

El derecho concursal en un escenario de Pandemia

Desafíos y oportunidades para incorporar herramientas a los procesos de reorganización empresarial

Análisis y propuestas desde una perspectiva económica y jurídica

Emanuel Nagel

1.- La pandemia. El impacto de las disposiciones gubernamentales. Su influencia en nuevas formas de producción y comercialización [\[arriba\]](#)

Sin dudas, la pandemia COVID-19 ha desatado toda una serie de inconvenientes en la actividad 'normal' de diferentes empresarios. Las disposiciones del Poder Ejecutivo relativas al aislamiento, y la posterior y sucesiva habilitación de actividades han generado parálisis en los más diversos sectores. Esta parálisis de los ritmos de producción, las dificultades para el desplazamiento -cuando no, la imposibilidad absoluta-, ha desembocado como era de esperar en dificultades financieras y hasta económicas de diversos sectores que vieron sus ingresos mermados en porcentajes significativos, y al mismo tiempo la rentabilidad de sus actividades, sea ya por la dificultad para afrontar gastos corrientes que no pudieron amortizarse con el ritmo de comercialización, sea por nuevos gastos y erogaciones en que debieron incurrir para poder continuar produciendo, readaptando los circuitos de producción, la infraestructura, la adecuación a protocolos, etc. Todo esto, deja como consecuencia empresas en crisis en el mejor de los casos, arruinadas por completo en otros, generando imposibilidad de afrontar pasivos asumidos con medios regulares y líquidos. Aparece allí la cesación de pagos como una suerte de 'cadena', donde diversos eslabones de los circuitos de producción se ven afectados a consecuencia de la situación descrita imposibilitados de pagar normalmente, reduciendo sus compras, solicitando refinanciaciones a proveedores y entidades financieras, de manera que la situación de insolvencia se 'generaliza' y se complejiza.

Esta generalización de la insolvencia, con las consecuentes dificultades de recuperación de los empresarios, ha dado lugar a la denominada 'insolpandemia', término traído por Juan Anich quien ha comenzado a plantear el tema en diversos foros y en un reconocido artículo de doctrina[1].

2.- El derecho concursal y la situación de emergencia [\[arriba\]](#)

2.1- Los desafíos que se presenta para los operadores jurídicos y legisladores.

El derecho de la insolvencia contempla soluciones para las dificultades financieras de unidades empresarias o de grupos de empresas, más no soluciones para una crisis general de la economía. Sin embargo, la aplicación eficiente de los mecanismos concursales o pre-concursales de reorganización ayuda a resolver los problemas del exceso de endeudamiento, la parálisis de la actividad y el riesgo de desaparición de numerosos agentes económicos potencialmente viables.

La solución de una crisis de solvencia de carácter sistémico ha de requerir medidas macroeconómicas. Ahora bien, no parece realista esperar una reestructuración general de un sector empresario afectado por una crisis sistémica, al menos hasta tanto no se arribe a cierta estabilidad en las relaciones económicas[2]. No obstante,

el derecho debería poner a disposición la mayor y mejor oferta posible de mecanismos que, a nivel micro y en tiempo oportuno, permitan a las empresas instrumentar medidas adecuadas para resolver o atenuar sus problemas de solvencia.

De allí, que el fortalecimiento de las herramientas para la reorganización empresarial es un imperativo. La histórica trasmutación de paradigmas que implicó el paso de un derecho de la quiebra a un derecho de resolución de la insolvencia empresarial, o de la prevención, no solo se fundamenta en el interés general que existe en preservar la utilidad económica y social empresarial, sino también en haberse comprobado empíricamente el mayor beneficio que usualmente obtienen los acreedores cuando la empresa insolvente puede reestructurarse ordenadamente y recuperar capacidad de pago -esto, en sintonía con lo manifestado inicialmente sobre el carácter sucesivo de la insolvencia y su generalización en la economía en forma de cadena-[3].

Esto se desprende de la teoría económica fundamental según la cual se puede obtener un mayor valor manteniendo unidos los componentes esenciales de una empresa, y no disgregándolos y disponiendo de ellos por fragmentos[4]. En el mismo sentido, Richard se expide sobre la necesaria viabilidad de la empresa, impuesta por las normas societarias, y que en casos de pandemia debe ser criteriosamente juzgada por los administradores societarios, puesto que ningún procedimiento de reorganización puede ser exitoso si el negocio empresarial no aparece como viable, lo que sin dudas implica una innecesaria y hasta casi fraudulenta transmisión de los riesgos y costos de la insolvencia de la empresa a los acreedores de la misma[5].

2.2.- Necesidad de un tratamiento razonado, debatido y completo en la legislación.

