el sistema le da alguna ventaja, si gana \$ 23.000 y solo le podrán retener \$ 4.600 y dentro de un año “Dios dirá”, no me suena a abusador. No es ilegítimo ni injusto que la gente de a pie quiera tomarse todas la ventajas que la ley le da. Lo contrario es olvidarse que la ley rige para todos y que hoy es una ley “situada” que piensa en los “vulnerables”. Nadie puede, ni debe, demandar santidad de nadie (porque la santidad no es parámetro para medir el obrar de nadie).

Por otra parte es frecuente que en una sociedad tan afecta a juzgar a los demás, quien arroje la primera piedra claramente no esté libre de pecado (y, probablemente, del mismo pecado)⁸²

Todo este análisis, habido con respeto aunque con disenso con los fallos y su enfoque, resulta ocioso.

Pero no, porque el suscripto entienda que no servirá para convencer a nadie.

No, porque los verdaderos delincuentes que venden “apropiaciones dolosas de crédito” o que utilizan a los humildes como vehículo de adquisición de artículos para la reventa vayan a enderezar sus pasos. Esos rara vez aprenden.

⁸¹ En estos tiempos de inflación desatada es adecuado reconocer que estos numerales son – como máximo- a noviembre del año pasado y no a esta fecha. Incluso es probable que los numerales tengan algún atraso adicional –y se correspondan con el 2018-, pues hay que ponderar el tiempo que insume que un expediente llegue a decisión de la Alzada. Pero ello no altera mi opinión en el caso.

⁸² La sociedad del consumo, donde no vale **ser** sino **tener**, donde el “ser” ha huido (como postulaba Heidegger), donde no se valora a la gente y se destruye la naturaleza; esa sociedad justamente denunciada por el Papa Francisco, no reside exclusivamente en un sector social. Es un conglomerado de malas prácticas y peores deseos y fútiles ambiciones que hace a la propia cosmovisión del hombre moderno. O hacía, según como nos deje parados la pandemia.

DECONOMI

No, porque estemos en vísperas de una gran conversión ética y esta sociedad vuelva a abrazar la educación, el ejemplo y el esfuerzo –como alguna vez hizo-

Sino porque el convencimiento, en cambio de enfoque judicial, lo proveerá un infame ente viral (el covid 19) que al calor de la pandemia global que ha desatado, en función del enclaustramiento obligatorio con el que han respondido los gobiernos y en mérito a la tremenda crisis que ha suscitado (en el caso de Argentina, potenciando al infinito una que ya estaba), todos los conceptos de los fallos antedichos “saltarán por los aires”⁸³.

Como escribió Ariel Dasso, ahora en “cesación de pagos” estarán casi todos. Incluso con la posibilidad de que se difieran pagos o que se reduzcan salarios o se pague con cuasi moneda –con cierto valor formal y otra muy distinto en el mercado-

Ahí sí será casi imposible, cuando no derechamente imposible, discriminar justos de pecadores (si es que se da por válido el discrimen de los fallos que militan en la línea de los comentados)

En el citado Congreso de Santa Fe las colegas Villalba, Claudia y Agüero, Cynthia escribieron una gran verdad de la que participa este comentario *“el concursamiento y la quiebra de una persona, son remedios judiciales para procurar su reinserción económica plena”*⁸⁴

Habrá que encontrar un nuevo camino, para hacer eso. Aun no compartiendo la actual solución es obvio que ella muestra que talento y ganas de hacer Justicia, no faltan.

⁸³ Ver nota al comienzo de este artículo.

⁸⁴ Autoras citadas, ponencia titulada “El consumidor sobreendeudado y su visión según la Justicia de Catamarca”, X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, libro de ponencias, pág. 195.

DECONOMI

“*TODOS SOMOS INSOLVENTES*”: *SOLUCIONES CONCURSALES SIMPLES...*

por Héctor Osvaldo Chómer

1. Introducción:

Otra vez Argentina está en emergencia; pero esta vez no es nuestra responsabilidad ni arrastramos culpa alguna.

En verdad la crisis nos fue contagiada como nunca antes.

Porque encontraríamos varios ejemplos de problemas ajenos que reflejados en nuestro suelo nos perjudicaron, pero nunca tan profundamente como esta pandemia que importamos involuntariamente desde otros países.

Coincido con muchos en que tal crisis se presenta en lo sanitario pero también en lo social, económico, financiero y laboral.

Y no dudo de que hasta es posible que haya otros frentes igualmente relevantes en los que impacta la pandemia, más creo que aquellas cuestiones antes mencionadas son las que necesitan prioritaria solución, por obvias razones de supervivencia comunitarias.

Es que las estructuras empresarias crujen y la inestabilidad que presentan las muestran al borde de un precipicio insondable en el que si se cae, nadie sabe si sobrevivirá.

Y la situación de los pequeños comerciantes, consumidores y asalariados no es mejor, sino que padecen el coletazo arrasador de la enfermedad extendida mundialmente.

La gravedad de la situación se evidencia en la multiplicación geométrica de cheques rechazados en abril 2020 (en un total de 228.225, según BCRA), cuando en épocas anteriores se contaban en unos pocos miles. La Asociación de Pequeñas y Medianas Empresas (Apyme), da cuenta de que en Rosario seis de cada diez pequeñas empresas no pueden afrontar sus obligaciones vencidas.

DECONOMI

De eso se sigue, pienso que muy claramente, tanto la gravedad como la extensión generalizada de la crisis.

También pienso que la lineal aplicación de la ley 24.522 no dará solución a esta tan inusual como imprevisible crisis. Porque la ley concursal está pensada para la crisis particular de un sujeto cuya cesación de pagos es una pequeña gota en un mar de sujetos in bonis; pero parafraseando al Presidente Kennedy en su discurso en Berlín⁸⁵, hoy "*...Todos somos insolventes...*".

Es que un gran porcentaje de las personas tienen problemas económicos graves, lo cual determina que, al contrario de aquel presupuesto central de la ley 24.522, lo usual hoy es estar endeudado.

Sin embargo aún no hay alternativas a la ley concursal, como otrora hubo con leyes de emergencia que disiparon las deficiencias de dicho sistema legal.

Es por eso que, de seguido, trataré de dar alternativas a ciertas interpretaciones restrictivas de normas vigentes, en cuanto complican el acceso de los deudores a la protección concursal.

Adelanto que el buen manejo de la compleja tecnología moderna a la que nos estamos adaptando y el incierto acceso a la conectividad que nos agobia, bien podrían solucionar muchos de los problemas que presenta la bien llamada "Insolpandemia"⁸⁶.

Alguien me dijo una vez que no había preguntas difíciles sino respuestas inesperadas.

⁸⁵ El Presidente Estadounidense John F. Kennedy, durante su visita a Berlín occidental en junio de 1963, pronunció un discurso desde el balcón del Rathaus para conmemorar el decimoquinto aniversario del bloqueo comunista que luego llevó a la construcción del muro. Como acto de respaldo y adhesión dijo en alemán: "Ich bin ein berliner", cuya literal traducción sería: "Yo soy un berlinés", pero que aparece igualmente traducido como: "Yo también soy berlinés". Luego la frase se universalizó y tomó otra forma más omnicomprendiva quedando: "Todos somos berlineses", como homenaje mundial a los cercados alemanes que eran aprisionados por el régimen comunista de la mal llamada Alemania Democrática. Bien podríamos aplicar la frase a la situación económica actual en que las estadísticas son demoledoras y muestran una clara morosidad generalizada. Por eso "Todos somos insolventes", es sólo una frase que busca brindar apoyo, comprensión y solidaridad para aquellos que padecen las tan imprevistas como indeseadas consecuencias económicas de la pandemia.

⁸⁶ "La Insolpandemia; La insolvencia en tiempos de pandemia" por Juan Anich, en LinkedIn, 9.4.20.

DECONOMI

Intentaré superar el desafío y entregar alguna mínima idea, de seguro tan opinable como inesperada, para superar el encontronazo que depara la férrea aplicación de la ley 24.522 con el arrasador paso de esta crisis pandémica.

Una última aclaración previa a dicho desafío: Que el lector no espere un comentario erudito o plagado de citas doctrinarias y jurisprudenciales, pues sólo aportaré la experiencia de mis 42 años de servicio en el Poder Judicial de la Nación.

2. Los requisitos y los plazos.

A. Una de las cosas que más preocupa reside en la imposibilidad de cumplimiento de los requisitos de la LC 11.

Imposibilidad derivada de la cuarentena y el aislamiento social que impiden abocarse a la reunión de ciertos antecedentes o a satisfacer en plazo los recaudos de la ley 24.522.

A la fecha en que escribo esta nota subsiste la cuarentena, por lo que el Acuerdo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (12.5.20), daría una primaria solución en cuanto dispuso que, en la medida de que se trate de actuaciones digitalizadas y no fuera necesario constatar actuaciones en papel, los jueces naturales podrían habilitar la actuación en feria y atender las presentaciones de nuevos concursos preventivos.

Y, en esos casos, podrían postergar la fijación de fechas y diferir el cumplimiento de los requisitos de la LC 14, incisos 3, 5, 8 y 10.

Otra solución más general podría resultar de la aplicación lineal del Cpr 157 (en tanto reconoce versiones similares en los Códigos Provinciales).

El Cpr 157, tercer establece que: "...Los jueces y tribunales deberán declarar la interrupción o suspensión de los plazos cuando circunstancias de fuerza mayor o causas graves hicieren imposible la realización del acto pendiente."

