

Relación entre Derecho de la Emergencia, Derecho Concursal y la actual crisis desatada por la pandemia

Por Melchor E. Figuerola [1]

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Trataremos de conjugar en cierta sintonía jurídica el derecho de la emergencia con el derecho concursal, en éste contexto inusual de una emergencia público-sanitaria dentro de otra emergencia (social, solidaria, económica, financiera, etc.), como el que nos encontramos ahora.

Intentaremos, con ciertas licencias, esbozar algunas ideas que permitan generar otras mejores para poder de alguna manera colaborar para resolver algunos de los problemas a los que nos veremos enfrentados, cuando la pandemia no sea más que una anécdota. Esto es cuando la pandemia de COVID 19 se haya aplacado y quede la pandemia de insolvencia que se está gestando en estos momentos.

Comenzaremos por el derecho de la emergencia.

II. Derecho de la emergencia en el siglo XXI [\[arriba\]](#)

Nuestra Argentina se ha caracterizado desde su fundación por echar mano del derecho de la emergencia, incluso desde antes que se lo conozca con ese nombre[2].

Inauguramos el siglo con el desastre del 2001, que provocó - y la historia dirá si fue o no un derrocamiento - la renuncia del presidente constitucional Fernando de la Rúa.

Luego de la semana de los cinco presidentes y distintos papelones institucionales que venimos padeciendo desde entonces (v. gr. el corralito financiero, default de la deuda soberana, etc.), vino el período presidencial de Eduardo Duhalde que intentó acomodar el desastre en que estábamos sumidos y convocó a elecciones, donde el presidente Néstor Kirchner resultó electo con el 22% de los votos, pasadas ciertas intrigas palaciegas inefables y sumamente oscuras, cuyos detalles no conoceremos.

Los períodos 2003-2007 y 2007-2015, presididos por Néstor y Cristina Fernández de Kirchner respectivamente transcurrieron bajo el paraguas jurídico de la emergencia.

Se ha definido a la emergencia como lo que “sobreviene imprevistamente y modifica, en ciertas circunstancias, una prestación o el cumplimiento de un convenio. La emergencia es en sentido semántico un hecho, un accidente que sobreviene”[3].

Por eso, en su encuadre fáctico, merece ser llamado emergencia el desastre provocado por el COVID 19, pero no el fracaso crónico de nuestra casta política, porque es algo que ya todos esperamos.

Hemos vivido de crisis en crisis y todas generadas por cuestiones políticas, discusiones sangrientas entre integrantes de un mismo partido político, intervenciones militares también sangrientas e ilegales y, fracasos políticos y económicos desde entonces.

Unos más graves que otros, es cierto, pero todos con el mismo resultado de pauperización de servicios esenciales: salud, seguridad, justicia, educación, defensa, etc. y su inexorable consecuencia: un aumento exponencial de la pobreza, degradación de las condiciones de vida de toda la población y la desaparición de la educación pública como tal, que dejó a comienzos de éste nuevo período presidencial a casi la mitad de la población[4] sumida en la pobreza, sin educación y sin posibilidad alguna de conjurarla.

En definitiva, entendemos que no merece ser denominado emergencia el estado paupérrimo en que un gobierno deja al Estado cuando traslada el poder a otro, porque es algo que sucedió siempre, es esa modalidad napoleónica de tierra arrasada que cabe esperar que suceda, teniendo presente los atributos morales de los políticos en general, y de los argentinos en especial, desde la democracia (1983) cada traspaso de mandos que hubo dejó el país en peores condiciones de las que lo recibió, por eso la declaración de emergencia de la ley 27.541, puede presentar reparos en cuanto a su substrato fáctico. No es algo que debería sorprendernos, como sí lo hizo el COVID 19[5].

Dicho ello, entrando al análisis jurídico de la emergencia, podríamos diferenciar dos aspectos del fenómeno, uno de los cuales, a su vez tiene dos variantes.

i) El primero como fue entendido en el siglo XX y primeros años del XXI, en la doctrina de los célebres casos fallados por la CSJN, que enumeramos pero no analizamos donde frente a una situación concreta de emergencia real se decide por cuestiones políticas legislar para favorecer a ciertos sujetos de una determinada relación contractual, en perjuicio de la otra afectando garantías constitucionales, generalmente la de la propiedad (v. gr. se benefició a locatarios, en perjuicio de los locadores, a los deudores hipotecarios, en perjuicio de los acreedores, se retuvieron ahorros del público para afrontar déficit fiscal, etc.)[6]. Este aspecto tiene relación con el contenido, con los derechos o garantías constitucionales que se ven mancillados en ocasión de la emergencia y con la excusa de conjurarla y sus consecuencias son estudiadas por el derecho privado y el derecho constitucional. Sus normas son imperativas e integran lo que se llama un orden público de dirección[7].

ii) El segundo se relaciona con la teoría política, es estudiado por el derecho político y en la parte orgánica del derecho constitucional, tiene dos variantes: a) como la delegación de funciones que realiza el Congreso en el Ejecutivo, con arreglo al art. 76 CN, frente a una emergencia pública y b) cuando el ejecutivo utiliza la prerrogativa del art. 99 inc. 3° de la CN, y se den “circunstancias excepcionales hicieran imposibles los trámites ordinarios previstos por ésta Constitución para la sanción de las leyes...podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros...”.