Dados los antecedentes desarrollados, entiendo que la necesidad de regular la crisis pandémica desatada surge con evidencia. Intentos si los hubo, pero no se han logrado los consensos necesarios políticamente para aprobar un proyecto que integralmente aborde la problemática con soluciones para los distintos aspectos. Se han esbozado y presentado distintos proyectos, y se ha concluido en la aprobación en diputados de una ley que declarara la emergencia de los procesos concursales hasta el 30/12/2020, una prórroga automática de plazos para el cumplimiento de acuerdos, como así también de los períodos de exclusividad de procesos preventivos en trámite, al igual que la suspensión de determinados tipos de ejecuciones, incluyendo la de pagarés de consumo en algunos proyectos. Ninguna de las iniciativas ha contemplado un razonado espacio para las peticiones argumentadas por parte del concursado, y los elementos de evaluación por el magistrado concursal.

Sin dudas, que en el ámbito de la reorganización patrimonial, donde tantos y tan diversos intereses confluyen, es necesaria la adecuada valoración de las soluciones que en cada caso se adoptan, las que deben necesariamente contemplar la situación de cada concurso, el estado del procedimiento, el cumplimiento de las obligaciones concursales y post concursales, como asimismo las perspectivas de recuperación. Es en base a eso, que deben formularse las peticiones al magistrado, y eventualmente lograr la conformidad de los acreedores.

El derecho concursal tiene por objeto el estudio de la crisis y los mecanismos de superación. Ahora bien, frente a un cambio significativo del objeto de estudio, como es el que sucede en el caso con un mundo entero en crisis, dicho objeto debe mutar, y ofrecer alternativas diversas, de carácter excepcional, dado que las soluciones ya

consagradas legislativamente para tiempos de normalidad, son indisputablemente insuficientes[6].

No necesariamente debe pensarse que todas las soluciones que se legislen sean de carácter concursal, incluso por cuestiones de economía, eficiencia, celeridad, compromiso, y hasta cercanía con los acreedores, deben instarse y regularse mecanismos que intenten una solución para las obligaciones incumplidas de modo preconcursal, abriendo puertas a la posible renegociación de obligaciones incumplidas de buena fe, y de conformidad a dos principios básicos del derecho: la buena fe (art. 9º Cód. Civ. y Com.) y el esfuerzo compartido[7].

2.3.- *¿Reforma concursal, o leyes de emergencia?*

No me caben dudas que es necesaria una reforma a la legislación concursal, que como efecto de la crisis haga propicia la oportunidad para la incorporación del instituto de la renegociación de los acuerdos homologados. Las leyes de emergencia -si bien en Argentina, prorrogadas indefinidamente en su vigencia, como ha sucedido incluso en materia tributaria-, no son a mi juicio la forma adecuada de procurar una solución que aborde la problemática. El contexto y los daños generados por la pandemia deben servir para que se promuevan los cambios necesarios. Quizás, sería improductivo sancionar con premura una nueva Ley de Concursos y Quiebras, pero nada obsta a una modificación, o bien a la sanción de un nuevo precepto legal que incorpore los institutos de la renegociación, la readecuación de los acuerdos en etapa de cumplimiento, las posibles prórrogas de plazo; y que se constituya como parte integrante de la legislación concursal -aunque separada de la Ley N° 24.522, siendo incluso esto conveniente por razones de coherencia y sistemática legislativa, que por cierto se ha visto afectada con las sucesivas reformas e inserciones que ha tenido en los años 2002, 2003, 2011-.

De esta forma, entiendo que una ley especial, que sea parte integrante de la legislación concursal, y que regule estos institutos, incorporándolos con carácter permanente al elenco de herramientas asignadas para el tratamiento y la superación de la insolvencia es una sana solución que podría lograrse en un tiempo razonable, y que debe ser fruto de un razonado debate, dando participación a los institutos y entidades más representativas del sector académico en la materia concursal, pudiendo incluso convocarse a otros especialistas a la discusión (contadores, síndicos, representantes de sectores empresarios, economistas). Así, a la hora de resolver, el juez deberá hacerlo de la forma que indica el CCyCN en sus arts. 1º y 2º, teniendo a la vista la totalidad de las fuentes del derecho, integrando la normativa vigente sobre la que versee la Litis, y procurando una interpretación armónica y conforme a los principios fundamentales que informan al sistema jurídico.

3.- Renegociación y readecuación de acuerdos. Discusiones y soluciones posibles [\[arriba\]](#)

3.1- La renegociación o readecuación de los acuerdos preventivos. Derechos de los deudores y acreedores.