DECONOMI

No obstante la valoración de la existencia de dichas causales queda siempre librada al prudente arbitrio judicial, que además debe velar por el derecho de defensa en juicio.⁸⁷

Es por ello que el Magistrado debe evaluar, según mérito de cada caso, si los motivos invocados configuran o no el supuesto que ampara la regla; esto es, analizar si se presentan acontecimientos extraordinarios que hagan materialmente imposible la ejecución del acto procesal.

Y, en el caso de la Pandemia es tan apremiante alcanzar la protección concursal como imposible satisfacer regular y puntualmente los exiguos plazos establecidos en el artículo 11.

La evidencia de la gravedad de la situación mundial me exime de mayores comentarios; pero piénsese en el atribulado empresario que necesita con urgencia del paraguas concursal protector pero no solo está impedido de circular en la vía pública sino que no puede alcanzar la documentación encerrada en una lejana fábrica inmovilizada o en una oficina cerrada.

Pero de lo que aquí se trata es no sólo de encontrar soluciones inmediatas para actuar en la cuarentena inmovilizadora, sino también para una vez reiniciada la actividad siquiera parcialmente, pues pienso que subsistirán las dificultades para cumplir plazos y satisfacer requisitos.

La excusación dada por la Cámara cesará fatalmente al terminar la feria extraordinaria y la solución del Cpr 157 es demasiado ajena a la ley concursal y no resuelve el problema, sino que simplemente posterga el cumplimiento.

Necesitamos respuestas sencillas y urgentes pero de fondo y que den solución inmediata a este problema, sin perjuicio de que, por su propia provisoriedad, sean disipadas luego por otras más sólidas.

Es por eso que, de seguido, afrontaré el análisis de los principales aspectos de los artículos 11 y 14 de la ley 24.522.

⁸⁷ Fenochietto-Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Editorial Astrea, Año 1985, T. I, pág.157/8.

B. 1. El envejecido formulario 3003 (decreto ley 3003/56).

Y digo “envejecido” porque hoy es insólito que sigamos actuando presencialmente para la búsqueda o registro de datos.

Puede que actuar de ese modo fuera necesario en 1956, pero es inexplicable que aún hoy continuemos procediendo así.

El problema del cumplimiento del decreto ley 3003/56 reside en que el letrado del peticionario de quiebra o pretensado concursado, debe concurrir por lo menos dos veces, sino más, a una oscura y lejana oficina para hacerse del formulario, entregarlo y finalmente retirarlo informado, para luego seguir el derrotero de eventuales contagios, llevando todo el papeleo al Juzgado Comercial.

Eso presenta ahora el problema de que el receso extraordinario y la cuarentena impiden esa actividad y, de seguro, luego de terminada la feria será igualmente compleja dicha gestión.

Es por eso que resulta relevante encontrar un modo de mantener esa consulta registral evitando trámites presenciales.

En ese orden, se nota que la consulta al Registro bien puede hacerla el Juzgado (DEO) o vía Intranet⁸⁸, al presentarse el pedido y, de ese modo, no complicar la gestión del peticionario .

Porque el pedido de informe tiene varios objetivos, pero, fundamentalmente, su finalidad es establecer si hay previos pedidos que determinen otra radicación distinta del Juzgado al que se asignó el expediente.

Y ese dato bien puede ser requerido por el Juzgado y, según sea la respuesta, seguirá el trámite o se ofrecerá jurisdicción al juez que previno.

Sencillo y rápido y se satisface el objetivo del registro.

En un futuro sería de desear que la información del Registro estuviera vinculada al sorteo efectuado en la Cámara que asigna el expediente, de modo que no sea posible eludir la radicación del Juzgado previniente.

Pero en lo inmediato bastará la consulta del Juez.

⁸⁸ Es el objetivo de la CSJN, Acordada 15/2020.

B.2. Los requisitos de la LC11:

Bien podríamos dividir los requisitos del artículo 11 en los que básicamente reclaman declaraciones (incisos 2, 6 , 7 y 8) y distinguirlos de los que exigen una acreditación o entrega de documentación (incisos 1, 3, 4, 5 y 6).

Sobre los declarativos nada agregaré, pues no parecen presentar un problema.

La naturaleza mixta del inciso 6⁸⁹, merece una aclaración: Sólo diré que, sin perjuicio de lo que luego propondré, lógicamente, la entrega de los libros deberá posponerse hasta que cesen las medidas de restricción a la libre circulación, permitiendo el traslado y consiguiente depósito de dicha documentación en el Juzgado.

Respecto de los incisos 1 y 4, provisoriamente y en la medida que el presentante no pudiera cumplir, bastaría una oficiosa consulta del Juzgado a la Inspección General de Justicia⁹⁰.

En cuanto a los detalles y enumeraciones requeridos en los incisos 3, 5 y 8, el cumplimiento dependerá tanto del porte y grado de endeudamiento como de la memoria del peticionario. Pero, sin dudas, los más relevantes bienes serán detallados y los más importantes acreedores recordados, difiriendo el mayor detalle hasta alcanzar una “nueva normalidad” que permita confirmar, ampliar y/o corregir lo informado y abundar en detalles puntuales⁹¹.

Una aclaración: salvo que los libros permanezcan al alcance del Contador Público de la sociedad (lo cual podría suceder y facilitar el cumplimiento), los dictámenes requeridos por los incisos 3, 5 y 8, deberán ser postergados.

B.3. La apertura (artículo 14):

⁸⁹ Mixta porque exige enumerar los libros (declaración) y ponerlos a disposición del Juzgado (entrega).

⁹⁰ Es el objetivo de la CSJN, Acordada 15/2020.

⁹¹ Sin embargo, algunos de esos datos podrían ser informados por la AFIP.

DECONOMI

a. La audiencia de sorteo del Síndico:

El primer problema de la apertura es el sorteo de Síndico (inc. 2).

Porque se complica efectuar ese acto sin acceso a las oficinas donde se encuentran las listas de Síndicos titulares y suplentes sorteables.

La idea para superar el escollo sería efectuar una consulta a la Cámara Comercial sobre quiénes componen el elenco de dicha lista y también al Consejo Profesional de Ciencias Económicas que, dadas las veedurías y control de designaciones que efectúa, bien podrá informar los candidatos que aún quedan disponibles sin sortear⁹².

Apoiados en dicha información no habría problemas en desinsacular un Síndico⁹³.

La aceptación del cargo podrá efectuarse por escrito digitalizado y con firma electrónica⁹⁴

b. Las Insinuaciones:

El segundo problema que se presenta es la entrega y recepción física de las insinuaciones.

En esto la complicación es doble: porque ante la cuarentena y aún levantada ésa, pero con las perdurables dificultades de traslados y de visitas, el problema es tanto para los insinuantes que deben presentar sus demandas, como para el Síndico que las debe recibir.

⁹² Como la Cámara sólo podrá proveer el listado sin identificar a los contadores que no deben integrar la lista porque ya fueron antes designados en precedentes sorteos, será necesaria la Consulta complementaria al Consejo que, tal vez, podría proveer el dato actualizado.

Pero si faltaran esos datos, creo que igualmente debiera procederse al sorteo y designar provisoria y condicionalmente al Síndico a confirmar una vez se pueda consultar el listado de designaciones precedentes. Quedará confirmada su designación si formaba parte del elenco desinsaculable; y si ya había sido designado antes y no lo podía ser nuevamente, caerá su provisoria designación, procediéndose al nuevo sorteo con base en el listado confirmado.

⁹³ De todos modos, será conveniente respetar los días y horas originariamente asignados para esos sorteos y también sería prudente comunicar al Consejo cuándo se efectuará el acto, indicándoles que será público a través de alguna plataforma (Zoom, Meet, Webinar, etc), proveyendo los datos para el ingreso y la comunicación.

⁹⁴ Solución adoptada en "Marcos Javier Fraga Representaciones s/Quiebra", 19.5.20, Juzg.27 Sec.53.

DECONOMI

Y en esto la propuesta es sencilla: la sede de recepción de tales insinuaciones será el sistema Lex100. O sea que las insinuaciones se presentarán vía remota con firmas electrónicas y dirigidas a los autos concursales⁹⁵. Quedará a criterio de cada Juez el mantenerlas en el principal o, alternativamente, formar un Incidente; pero de todo lo ingresado se deberá dar inmediata noticia al Síndico⁹⁶

Obvio que, como en cualquier demanda digitalizada, la documentación, en principio, sólo será visible en sistema; por lo que deberá advertirse que la presentación supone la declaración jurada de la existencia del original digitalizado y, a la vez, de que esa copia es idéntica a aquél.

Y si para pronunciarse la sindicatura necesitara consultar los originales, no habrá más remedio que dar un turno para que tales sean depositados en el Juzgado para que luego, a su turno⁹⁷, el Síndico los analice.

Cabe aclarar que la insinuación deberá ser digitalizada con constancia de la transferencia del monto del arancel previsto por la LC 32, a la cuenta que previamente hubiera señalado la sindicatura.

Del mismo modo podrían manejarse las observaciones (LC 34).

c. Los Libros (LC 14, inciso 5):

El detalle de los libros no debiera representar un problema; más si lo será presentarlos “en el lugar que el Juez fije...”, porque se complica su búsqueda y posterior traslado.

Aquí hay dos posibilidades:

1. El Juez, con criterio amplio pero pocas alternativas, evita traslados innecesarios y dispone que el Secretario se constituya en el lugar en que los libros se encuentren y proceda a intervenirlos; y

⁹⁵ Por lo que dichas insinuaciones deberían llevar firma de Letrado.