Llegado a este punto, y habiendo planteado tanto el escenario fáctico (económico y jurídico), como también las distintas soluciones que a mi criterio deberían necesariamente instrumentarse como así también la forma en que juzgo conveniente la legislación, creo que debemos adentrarnos al punto cúlmine: el debate sobre la renegociación del acuerdo homologado judicialmente, o incluso la facultad de

readecuarlo por el juez -siempre, a instancia de la parte interesada-. Este debate, toma su esplendor en la situación pandémica por la situación referida, a la vez que quienes son partidarios de la incorporación de esta herramienta, ven en la vereda opuesta a quienes niegan rotundamente su incorporación, por el efecto de ‘cosa juzgada’ -material y formal- que produce la sentencia homologatoria, que tiene además como efecto jurídico la novación de las obligaciones involucradas en el acuerdo.

La posibilidad de renegociación del acuerdo homologado debe poder abrirse en cualquier concurso preventivo, sea en aquel que se está logrando el acuerdo, o cuando fuera homologado y se encuentra en etapa de cumplimiento. No existen normas que lo establezcan, pero la propuesta es la de su incorporación legislativa. Incluso, las condiciones y/o límites de una eventual renegociación del acuerdo podrían estar incorporadas a la propuesta de acuerdo preventivo incorporada al expediente de acuerdo a los arts. 45 y 46 LCQ.

Manifiesto, que el carácter excepcional del contexto económico general, la alteración de las bases fundamentales tenidas en cuenta al momento de efectuar la propuesta de acuerdo preventivo -eventualmente contempladas por el deudor que acompañara un ‘plan de empresa’ como parte del contenido de su propuesta’, pueden verse influidas o incluso desarticuladas por cambios en las condiciones vigentes, por “catástrofes o por modificaciones sustanciales en las condiciones macroeconómicas e institucionales”, y allí se torna preciso elaborar un tipo de propuesta de reestructuración para cumplirse tiempos flexibles. Caso contrario, la rigidez de las soluciones desembocará en quiebras masivas.

Sin dudas que, frente al pedido de habilitación de un plazo para la renegociación del acuerdo homologado, el juez deberá dar trámite con vista al comité de control de cumplimiento del acuerdo, el que deberá estar presente durante todo este proceso.

Se plantean diversas cuestiones, tales como quienes son los acreedores que podrían votar, cuál sería la forma, la exclusión de los acreedores que ya fueran desinteresados de manera previa al estallido de la situación que coloca al empresario en imposibilidad de cumplir el acuerdo propuesto. Por ello, es necesaria la regulación del instituto, que de ninguna manera puede funcionar como automático, sino que requiere de instancia de parte interesada, de compromiso de parte del deudor, eventualmente de designación de nueva sindicatura a los efectos de determinar el estado de situación patrimonial, de corroborar sobre la legitimidad de quienes concurren a verificar y prestar su asentimiento. Asimismo, el importante rol que deben cobrar los representantes de los acreedores, y eventualmente la modificación en su integración, si algún grupo o categoría hubiera sido ya desinteresado de manera previa a la situación disruptiva. En fin, deberá además fijarse el plazo para renegociar, el que quizás no sea conveniente establecer con rigidez en la ley, sino establecer parámetros, o bien plazos máximos o mínimos dentro de los cuales el magistrado concursal fijará, de acuerdo a la complejidad de la causa, la cantidad de acreedores y otras cuestiones vinculadas al estado del concurso.

Debe pensarse asimismo que, debemos pensar en incluir o no a los acreedores posteriores a la presentación en concurso preventivo o solicitud de homologación de un APE, ellos forman parte del problema que se presenta y por ende deben ser incorporados en la base de cálculo.

Frente a los interrogantes relativos a la cualidad de cosa juzgada, del que está investido el pronunciamiento homologatorio, debemos pensar que el carácter excepcional fuerza a concluir que el mismo puede ser dejado sin efecto, porque además, y como se dijo antes, se modifican sustancialmente las bases sobre las cuales ha sido prestado el consentimiento, tanto respecto del deudor -que formula la propuesta de acuerdo-, como también respecto de los acreedores, quienes con especial interés advertirán sobre la delicada situación económica de la empresa, y los factores que hubieren incidido en tal estado. Asimismo, la jurisprudencia de la CSJN se ha pronunciado sobre la revisibilidad de la cosa juzgada, y como la misma debe ceder frente al derecho de emergencia[8].

Entiendo que la cuestión está planteada, y los alcances y contornos de la figura deberán ser sanamente discutidos, en pos de contemplar un nuevo escenario de alternativas jurídicas frente a la crisis del concurso

3.2- Facultades judiciales para resolver en un contexto de emergencia.