⁹⁶ Habrá que estar atentos al sistema por implementar en el concurso preventivo de Vicentin SA en jurisdicción de Santa fe, pues sería la primera experiencia de insinuaciones remotas.

⁹⁷ Porque luego de concluida la feria es probable que la atención al público que ineludiblemente necesite concurrir al Juzgado, no sea espontanea sino programada con turnos.

DECONOMI

2. El Juez, que desea preservar la salud de todos y no arriesgar a nadie, ordena al Presidente de la sociedad o a quien fuera custodio de los libros, que aplique un texto prearmado y aprobado (nota datada), procediendo conforme manda el inciso 5. Esa encomienda y delegación incluye el envío de fotos o archivos “PDF”, que registren el cumplimiento de la manda judicial y el estado en que quedan los libros, así como el informe (declaración jurada), identificando con exactitud los últimos asientos que precedan al cierre.

Ninguna de las propuestas es perfecta, pero opto por la segunda, en tanto preserva la integridad de las personas.

d. El depósito:

La propuesta es muy sencilla de implementar.

El Juez abrirá una cuenta en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires para que el peticionario, vía transferencia, pueda atender los gastos de correspondencia (LC 14,, inciso 8 y LC 29).

Luego el Juzgado transferirá lo necesario a la cuenta del Síndico.

3. Corolario:

Este apretado catálogo de soluciones no tiene la pretensión de ser mágico y solventar todo problema derivado de la ola pandémica.

Porque el impacto de la epidemia que sobrevino es de tal magnitud que ha puesto en jaque no ya a la ley concursal, sino a todo un estilo de vida.

Es por eso que, sencillamente, las propuestas aquí efectuadas sólo procuran brindar una provisional pero inmediata salida con las herramientas disponibles para evitar la parálisis del sistema, mientras se adecúa nuestra tecnología y se exploran las más definitivas soluciones de fondo.

Soluciones que debieran ser consensuadas con todos los protagonistas de entuerto concursal para alcanzar un grado de mayor eficiencia en la prognosis de las crisis.

DECONOMI

Pero ahora debemos actuar inmediatamente y brindar soluciones prácticas.

Ello en la inteligencia de que el Juez, por sobre el cumplimiento y satisfacción de las formas, debe asegurar la vigencia del derecho sustancial.

Y, en el caso, la exigencia de los requisitos no debe agravarse al grado de impedir el concursamiento, sino que, por el contrario, el magistrado debe asegurar que los deudores accedan a la protección legal provista por la ley 24.522.

Es por eso que es mi convicción que el Juez, sin descuidar la reunión de datos esenciales para el proceso, en momentos de conmoción comunitaria como el actual, debe procurar facilitar el cumplimiento de los recaudos para asegurar el libre ejercicio de los derechos.

Por fin, recuérdese que la exigencia de los requisitos fue instituida a los efectos de acreditar la cesación de pagos y, en esta crítica época, sería irrelevante requerirlos, pues, como ya señalé, "*Todos somos insolventes....*".

Esto es, si con los requisitos se busca comprobar la existencia de la cesación de pagos, hoy ése es un estado tan extendido que habría que presumirlo.

En resumen: es cierto que algunos de los datos o documentos requeridos son necesarios para juzgar otros aspectos (ineficacias, responsabilidades, etc.), más también lo es que bien podrían verificarse más adelante sin necesidad de diferir la apertura del concurso.

Aprovechemos la oportunidad que nos depara esta tragedia para emplear útilmente la experiencia adquirida en esta Pandemia, debatir mirando el futuro y alcanzar las más fértiles conclusiones que permitan modificar nuestra legislación concursal y así estar mejor preparados para enfrentar otros indeseables acontecimientos globales que impacten en nuestro país.

Pero por encima de todo: mientras se estudian reformas y adaptaciones tecnológicas, no le compliquemos la existencia a quien busca la protección concursal, pues en este tiempo de desesperanza será preferible dejar

DECONOMI

que se consagre el temido abuso concursal, antes que, con una mera excusa formal, denegar amparo a quien realmente lo necesita.

“La legislación concursal española de emergencia derivada del Covid 19”⁹⁸

por Ana Belén Campuzano⁹⁹

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN GENERAL. II. LAS MEDIDAS CONCURSALES DE EMERGENCIA. 1. La solicitud de concurso de acreedores y la comunicación de inicio de negociaciones. 1.1. El deber del deudor de solicitar el concurso voluntario. 1.2. Las solicitudes de concurso necesario. 1.3. La comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores. 2. Las financiaciones y pagos por terceros. 3. La modificación del convenio concursal. 4. La falta de cumplimiento y el incumplimiento del convenio concursal. 5. La aprobación del plan de liquidación. 6. La enajenación de la masa activa. 7. La impugnación del inventario y de la lista de acreedores. 8. La tramitación preferente. 9. Los acuerdos extrajudiciales de pago. 10. Los acuerdos de refinanciación

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

Como consecuencia de la paralización de la economía provocada por las medidas adoptadas para contener la pandemia sanitaria, en el Derecho español se han adoptado en diferentes ámbitos normas temporales y excepcionales dirigidas a paliar los efectos derivados de esta situación. Entre esas medidas excepcionales y temporales publicadas como consecuencia del COVID-19, en el ámbito concursal se sitúa, fundamentalmente, el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia.

Es importante incidir en que el referido Real Decreto-Ley 16/2020 recoge normas concursales extraordinarias y temporales, sin modificar la que podríamos denominar legislación concursal ordinaria. Se trata de disposiciones referidas a ámbitos específicos y orientadas a aplicarse durante un determinado

⁹⁸ El presente trabajo se ha elaborado en el seno del Proyecto de Investigación “Estructuras societarias y financiación empresarial. Internacionalización y políticas de empresa”. RTI2018-099471-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER, UE).

⁹⁹ Catedrática de Derecho Mercantil - Universidad San Pablo CEU

DECONOMI

período de tiempo. Ciertamente, la vigencia de cada disposición es distinta, porque es diferente tanto el momento en el que empieza a aplicarse cada medida como el período temporal durante el que se aplica. Pero, todas tienen prevista su inicio y finalización. Y, además, se refieren sólo, de forma extraordinaria, a algunos ámbitos o materias, bien relacionadas con el inicio de nuevos procedimientos concursales o nuevas solicitudes de concurso de acreedores o bien previstas para deudores que ya se encuentran en una alternativa preconcursal o en un concurso de acreedores.

En cualquier caso, estas normas temporales y extraordinarias han de convivir -han de coordinarse- con el resto de las previsiones de la legislación concursal ordinaria. Teniendo en cuenta que dicha legislación concursal ordinaria se contiene en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, a partir del 1 de septiembre de 2020, en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. El objetivo fundamental de este texto refundido es aportar seguridad jurídica, ordenando y aclarando la legislación concursal española, que tan afectada había quedado por las sucesivas y fragmentarias reformas legislativas a las que se había visto sometida, en este caso, por los efectos de la prolongada crisis económica. Aunque el texto refundido no supone la reforma de la Ley Concursal -la refundición, por muy amplios que sean los términos de la encomienda, no puede suponer modificación del Derecho en vigor- la autorización para refundir incluyó expresamente la facultad de “regularizar”, “aclarar” y “armonizar” los textos legales objeto de refundición. En esa medida, no se ha tratado, sin más, de confeccionar un texto consolidado, sino de algo mucho más ambicioso: regularizar, aclarar y armonizar las normas contenidas en la muy compleja y desordenada Ley Concursal española. Por ello, como se resalta en la exposición de motivos del texto refundido, *la tarea exigía (...) actuar «con buen sentido» pues la refundición no puede ser una tarea meramente mecánica, sino que requiere, a veces, ajustes importantes para mantener la unidad de las concepciones; para convertir en norma expresa principios implícitos; para completar las soluciones legales colmando lagunas cuando sea imprescindible; y, en fin, para rectificar las incongruencias, sean originarias, sean consecuencia de las sucesivas reformas, que se aprecien en las normas legales contenidas*

DECONOMI

dentro de la misma Ley. Por estas razones, la labor técnica que supone la elaboración de un texto refundido, cuando la delegación es tan amplia, implica no solo interpretación, sino también integración —es decir, un «contenido innovador», sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa—, pudiendo incluso llegar a la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición¹⁰⁰.

Estas medidas extraordinarias y temporales deben, también, ubicarse en el contexto del resto de normas de esta naturaleza que se han dictado respecto a la administración de justicia, habida cuenta el impacto que tienen en el concurso de acreedores (que no deja de ser un proceso) y, aunque con otros matices, en los procedimientos concursales. En este marco, el propio Real Decreto-Ley 16/2020, además de medidas concursales y societarias, incluye medidas procesales urgentes y organizativas y tecnológicas¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cuestión distinta es la de si, con independencia de la refundición, debe afrontarse una reforma sustancial de este sector del ordenamiento jurídico. La propia Exposición de Motivos del texto refundido destaca que *la imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma, reviste extraordinaria dificultad.*

¹⁰¹ Entre las primeras destaca la habilitación de días a efectos procesales (art. 1), el cómputo de plazos procesales y la ampliación del plazo para recurrir (art. 2), la tramitación de la impugnación de expedientes de regulación temporal de empleo a que se refiere el artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo (art. 6) y la tramitación preferente de determinados procedimientos (art. 7). De las referidas, el cómputo de plazos procesales y la ampliación del plazo para recurrir posee singular importancia. A estos efectos, señala la parte expositiva del Real Decreto-Ley, que *los plazos y términos previstos en las leyes procesales quedaron afectados como consecuencia de la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 con la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, salvo los supuestos excepcionados en la disposición adicional segunda del mismo Real Decreto. En aras de la seguridad jurídica resulta necesario establecer unas reglas generales para el cómputo de los plazos, optándose en el artículo 3 -en el articulado del Real Decreto-Ley, es el artículo 2- por el reinicio del cómputo de los plazos y por no tomar en consideración, por tanto, el plazo que hubiera transcurrido previamente a la declaración del estado de alarma. Y se añade, que, aunque los plazos procesales han sido suspendidos en los términos que se ha descrito anteriormente, los jueces y magistrados han venido dictando sentencias y otras resoluciones y se ha continuado con su notificación en la medida en que ha sido posible en función de la reducción de actividad del personal al servicio de la Administración de Justicia. Es previsible, en consecuencia, que en los primeros días en que se retome la actividad judicial ordinaria tras el*

II. LAS MEDIDAS CONCURSALES DE EMERGENCIA

Las medidas concursales de emergencia se recogen, principalmente, en el citado Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril. En este sentido, la norma más relevante a efectos concursales del previo Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 -el artículo 43- ha sido derogada por este Real Decreto Ley 16/2020¹⁰².

levantamiento de la suspensión de los plazos procesales, se produzca un notorio incremento en el número de recursos presentados frente a dichas resoluciones. Debe garantizarse que la vuelta a la normalidad, una vez se reactiven los plazos y el servicio de notificaciones, no suponga un colapso de las plataformas para presentación de escritos y demandas, y que los juzgados y tribunales puedan dar respuesta a todos ellos, así como que los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia tengan el tiempo necesario para preparar los escritos procesales en aras a proteger el derecho de defensa de sus clientes y representados. Para ello, se acuerda la ampliación de los plazos para la presentación de recursos contra sentencias y otras resoluciones que ponen fin al procedimiento y sean notificadas durante la suspensión de plazos establecida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como las que sean notificadas dentro de los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de los plazos procesales suspendidos, permitiendo de esta manera que estos puedan presentarse de forma escalonada en un plazo más prolongado de tiempo, y no concentrados en escasos días después del citado levantamiento.

Junto a las indicadas medidas procesales urgentes, el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, también incorpora medidas organizativas y tecnológicas, tales como la celebración de actos procesales mediante presencia telemática (art. 19), el acceso a las salas de vistas (art. 20) o la atención al público (art. 23). Resalta la parte expositiva del Real Decreto-Ley en este ámbito, que *se establece la celebración de actos procesales preferentemente mediante la presencia telemática de los intervinientes para garantizar la protección de la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio. No obstante, en el orden jurisdiccional penal, la celebración de juicios preferentemente mediante presencia telemática se exceptúa en los supuestos de procedimientos por delitos graves, en los que la presencia física del acusado resulta necesaria. Igualmente, para atender a los mismos fines, se limita el acceso del público a todas las actuaciones orales atendiendo a las características de las salas de vistas. Se posibilita, así, el mantenimiento de las distancias de seguridad y se evitan las aglomeraciones y el trasiego de personas en las sedes judiciales cuando ello no resulte imprescindible. Con la misma finalidad se establece un sistema de atención al público por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, de tal forma que se limita la atención presencial a los supuestos estrictamente necesarios y únicamente mediante cita previa.*

¹⁰² Sin perjuicio de que las normas relativas a los expedientes de regulación temporal de empleo derivados del COVID-19 se contienen en el referido Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, expedientes a los que podrán acogerse empresas concursadas con especialidades (en los términos previstos en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19). Y, teniendo en cuenta, que el compromiso de mantenimiento del empleo que se anuda a estos expedientes queda afectado cuando estén en riesgo de concurso de acreedores. El Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo modifica la disposición adicional sexta referida a la salvaguarda del empleo del Real Decreto-Ley 8/2020, de

DECONOMI

Las medidas concursales (y societarias) recogidas en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, se caracterizan, como se ha indicado, por su carácter temporal, naturaleza extraordinaria y formulación objetiva (desvinculadas de causalidad y, por tanto, planteadas en un contexto temporal extraordinario objetivo). Se persigue con ellas, conforme a la parte expositiva del Real Decreto-Ley: *mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado; potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez; evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia; y atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias que tendría la aplicación en la actual situación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital y sobre declaración de concurso, de modo tal que se permita a las empresas ganar tiempo para poder reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar pérdidas, ya sea por la recuperación de su actividad ordinaria o por el acceso al crédito o a las ayudas públicas.*

17 de marzo. Dicha disposición establece que las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor previstas en el artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020 estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad -en los términos previstos en la propia disposición- aunque no resultará de aplicación este compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El precepto de la legislación concursal al que reenvía dispone que, *salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente.* En este contexto, el riesgo de concurso de acreedores al que se vincula la no aplicación del compromiso de mantenimiento del empleo se conecta con los llamados hechos externos reveladores de la insolvencia. Se trata de hechos externos de particular gravedad: sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones; embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio; alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de los bienes; e incumplimiento generalizado en los últimos tres meses de las obligaciones de pago tributarias, de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta o de los salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo.

1. LA SOLICITUD DE CONCURSO DE ACREEDORES Y LA COMUNICACIÓN DE INICIO DE NEGOCIACIONES

La modificación temporal de los plazos y reglas establecidos en la Ley Concursal para la solicitud de concurso y para la comunicación de inicio de negociaciones, fue una de las primeras cuestiones abordadas en la legislación concursal de emergencia. El Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, incorporó a estos efectos el artículo 43 que, bajo el título de plazo del deber de solicitud de concurso, establecía: *1. Mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso. Hasta que transcurran dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado o que se presenten durante esos dos meses. Si se hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá éste a trámite, con preferencia, aunque fuera de fecha posterior. 2. Tampoco tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que hubiera comunicado al juzgado competente para la declaración de concurso la iniciación de negociación con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, aunque hubiera vencido el plazo a que se refiere el apartado quinto del artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.*

Dicho artículo 43 ha quedado derogado por el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril. La derogación del referido precepto no supone, no obstante, el retorno a las reglas ordinarias de la legislación concursal en materia de solicitud de concurso y comunicación de inicio de negociaciones. Es ahora el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, el que regula de forma extraordinaria y temporal esta cuestión. Bajo el título de régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores, el artículo 11 del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, diferencia el régimen extraordinario aplicable al deber del deudor de solicitar el concurso voluntario, del establecido para la tramitación de solicitudes de concurso necesario y del fijado para la comunicación de inicio de negociaciones atendiendo a la fecha en que ésta se produzca.

1.1. El deber del deudor de solicitar el concurso voluntario

En la legislación concursal española el deudor no sólo tiene derecho a solicitar su declaración de concurso, sino que tiene también el deber de hacerlo dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia actual, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que el deudor conoce su estado de insolvencia cuando ha acaecido cualquiera de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario. El incumplimiento del deber del deudor insolvente de instar el concurso se sanciona en la sección de calificación concursal con la presunción de concurso culpable, salvo prueba en contrario. Con carácter general, este deber de instar el concurso puede ser aplazado si el deudor insolvente, en cualquier momento dentro del plazo de dos meses a contar desde que tuvo conocimiento del estado de insolvencia, pone en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en la ley. Asimismo, dicha comunicación podrá proceder del Registrador mercantil, del Notario o de la Cámara Oficial de Comercio que hubieran designado al mediador concursal, en el caso de que se solicite un acuerdo extrajudicial de pagos. Una vez formulada dicha comunicación, no es exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario, y el deudor dispone de un plazo para lograr el acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias, sin que se admitan solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados. Transcurrido ese plazo y haya o no alcanzado el acuerdo de refinanciación, el acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitarse la declaración de concurso, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia. Las solicitudes presentadas por cualquier otro legitimado solo se proveerán cuando haya vencido este plazo y el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso.

Pues bien, este deber queda ahora aplazado hasta el 31 de diciembre de 2020 (art. 11.1 RDL 16/2020): *hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la*

DECONOMI

declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente para la declaración de este la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. La redacción de la medida sugiere que debe ser aplicada tanto al supuesto del deudor insolvente que aún no ha actuado en vía preconcursal o concursal, como al deudor insolvente que hubiera comunicado el inicio de negociaciones, pero, se encontrara aún en el período para que las mismas pudieran tener éxito.

En el primer caso, el deudor insolvente que aún no ha actuado en vía preconcursal o concursal, dispone de un aplazamiento de su deber de solicitar el concurso hasta el 31 de diciembre de 2020. Este aplazamiento conlleva que hasta esa fecha no se considerará que se ha producido el incumplimiento del deber del deudor insolvente de solicitar el concurso y, en consecuencia, al no haber incumplimiento no se aplicará la presunción de concurso culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. Ello no impide, no obstante, que el deudor decida antes de esa fecha solicitar su concurso voluntario o comunicar el inicio de negociaciones para alcanzar una alternativa preconcursal o un convenio anticipado. De hecho, como más adelante se señalará, se prevé que si el deudor solicita su concurso antes del 31 de diciembre de 2020 su solicitud se admitirá a trámite con preferencia (art. 11.2 RDL 16/2020) y si comunica la apertura de negociaciones antes del 30 de septiembre de 2020 se estará al régimen general establecido por la Ley (art. 11.3 RDL16/2020).