La jurisprudencia civil y comercial, nacional y de las jurisdicciones provinciales ha tenido ocasión de expedirse en diversos pronunciamientos sobre la necesidad de arbitrar medidas de carácter excepcional, dada la situación desatada. En la mayoría de los casos, se ha tratado de pedidos de prórroga de plazos. Así, se ha manifestado, que ‘... no puede soslayarse que una situación de emergencia sanitaria sin precedentes a nivel mundial -coronavirus- requiere de soluciones excepcionales y que, si bien en la actualidad no hay norma que regule, concretamente, las consecuencias de esa emergencia en el ámbito concursal, ello no puede implicar, so riesgo de desconocer la manifiesta realidad circundante, y las dificultades por las que atraviesan los distintos actores socio económicos. Por lo tanto, la decisión de grado consistente en la prórroga del pago de la primera cuota concordatoria ha contemplado, razonablemente, la situación de emergencia actual...’[9].

En el mismo sentido, en relación a la suspensión de plazos de un proceso concursal en trámite, se ha resuelto ‘que sin perjuicio de que la situación general, consecuencia de las medidas restrictivas impuestas por los decretos 297/2020 y siguientes debe ser abordada con una solución de igual tenor, lo que debe ocurrir a través de una norma específica que contemple la mayor casuística, entre todas las situaciones imperantes como consecuencia del estado de pandemia, nada obsta a que los Jueces, como directores del proceso concursal implementen medidas en pos de alcanzar ese remedio.’[10]

4.- Conclusiones y propuestas [\[arriba\]](#)

Como he dicho, creo que este es el momento propicio para dar los debates necesarios acerca de las posibilidades de reformulación y renegociación de las propuestas, e incluso de brindar al magistrado facultades para su adecuación, siempre con la debida participación de los intereses involucrados, y los especialistas que fueran necesarios oír. Las soluciones posibles son muchas, pero las prórrogas de plazo per se, no constituyen una solución al fondo del asunto, y es por ello que las mismas si bien pueden ser incluídas en la legislación que propongo, si serían útiles si dichos tiempos se utilizaran generando un clima de intercambio de información y negociación entre los deudores y acreedores. Varios son los aspectos por analizar, y definir. Estamos frente a un cambio de paradigmas, el contexto es complejo, hostil, pero no por ello poco desafiante. En ese sentido, como operadores jurídicos debemos recurrir a la creatividad de los operadores jurídicos, para proponer y decidir

soluciones que permitan sortear los inconvenientes, y generar un mejor y más eficiente derecho para el tratamiento de la insolvencia.

Notas [\[arriba\]](#)

- [1] ANICH, Juan, "La insolpandemia y su incidencia en los procesos concursales. Readecuación de propuestas", LA LEY del 09/06/2020.
- [2] AGAN, Sean, "Restructuring corporate debt in the context of a systemic crisis", Law and Contemporary Problems, vol. 73, nro. 4, otoño 2010, Duke University, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1582&context=lcp>.
- [3] BANCO MUNDIAL, "Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores", 70, véase texto completo en castellano de la versión abril 2001, citados como "Principios del Banco Mundial (abril 2001)".
- [4] Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia", 6, Primera Parte, I.B, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI, o UNCITRAL por su sigla inglesa—.
- [5] Richard, Efraín H. Ante la pandemia económica, ¿qué legislar? Publicado en: EBOOK-TR 2020 (Andruet), 20/08/2020, 58. Citaonline: TR LALEY AR/DOC/1772/2020
- [6] Barreiro, Marcelo, "La crisis del derecho de la crisis", en Libro homenaje a Emilio Beltrán Sánchez del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Colombia, Ed. Legis 2014, ps. 593 y ss.
- [7] Un grupo de profesores convocados por Daniel Truffat elaboró dos bosquejos de normas (uno, genérico, sobre todas las obligaciones y procesos concursales en curso; y otro sobre un concurso abreviado o mínimo para personas humanas). El eje central de la renegociación obligatoria que el primero postulaba se centraba en el principio del "sacrificio o esfuerzo compartido".
- [8] CS, 14/08/2007, "Souto de Adler, Mercedes c. Martorano, María Teresa", Fallos 330:3593.
- [9] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A "Ancers S.A. s/ Concurso preventivo"; 17/11/2020, Publicado en La Ley Online. Cita: TR LALEY AR/JUR/61073/2020.
- [10] (CNCom., esta Sala in re "Multiacero SA s/ Concurso Preventivo" del 30.06.20, idem esta Sala in re "Diego Deportes SA s/ Concurso Preventivo" del 16.10.20).