El segundo caso sería el del deudor insolvente que hubiera comunicado el inicio de negociaciones, pero, se encontrara aún en el período para que las mismas pudieran tener éxito. La legislación concursal en situación ordinaria establece que el deudor que, dentro de los tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores (dos meses si fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario), no hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones suficientes a la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente si se

DECONOMI

encontrara en estado de insolvencia actual, a menos que ya la hubiera solicitado el mediador concursal. Con la medida ahora incorporada en la legislación de emergencia, si el deudor hubiera comunicado este inicio de negociaciones y encontrándose en este período de negociaciones se declara el estado de alarma, podría entenderse que, finalizado éste, empezarán de nuevo a computarse esos meses y deberá de solicitarse la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia. Aunque resultaría más sugerente interpretar que pudiera disponer también hasta el 31 de diciembre de 2020 para solicitar la declaración de concurso -salvo que a esa fecha no se encontrara en estado de insolvencia- resulta más compleja esta interpretación por los efectos que lleva aparejada la comunicación de negociaciones. Y, en todo caso, como ya se ha señalado, si el deudor comunica ese inicio de negociaciones antes del 30 de septiembre de 2020 se estará al régimen general establecido por la ley, esto es, al régimen concursal ordinario.

Sin perjuicio del régimen establecido para el deber de solicitar la declaración de concurso, el Real Decreto-Ley 16/2020 incorpora, además, una medida específica respecto a la suspensión de la causa de disolución por pérdidas en las sociedades de capital (art. 18 RDL 16/2020): *1. A los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1 e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020. Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente. Las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente y siempre y cuando las pérdidas no sean tan significativas que proceda la declaración del concurso (art. 363.1.e) LSC), tienen especial relevancia, por su conexión con la*

DECONOMI

función del capital social en las sociedades de capital. En este sentido, la regulación legal del capital social en la normativa societaria persigue una estricta vinculación jurídica de los fondos propios aportados a la empresa social, en tutela de los acreedores y del tráfico jurídico, dada la limitación de la responsabilidad de los socios. Sin lugar a duda, la cuestión más controvertida es la de determinar el momento en el que ha de estimarse la existencia de pérdidas, es decir, si las pérdidas lo son desde que se producen o, una vez finalizado el ejercicio social, cuando se constatan en la documentación contable. En cuanto la medida ahora incorporada, aunque sea en la referencia al ejercicio 2021, se refiere al resultado del ejercicio, parece decantar su interpretación al momento en que las pérdidas se incluyan en la documentación contable que se formule. Pues bien, en la determinación de la causa legal de disolución por pérdidas, de acuerdo con el Real Decreto-Ley 16/2020, no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020. Mientras que si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores, o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio, la celebración de junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.

En todo caso, mientras permanezca suspendida la causa de disolución por pérdidas para las sociedades de capital, no debe considerarse exigible, por esta causa, la responsabilidad solidaria de los administradores por obligaciones sociales. Al objeto de hacer efectiva en las sociedades de capital la concurrencia de una causa legal de disolución, la Ley de Sociedades de Capital diseña un sistema compuesto de dos elementos: la imposición de unos deberes legales específicos de los administradores en orden a la promoción oportuna de la disolución y la consiguiente responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso de incumplimiento de esos deberes legales (art. 367 LSC). Así, la concurrencia de una causa legal de disolución desencadena un procedimiento imperativo cuya omisión acarrea consecuencias muy severas para los administradores. La idea central que subyace en este procedimiento es que la sociedad, una vez acaecida la causa de disolución, ha de decidir sobre su continuidad. La sociedad no puede continuar ejerciendo su actividad en las

DECONOMI

condiciones concurrentes, pues así lo ha prescrito el legislador (causas obligatorias) o lo acordaron los socios (causas estatutarias). Los motivos disolutorios inciden sobre la vida social de una manera intolerable. Por esta razón, se inicia el procedimiento de disolución cuya pieza principal es la convocatoria de una junta general donde los socios deben decidir sobre el futuro de la entidad. El órgano soberano sólo puede acordar la disolución o remover la causa de disolución. En caso de no adoptarse los acuerdos debidos, los administradores están obligados y cualquier interesado facultado para solicitar la disolución judicial de la sociedad. Pues bien, el legislador ha previsto un riguroso régimen de responsabilidad para garantizar que los administradores cumplirán con su obligación de convocar la junta general o, en su caso, solicitar la disolución judicial o el concurso. En caso de incumplimiento de este deber, se les hace solidariamente responsables de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Aunque esta responsabilidad de los administradores se vincule a cualquier causa de disolución, su importancia se manifiesta singularmente en los supuestos de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que se establezca, a través de una operación de reducción o de ampliación del capital social, el equilibrio patrimonial, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Ahora bien, si no concurre la causa legal de disolución por pérdidas -durante el período que señala el artículo 18 del Real Decreto-Ley 16/2020- debe considerarse que los administradores no incumplen sus obligaciones y, en definitiva, no han de responder solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. A este respecto, cabe señalar, que el artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020 establece que *en caso de que, antes de la declaración del estado de alarma y durante la vigencia de ese estado, concorra causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad, el plazo legal para la convocatoria por el órgano de administración de la junta general de socios a fin de que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad o los acuerdos que tengan por objeto enervar la causa, se suspende hasta que finalice dicho estado de alarma* (art. 40.11) y que *si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas en ese periodo* (art. 40.12).

1.2. Las solicitudes de concurso necesario

Por lo que respecta a la solicitud de concurso necesario, es decir, presentada por el acreedor (y demás legitimados), el acreedor que insta la declaración de concurso debe expresar en la solicitud el título o hecho -tasado- en el que de acuerdo con la legislación concursal funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo. Los demás legitimados debe expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla. En este caso, se trata de un derecho, no de un deber.

Conforme al Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, hasta el 31 de diciembre de 2020, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma. Y, si antes del 31 de diciembre de 2020 el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario (art. 11.2 RDL 16/2020). Con ello se alteran de forma temporal las reglas generales de provisión de las solicitudes de concurso.

La norma se completa con la previsión recogida en el primer apartado de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 16/2020, que dispone que si durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 30 de abril de 2020) se hubiera presentado alguna solicitud de concurso necesario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 11, es decir, las previsiones establecidas en dicho precepto para la no admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario y la regla de prioridad de las solicitudes de concurso voluntario.

1.3. La comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores

Como ya se ha señalado, el deber del deudor que se encuentre en insolvencia actual de solicitar el concurso voluntario queda aplazado -sin que se considere incumplimiento a los efectos de su consideración como presunción

DECONOMI

iuris tantum de concurso culpable- hasta el 31 de diciembre de 2020, haya o no comunicado al juzgado competente para la declaración de este la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

Ahora bien, ello no impide -a diferencia de los supuestos de solicitudes de concurso necesario- que no resulte posible que el deudor solicite el concurso. De hecho, el apartado segundo del artículo 11 del Real Decreto Ley 16/2020 parte de que, si antes del 31 de diciembre de 2020, el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario. De igual manera, tampoco se impide que el deudor ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. En este último caso, se prevé que, si antes del 30 de septiembre de 2020 el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la Ley (art. 11.3 RDL16/2020). La indicación de que en este supuesto se estará al régimen general establecido por la Ley, debe ser entendido en el sentido de que se aplicarán los efectos previstos en la legislación concursal para la comunicación de negociaciones. En este sentido, la regulación de la comunicación de negociaciones permite distinguir dos tipos de efectos que se generan desde la comunicación: de un lado, el aplazamiento del deber de solicitar la declaración de concurso voluntario y la inadmisión de solicitudes de concurso necesario; de otro, la posibilidad de paralización de ejecuciones. De forma adicional, debe señalarse que la Ley de Sociedades de Capital prevé que cuando, al amparo de la legislación concursal, una sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un

acuerdo extrajudicial de pagos, no resultarán aplicables las previsiones establecidas respecto al derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos (art. 348 bis LSC). En relación a este último efecto, debe tenerse en cuenta que el apartado octavo del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, establece que aunque concurra causa legal o estatutaria, en las sociedades de capital los socios no podrán ejercitar el derecho de separación hasta que finalice el estado de alarma y las prórrogas del mismo que, en su caso, se acuerden (el art. 40 del RDL 8/2020 ha sido modificado por el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, aunque el indicado apartado octavo no ha sido afectado por dicha modificación).

2. LAS FINANCIACIONES Y PAGOS POR TERCEROS

Con el objetivo de favorecer el tratamiento en un futuro concurso de acreedores de las financiaciones y pagos que puedan obtenerse de personas que en el concurso serían consideradas especialmente relacionadas con el concursado, el Real Decreto Ley 16/2020 incorpora la consideración de estos créditos en el concurso como ordinarios. En el régimen general de la Ley Concursal los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado -determinación de las personas especialmente relacionadas con el concursado que lleva a cabo la Ley Concursal atendiendo a si el concursado es persona natural o persona jurídica- se califican como subordinados, perdiendo, en su caso, la garantía real de la que pudieran disfrutar.

Pues bien, en las condiciones temporales y sustantivas establecidas ahora en el artículo 12 del Real Decreto Ley 16/2020 esos créditos que serían subordinados pasan a considerarse ordinarios. Aunque, indudablemente, la consideración como créditos ordinarios es más favorable que la de créditos subordinados, la escasa satisfacción de los acreedores ordinarios en la mayor parte de los concursos de acreedores puede restar eficacia a esta medida (salvo el relevante dato de que la calificación como subordinados supone la pérdida de la garantía real de la que pudieran disfrutar).

En todo caso, son dos los supuestos previstos en el Real Decreto Ley 16/2020, bajo la rúbrica de financiaciones y pagos por personas especialmente

DECONOMI

relacionadas con el deudor, respecto a concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma:

- En los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos ordinarios, los derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza, que desde la declaración del estado de alarma le hubieran sido concedidos al deudor por quienes, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él.
- En los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos ordinarios, aquellos en que se hubieran subrogado quienes según la ley tengan la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor como consecuencia de los pagos de los créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta de este, a partir de la declaración de ese estado.

3. LA MODIFICACIÓN DEL CONVENIO CONCURSAL

El convenio concursal es un acuerdo de voluntades en el que la voluntad de una de las partes —los acreedores ordinarios— se determina en función de un sistema de mayorías relativas y en el que los efectos del convenio se extienden a acreedores —los subordinados— que no pueden participar en la formación de esa voluntad. La aprobación judicial tiene la virtualidad de que ese acuerdo adoptado por una parte de los acreedores ordinarios extienda los efectos a todos los demás acreedores pertenecientes a esta clase, a todos los acreedores subordinados y a los acreedores anteriores a la declaración judicial de concurso que, por una u otra causa, no hubieran sido reconocidos. Los acreedores privilegiados sólo quedan vinculados al convenio aprobado por el juez si se hubieran adherido a la propuesta o votado a favor de la misma. Ahora bien, los acreedores privilegiados, tanto por privilegio general como especial, quedarán también vinculados al convenio cuando concurren determinadas mayorías de acreedores de la misma clase. El acuerdo de voluntades entre el concursado y esa masa de acreedores es condición necesaria, pero no es

DECONOMI

condición suficiente: para que el convenio produzca efectos se requiere en todo caso la aprobación judicial, que se configura como auténtica condición de eficacia del convenio.

En relación con el convenio concursal que se encuentre en período de cumplimiento, el Real Decreto Ley 16/2020 introduce la posibilidad de modificación de su contenido (art. 8 RDL 16/2020). En particular, incorpora dos medidas temporales: la presentación de la propuesta de modificación del convenio por parte del deudor concursado y la no admisión a trámite temporalmente de las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio y la consiguiente posibilidad también temporal de solicitar la modificación del convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

Así, de un lado, durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma, el concursado puede presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en periodo de cumplimiento. A la solicitud debe acompañar una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos. La propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario, si bien la tramitación será escrita, cualquiera que sea el número de acreedores. Las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario, cualquiera que sea el contenido de la modificación. En ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación.

Y, de otro lado, el juez dará traslado al concursado de cuantas solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio se presenten por los acreedores dentro de los seis meses a contar desde la declaración del estado de alarma, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a

contar desde que finalice ese plazo. Durante esos tres meses el concursado podrá presentar propuesta de modificación del convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

Las medidas relativas a la modificación del convenio concursal se completan con los apartados segundo y tercero de la disposición transitoria segunda:

- Si durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2020 (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 30 de abril de 2020), algún deudor hubiera presentado solicitud de apertura de la fase de liquidación ante la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio, el Juez no proveerá sobre la misma si el deudor presentara propuesta de modificación del convenio (art. 8 RDL 16/2020).
- Si en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2020 (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 30 de abril de 2020) algún acreedor hubiera presentado solicitud de apertura de la fase de liquidación o de declaración de incumplimiento de convenio, se aplicará lo dispuesto en relación con la modificación del convenio concursal (art. 8 RDL 16/2020) y el aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación (art. 9 RDL 16/2020).

4. LA FALTA DE CUMPLIMIENTO Y EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO CONCURSAL

Conforme a la legislación concursal ordinaria, existen diferentes modos de apertura de la fase de liquidación. La liquidación puede abrirse de forma voluntaria, a solicitud del deudor, en cualquier momento del procedimiento, incluso, con la propia solicitud de concurso. También la administración concursal podrá solicitar la apertura de la liquidación, aunque sólo en el caso de cese de la actividad profesional o empresarial del deudor. La liquidación debe abrirse, de forma necesaria, de oficio o a instancia de parte, siempre que el concurso no haya podido solucionarse por el cauce del convenio. Además, en el supuesto de concurso consecutivo de persona natural no empresario, derivado del fracaso de

DECONOMI

un acuerdo extrajudicial de pagos, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación.

El Real Decreto-Ley 16/2020 incorpora dos normas bajo la rúbrica de aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación (art. 9 RDL 16/2020).

En primer lugar, una medida que va expresamente dirigida a lograr ese referido aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la liquidación. Entre los diferentes modos de apertura de la fase de liquidación, la normativa concursal dispone que el concursado que hubiera convenido con sus acreedores tiene el deber de solicitar la liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación. El deber evoca manifiestamente al que tiene el propio deudor de instar su concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, si bien no se fija ahora plazo alguno para la solicitud. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación. Y, si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso. En este caso el juez resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación. Pues bien, el Real Decreto-Ley 16/2020 establece que durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor no tendrá el deber de solicitar la liquidación de la masa activa cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio concursal, siempre que el deudor presente una propuesta de modificación del convenio y esta se admita a trámite dentro de dicho plazo (la propuesta de modificación del convenio se tramitará conforme a lo establecido en el art. 8.1 RDL 16/2020). Y, durante el mismo plazo, el juez no dictará auto abriendo la fase de liquidación aunque el acreedor acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso. Esta última medida se completa con la previsión del apartado tercero de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 16/2020, al establecer que si en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2020 (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado,

es decir, el 30 de abril de 2020) algún acreedor hubiera presentado solicitud de apertura de la fase de liquidación o de declaración de incumplimiento de convenio, se aplicará lo dispuesto en relación con la modificación del convenio concursal (art. 8 RDL 16/2020) y el aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación (art. 9 RDL 16/2020).

En segundo lugar, la determinación de los créditos que han de considerarse contra la masa si, finalmente, el convenio aprobado o modificado resulta incumplido. Así, en caso de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que se hubieran concedido al concursado o derivados de garantías personales o reales constituidas a favor de este por cualquier persona, incluidas las que, según la Ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él, siempre que en el convenio o en la modificación constase la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación a conceder o de la garantía a constituir.

5. LA APROBACIÓN DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN

El Real Decreto-Ley 16/2020 incorpora dos medidas referidas a la aprobación del plan de liquidación concursal, dirigidas a agilizar su aprobación, según la situación de tramitación en que éste se encuentre (art. 16 RDL 16/2020).

De un lado, cuando a la finalización del estado de alarma hubieran transcurrido quince días desde que el plan de liquidación hubiera quedado de manifiesto en la oficina del juzgado, el Juez deberá dictar auto de inmediato, en el que, según estime conveniente para el interés del concurso, aprobará el plan de liquidación, introducirá en él las modificaciones que estime necesarias u oportunas o acordará la liquidación conforme a las reglas legales supletorias.

De otro lado, cuando a la finalización de la vigencia del estado de alarma el plan de liquidación presentado por la administración concursal aún no estuviera de manifiesto en la oficina del juzgado, el Letrado de la administración de justicia así lo acordará de inmediato y, una vez transcurrido el plazo legal para

formular observaciones o propuestas de modificación, lo pondrá en conocimiento del Juez del concurso para que proceda conforme a lo establecido en el caso anterior.

6. LA ENAJENACIÓN DE LA MASA ACTIVA

Bajo el término enajenación de la masa activa, el Real Decreto-Ley 16/2020 incluye medidas que se estiman dirigidas a agilizar algunos aspectos de la tramitación concursal (art. 15 RDL 16/2020). En esencia, referidas a la subasta -judicial o extrajudicial- y a la realización directa de los bienes y derechos.

En cuanto a la subasta, en los concursos de acreedores que se declaren dentro del año siguiente a la declaración del estado de alarma y en los que se encuentren en tramitación a dicha fecha, la subasta de bienes y derechos de la masa activa deberá ser extrajudicial, incluso aunque el plan de liquidación estableciera otra cosa. Se exceptúa de esta regla la enajenación, en cualquier estado del concurso, del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas, que podrá realizarse bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en la legislación concursal.

Por lo que se refiere a la realización directa, sin indicar ningún período de vigencia de la norma, se dispone que si el juez, en cualquier estado del concurso, hubiera autorizado la realización directa de los bienes y derechos afectos a privilegio especial o la dación en pago o para pago de dichos bienes, se estará a los términos de la autorización.

7. LA IMPUGNACIÓN DEL INVENTARIO Y DE LA LISTA DE ACREEDORES

Con el mismo objetivo de agilizar la tramitación concursal, el Real Decreto-Ley 16/2020 incluye medidas relativas a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, en gran parte referidas a la limitación de medios de prueba y al efecto de la falta de contestación a la demanda, salvo para acreedores de derecho público (art. 13 RDL 16/2020). Así:

- En los concursos de acreedores en los que la administración concursal aún no hubiera presentado el inventario provisional y la lista provisional

DECONOMI

de acreedores y en los que se declaren dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, en los incidentes que se incoen para resolver las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, los únicos medios de prueba admisibles serán las documentales y las periciales, sin que sea necesaria la celebración de vista salvo que el Juez del concurso resuelva otra cosa.

- La falta de contestación a la demanda por cualquiera de los demandados se considerará allanamiento, salvo que se trate acreedores de derecho público.
- Los medios de prueba de que intenten valerse las partes deberán acompañar necesariamente a la demanda incidental de impugnación y a las contestaciones que se presenten.

8. LA TRAMITACIÓN PREFERENTE

En el Capítulo segundo de medidas concursales y societarias del Real Decreto-Ley 16/2020 se recogen actuaciones de tramitación preferente. Las indicadas actuaciones son de tramitación preferente en el ámbito concursal (art. 14 RDL 16/2020), diferenciadas de la tramitación preferente de determinados procedimientos según el orden jurisdiccional, que se recogen en el Capítulo primero de medidas procesales urgentes (art. 7 RDL 16/2020).

En este sentido, se recogen diversas actuaciones de tramitación preferente en el ámbito concursal, hasta que transcurra un año a contar desde la declaración del estado de alarma, aunque la previsión se cierra con una declaración genérica de que también podrán ser de tramitación preferente, en general, cualesquiera otras que, a juicio del juez del concurso, puedan contribuir al mantenimiento y conservación de los bienes y derechos. En todo caso, las referidas expresamente como de tramitación preferente son: los incidentes concursales en materia laboral; las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo; las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento, así como los incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio; los incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa; la admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de

refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente; y la adopción de medidas cautelares.

9. LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO

Los acuerdos extrajudiciales de pagos constituyen una alternativa al concurso de acreedores y responden al objetivo de desjudicializar algunos supuestos de insolvencia, a través de la intervención, fundamentalmente, de un mediador concursal. Su incorporación a la legislación concursal española generó muchas expectativas en cuanto al acceso a esta solución desjudicializada de los supuestos de insolvencia de persona jurídica y de persona física que reunieran los presupuestos legales para solicitarlo. Y, sobre todo, este acuerdo generó expectativas porque el reconocimiento de la segunda oportunidad -el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho- para deudores personas físicas se vinculó a este acuerdo. Sobre el papel se pretendía que los acreedores estuvieran dispuestos a que se alcanzara un acuerdo extrajudicial de pagos, porque en otro caso correrían el riesgo de que el deudor llegara al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Pero, en la realidad este incentivo ha tenido escaso éxito. El acceso de las personas físicas a este procedimiento se ha producido mayoritariamente para dar respuesta al trámite de que el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos permite instar el concurso consecutivo y, cuando se concluye este concurso, se puede acceder a la solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, solicitud en la que se tiene en cuenta si se ha celebrado, o, al menos, se ha intentado celebrar, un acuerdo extrajudicial de pagos. Así, el acuerdo ha sido solicitado mayoritariamente para que una vez fracasado, y cerrado el posterior concurso consecutivo, se considere cumplido este intento en la solicitud de segunda oportunidad. Y en muy buena medida ha sido solicitado por personas físicas que cuando han accedido a este procedimiento, además, lo han hecho en una situación patrimonial extrema, lo que en la práctica ha supuesto que en muchos de estos casos ni siquiera haya sido posible lograr la aceptación del mediador concursal. Esta experiencia ha influido en algunas de las normas temporales y extraordinarias que se establecen para los acuerdos extrajudiciales de pago en el Real Decreto-Ley 16/2020.

En primer lugar, respecto a los acuerdos ya existentes que venían cumpliéndose y que no puedan continuar cumpliéndose como consecuencia de

DECONOMI

la crisis, se ha admitido su modificación con las mismas reglas establecidas para la modificación del convenio concursal. En efecto, el Real Decreto Ley 16/2020 cuando regula la modificación del convenio concursal en su artículo 8, añade un apartado tercero que dice que “las mismas reglas serán de aplicación a los acuerdos extrajudiciales de pago”. Al no incorporarse ninguna otra precisión es necesario sustituir en el resto de las previsiones del artículo 8 (los apartados 1 y 2) el término convenio por el de acuerdo extrajudicial de pagos y adaptar las reglas de procedimiento establecidas a las correspondientes a estos acuerdos.

En segundo lugar, si antes del 30 de septiembre de 2020 el deudor comunica la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos la norma se limita a decir que se estará al régimen general establecido por la ley (art. 11.3 RDL 16/2020).

En tercer lugar, la que se incluye como norma de agilización del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos que, en realidad, es de agilización para instar el concurso consecutivo tras el fracaso del acuerdo (art. 17 RDL 16/2020). Como se ha indicado, con anterioridad a la situación provocada por la emergencia sanitaria, se estaban planteando dificultades en supuestos -mayoritariamente de insolvencia de persona física no empresario- en los que el intento sin éxito del acuerdo extrajudicial de pagos consistía en no haber logrado la aceptación de un mediador concursal. En esta situación, se planteaba el interrogante de si no lograr la aceptación de un mediador concursal debía considerarse un intento sin éxito del acuerdo que permitiera instar el concurso consecutivo. La cuestión no está resuelta de forma definitiva en sede de aplicación de legislación concursal ordinaria, más allá del criterio que en su ámbito afirmó la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras consulta formulada por la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid, a la que dio respuesta el 14 de mayo de 2019, indicando, en síntesis, *que, si transcurre el plazo de dos meses a contar desde el primer intento de designación de mediador concursal, sin que se produzca la aceptación de ninguno de los mediadores designados por el procedimiento secuencial previsto, el Notario podrá cerrar el expediente, debiendo hacer constar en la diligencia de cierre que el mismo se produce por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos por falta de aceptación de los mediadores concursales sucesivamente designados*

DECONOMI

*durante el plazo de dos meses, facilitándose copia al deudor requirente a fin de que pueda instar, en su caso, el concurso consecutivo ante el juzgado competente. Pues bien, el Real Decreto Ley 16/2020 si ha previsto esta circunstancia, aunque bajo la rúbrica de agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 17 RDL 16/2020), al disponer que: *Durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al Juzgado.**

Por último, entre las previsiones de tramitación preferente de determinados procedimientos, recogidas en el capítulo primero de medidas procesales urgentes (art. 7 RDL 16/2020), se recogen en el orden civil los procedimientos concursales de deudores que sean personas naturales y que no tengan la condición de empresarios. Con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de mayo, se atribuyó la competencia a los juzgados de primera instancia de los concursos de persona natural no empresario, para -se decía expresamente- disminuir el número de asuntos a resolver por los Juzgados de lo Mercantil, saturados y en riesgo de colapso. En este contexto, el criterio legal de distribución de la competencia objetiva entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los concursos de los deudores personas naturales es subjetivo: es la condición de empresario del deudor, o su ausencia, la que determina la competencia objetiva para conocer del concurso de acreedores. En este contexto, el Real Decreto Ley 16/2020 establece que *durante el periodo que transcurra desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y hasta el 31 de diciembre de 2020, se tramitarán con preferencia una serie de expedientes y procedimientos, entre los que incluye, en el orden jurisdiccional civil, los procedimientos concursales de deudores que sean personas naturales y que no tengan la condición de empresarios (art. 7 RDL 16/2020).*

10. LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

DECONOMI

Dentro de las alternativas preconcursales recogidas en nuestra legislación se encuentran también los acuerdos de refinanciación. Los acuerdos de refinanciación (y de reestructuración) han de procurar, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

A los acuerdos de refinanciación se refiere también el Real Decreto Ley 16/2020, que se centra exclusivamente en la posibilidad de modificar un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente o de alcanzar otro nuevo, sin que para ello sea impedimento el plazo que la legislación concursal ordinaria establece para poder presentar una nueva solicitud de homologación, paralizando, además, temporalmente, la admisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación presentadas por los acreedores. Sobre esta base, se incluyen dos medidas (art. 10 RDL 16/2020):

- Durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor que tuviere homologado judicialmente un acuerdo de refinanciación podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación.
- Durante los seis meses siguientes a la declaración del estado de alarma, el juez dará traslado al deudor de cuantas solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación se presenten por los acreedores, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurra un mes a contar desde la finalización de dicho plazo de seis meses. Durante ese mes el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor homologado o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación. Si dentro

DECONOMI

de los tres meses siguientes a la comunicación al juzgado, el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo de modificación del que tuviera en vigor u otro nuevo, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores.

A las medidas específicas establecidas para los acuerdos de refinanciación, debe añadirse la previsión de que si antes del 30 de septiembre de 2020 el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación se estará al régimen general establecido por la ley (art. 11.3 RDL 16/2020).

“COVID-19 y las modificaciones al derecho concursal en Alemania”

por Norbert Lösing

I. Introducción

Uno de los drásticos efectos colaterales que trae de la mano la pandemia provocada por el COVID-19, es sin duda, la gran crisis económica que genera en todo el mundo. También en Alemania, no sólo la vida pública, sino gran parte de los sectores económicos y privados han visto interrumpidas sus actividades. Empresas han tenido que cerrar por órdenes basadas en la legislación de protección contra infecciones (IFSG = Infektionsschutzgesetz). Para algunos sectores, como por ejemplo la gastronomía y el turismo, la actividad se ha reducido prácticamente a cero. Empresarios, empleados, trabajadores y profesionales autónomos pierden sus fuentes de ingreso y dependen de ayudas estatales.

II. Ley de Insolvencia COVID-19

Con fecha 27 de marzo de 2020, el Parlamento alemán aprobó una ley para mitigar las consecuencias de la pandemia COVID-19 en el derecho civil, de insolvencia y de procedimientos penales (COVInsAG = Ley de Insolvencia COVID-19), que tiene por objeto proteger a las empresas que atraviesan dificultades financieras como consecuencia de la pandemia. La Ley fue aprobada por el Consejo Federal el 27 de marzo de 2020 y entró en vigor cuando fue ejecutada por el Presidente Federal y promulgada en el Boletín Oficial Federal el mismo día. El Art. 1 de la Ley de Insolvencia COVID-19 tiene efecto retroactivo al 1 de marzo de 2020. En dicho Art. 1 se encuentran los aspectos relevantes en relación al derecho concursal.

1. Suspensión temporal de la obligación de solicitar la insolvencia

La Ley de Insolvencia COVID-19 prevé en su Art. 1 la suspensión temporal tanto de la obligación legal del deudor de declararse insolvente (§ 1) como del derecho del acreedor a solicitar la insolvencia por razones que se produjeron después del 1 de marzo de 2020 (§ 3).

a. Suspensión de la obligación de solicitar la insolvencia

El Art. 1 § 1 de la Ley suspende la obligación de presentar una petición de insolvencia de conformidad con el § 15a InsO (Insolvenzordnung = Estatuto de Insolvencia) y el § 42 párrafo 2 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch = Código Civil) hasta el 30 de septiembre de 2020, suspensión prorogable hasta el 31 de marzo de 2021 por decisión del Ministerio de Justicia y Protección del Consumidor, apoderado para ello en el Art. 1 § 4 de la Ley de Insolvencia COVID-19.

Esto tiene relevancia conforme al § 15a InsO tanto para las distintas formas nacionales de sociedades (GmbH, AG, Genossenschaft, GmbH & Co KG = Sociedades Limitada, Sociedades Anónima, Sociedad Cooperativa, Sociedad Limitada de Comanditistas) como para las formas europeas que encuentran sus fundamentos en disposiciones nacionales correspondientes (Sociedad Europea, Sociedad Cooperativa Europea y la Agrupación Europea de Interés Económico).

Aunque el legislador sólo hace referencia a la suspensión de las obligaciones del “gestor” en la exposición de motivos a la Ley de Insolvencia COVID-19, la idea de la regulación es que se suspenda la obligación de todas aquellas personas y de todos aquellos órganos mencionados en el § 15a InsO, incluyendo, por ejemplo, también a los socios de una sociedad limitada (GmbH), que en caso contrario estarían sometidos a una responsabilidad penal y personal por dejar vencer el plazo regular de tres semanas a partir de la situación de incapacidad de pago o de endeudamiento en exceso para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

DECONOMI

Por la referencia al § 42 párrafo 2 BGB la suspensión se aplica también a la obligación de los consejos de administración de asociaciones y otras entidades jurídicas, como, por ejemplo, fundaciones.

La Ley de Insolvencia COVID-19 aplica un concepto distinto al que regía hasta la fecha. El § 15a InsO prevé una estricta vinculación entre la obligación de solicitar la insolvencia y el momento en el cual se presentan las causas de la insolvencia (incapacidad de pago o endeudamiento excesivo). La solicitud en dichos casos se debe presentar sin demora indebida, a más tardar tres semanas después de que se haya producido la incapacidad de pago o el sobreendeudamiento. La nueva Ley en un principio desvincula el día en el cual se presentan las causales de la insolvencia de la obligación de presentar la solicitud por el hecho de sustituir el plazo por una fecha específica en la cual se reinicia la obligación suspendida, en concreto el 1 de octubre de 2020 (o el 31 de marzo de 2021 en caso de próroga).

b. Exigencias para que se aplique la suspensión

Para que se haga efectiva la suspensión de la obligación, la Ley de Insolvencia COVID-19 exige que las causales de la insolvencia se deban a los efectos de la pandemia. Adicionalmente es necesario determinar que haya perspectivas para eliminar la causal de incapacidad de pago.

aa. Presunción de causalidad

Si un deudor no se encontraba en situación de incapacidad de pago el 31 de diciembre de 2019, se presume que el surgimiento de esta causal de insolvencia en algún momento posterior se debe a los efectos de la pandemia COVID-19 y que existe una perspectiva de eliminar dicha causal y recuperar la capacidad de pago. Con esta presunción prevista en la nueva Ley el legislador alemán acepta consciente e intencionadamente que empresas “insolventes” puedan seguir participando en el mercado y continuar con sus operaciones

comerciales durante un periodo de más de un año, si se tiene en cuenta la regla de presunción a partir del 1 de enero de 2020 hasta la fecha máxima en caso de prórroga hasta el 31 de marzo de 2021.

Una presunción puede ser refutada. Esto genera una cierta inseguridad en relación a la suspensión efectiva de la obligación de presentar la solicitud de insolvencia y se convertirá en un foco de atención de la auditoría del administrador de la insolvencia. Si la causa de la insolvencia no se debe a los efectos de la pandemia COVID-19, no se aplicará la suspensión de conformidad al Art. 1 § 1 de la Ley de Insolvencia COVID-19 y el sistema regulador del § 15a InsO sigue vigente.

bb. Elementos de soporte de la presunción

Las causales de la insolvencia no se deben a los efectos de la pandemia si se puede excluir per se una conexión entre la pandemia y la insolvencia. A menudo una crisis no se desencadena por una sola circunstancia, sino que es el resultado de un conjunto de elementos. Por ello la nueva Ley pretende ayudar a los responsables mencionados en el § 15a InsO al crear la presunción de causalidad. Es suficiente para la aplicación de la suspensión de la obligación de solicitar la insolvencia si los efectos de la pandemia contribuyen de alguna manera a las causales de la insolvencia. Esto puede ser, por ejemplo, si se dispuso un cierre oficial (temporal, total o parcial) de la empresa, si hubo prohibiciones de realizar cierto tipo de operaciones comerciales, si hubo órdenes de cumplimiento de la cuarentena para importantes miembros o trabajadores de una empresa, si se interrumpieron las cadenas de suministro por causa de la pandemia, o razones similares.

cc. Perspectiva de solvencia

La Ley de Insolvencia COVID-19 exige una perspectiva de solvencia para justificar la suspensión de la obligación prevista en § 15a InsO. Esta

perspectiva de solvencia difiere del pronóstico de continuación previsto en el § 19 InsO. según esta norma existe un sobreendeudamiento, si los activos del deudor ya no cubren el pasivo existente, a menos que la continuación de la empresa sea predominantemente probable en esas circunstancias. Para ello una planificación financiera debe abrir una perspectiva de una solvencia sostenible al menos a medio plazo. Si la norma del § 19 InsO en cierto modo exige la existencia de un pronóstico positivo de solvencia en el futuro, la nueva Ley exige un pronóstico claramente negativo para denegar la suspensión de la obligación prevista en el § 15a InsO. Por el otro lado, el Art. 1 § 1 de la Ley de Insolvencia COVID-19 parece requerir la eliminación de la falta de solvencia en un determinado momento, que podría ser tanto el 1 de octubre de 2020 como el 1 de abril de 2021. Esto genera una cierta incertidumbre que se deberá superar con una interpretación del texto normativo. En la interpretación aquí favorecida la norma se entiende en el sentido de que la suspensión se deniega sólo si el restablecimiento de la solvencia, visto desde una perspectiva futura a partir de una de las fechas arriba indicadas parece completamente improbable.

2. Suspensión del derecho del acreedor de solicitar el inicio del procedimiento de insolvencia

Los acreedores de una empresa en mora pueden solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, siempre que tengan un interés legal en la apertura del procedimiento de insolvencia y puedan fundamentar su reclamación y el motivo de la apertura del procedimiento de insolvencia. Así lo determina el § 14 InsO. La Ley de Insolvencia COVID-19 suspende este derecho para solicitudes presentadas entre el 28 de marzo de 2020 y el 28 de junio 2020 en el sentido, que en tal caso sólo se iniciará un procedimiento de insolvencia si las causales de la insolvencia ya estaban dadas el 1 de marzo de 2020.

3. Efectos de la suspensión

DECONOMI

El Art. 1 § 2 Ley de Insolvencia COVID-19 menciona los efectos de la suspensión de la obligación de solicitar el inicio de un procedimiento de insolvencia y aclara que tipos de operación para mantener o mejorar la liquidez de la empresa están permitidos sin ser calificados como contrarios a la buena fe o perjudiciales para los acreedores.

La nueva Ley modifica las consecuencias jurídicas que se aplican en caso de insolvencia. Esto concierne en particular a las prohibiciones de pago para los gerentes o directores según el § 64 oración 2 GmbHG (Ley de sociedades limitas), el § 92 párrafo 2 oración 2 AktG (Ley de Sociedades Anónimas) y el § 177a, oración 1 HGB (Ley Comercial). Durante la suspensión de la obligación de solicitar la insolvencia, los directores y gerentes sólo tendrán una responsabilidad limitada por los pagos realizados después de haber surgido una causal de insolvencia en caso de que dicha insolvencia finalmente se materialice. Durante la suspensión de la obligación de solicitar la insolvencia, los pagos realizados en el curso ordinario de los negocios se considerarán compatibles con la diligencia de un administrador prudente y concienzudo.

Además, la Ley de Insolvencia COVID-19 dispone que los nuevos préstamos concedidos a las empresas afectadas por la pandemia durante la suspensión de la obligación de solicitar la insolvencia no deben considerarse como una contribución inmoral al retraso en la presentación de la solicitud de insolvencia. También el otorgamiento de seguridades y el reembolso de préstamos concedidos durante el periodo de suspensión antes del 30.09.2023 no deben considerarse desventajosos para los acreedores. Esto también se aplicará a los préstamos de accionistas, pero no a su colateralización.

El hecho de que empresas de facto insolventes durante el periodo de suspensión puedan continuar sus operaciones con la ayuda de créditos estatales o con créditos otorgados por socios o terceros persigue el objetivo de contribuir a la supervivencia del mayor número posible de empresas. El precio, reflejado en un hasta hace poco inconcebible crecimiento del endeudamiento público, actualmente es imprevisible. Sin embargo, mantener vivas las empresas parece ser la mejor opción para superar al menos el desastre económico causado por la pandemia.