En los dos supuestos nos encontramos frente a emergencias. El primer aspecto se refiere a cómo impacta la emergencia en el derecho privado, que garantías constitucionales afecta, y sobre la forma en que se manifiesta el fenómeno no nos vamos a extender, pues entendemos que el tema ya fue suficientemente estudiado y la historia, lamentablemente, es recurrente y se repite una y otra vez.

El segundo aspecto, con sus dos variantes son modos orgánicos de cómo reaccionan los poderes políticos frente a la emergencia y su calificación de tal.

En una es el Congreso quién la califica y decide apoderar el ejecutivo para delegarle facultades y comisionarle la solución de la crisis.

En la otra es el ejecutivo quién toma la iniciativa, se irroga facultades legislativas y lo hace mediante decretos de necesidad y urgencia, sin embargo se presenta la paradoja de que si existen problemas para seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de leyes, no se explica cómo esa imposibilidad se puede sortear para realizar el ulterior trámite parlamentario previsto en la norma[8].

Se ha dicho que qué la ley especial que regula el trámite de la ratificación del DNU nunca fue sancionada, que la Comisión Bicameral, jamás funcionó y “que el art. 99 inc., 3° se convirtió en un mero expediente para que el Ejecutivo apruebe por sí las leyes que no consiga arrancar del Congreso. De hecho, el resultado es el fin del vapuleado equilibrio de poderes: con sólo influir en el número de legisladores que, en alguna de las cámaras, pueda trabar la sanción de una ley, el Presidente puede legislar como se le antoje sin otra limitación que las de la legitimidad política y del respaldo económico con los que cuenta”[9].

II.- a) La variante del art. 76 CN.

Así las cosas el congreso de la Nación en ejercicio de la facultad prevista en el art. 76 de la CN delega en el poder ejecutivo algunas de sus facultades legislativas. Fue lo que sucedió en la ley 27.541 art. 1°[10].

Vale decir que el balance que presupone el sistema republicano entre los tres poderes que conforman el Estado, se ve distorsionado con la delegación legislativa, pero es por eso que el art. 76 CN, sabiamente, previene: con plazo fijado para su ejercicio.

Es decir, lo que se pretende, es compensar la acumulación de competencias delegadas que corresponden al Congreso en cabeza del Ejecutivo, con la brevedad de la duración de la delegación. De ese modo el balance de poder que surge diáfano del espíritu republicano y, también de la Constitución, se mantendría[11].

Ese frágil y sutil engranaje de controles y frenos recíprocos se altera entonces y lo que pelagra son las garantías constitucionales de los ciudadanos que ven amenazada su libertad civil, su propiedad privada, el derecho de defensa, u otras garantías.

Se ha dicho que en la “situación ideal de una división correcta de los poderes...no hay en realidad una dictadura, pero sí un estado de excepción, en el cual el legislativo apodera al ejecutivo durante un tiempo breve y exactamente delimitado...”[12].

Sin embargo cuando ese apoderamiento se extiende en el tiempo, transformando la excepción en regla, estamos frente a una situación fáctica que excede el concepto de emergencia para pasar a ser una dictadura, que es donde hunde sus raíces, precisamente el derecho de la emergencia en sus aspectos relacionados con el derecho público[13].

Es decir que la acumulación de poder, estaría compensada con la delimitación temporal de ese apoderamiento, ese delicado engranaje es la garantía que tenemos

los ciudadanos de que no vamos a volver a padecer episodios de acumulación indebida del poder público con sus lamentables consecuencias[14].

En efecto, la acumulación de poder en la emergencia, se encuentra justificada en la situación de las cosas: el hecho generador de ella, deberá ser conjurado dentro del plazo de la delegación legislativa. De lo que se trata no es de consideraciones jurídicas, sino de utilizar los mecanismos técnicos apropiados para ser eficiente frente al caso concreto.

Se trata, simplemente, de que las medidas sean adecuadas al fin que persiguen, precisamente frente a esa situación excepcional, el Congreso delega en el ejecutivo ciertas facultades, por un plazo de tiempo determinado.

Es el derecho de emergencia, un derecho de excepción, que consiste en que su titular (el poder de turno) puede apartarse del *ius commune*, en caso de necesidad y en interés de la existencia estatal y de la tranquilidad y la seguridad pública, es un *ius speciale*, por oposición al *ius generale*, y es, definitivamente imperativo.

“La derivación razonada y la intersubjetividad de la división de poderes llevan a la previsibilidad de la concreción del Derecho y, por ende, a su consideración como legitimada, lo que puede ser equivalente o no a una consecuencia justa. Ello no se encuentra en gobiernos autoritarios, militarizados o en democracias débiles donde se gobierna mediante decretos de necesidad y urgencia, refrendados por un Poder Judicial adicto y sin independencia”[15].

Esa delegación prevista para determinadas materias de administración o de emergencia pública con plazo fijado para su ejercicio y dentro de la delegación que el Congreso establezca, fue prorrogada durante tres períodos presidenciales.

Esa circunstancia motivó que el Congreso de la Nación haya sido denominado por la prensa opositora (o independiente) como la “escribanía” del ejecutivo por el sometimiento humillante y constante del que fue objeto durante ese período.

El núcleo de la cuestión, desde el punto de vista de la teoría política, pasa por: i) la determinación de los presupuestos para la declaración de la emergencia pública, pues la competencia para decidirla pertenece al Congreso, y ii) el contenido de las facultades a delegar, es decir qué derechos y garantías constitucionales será necesario sacrificar para salir de la emergencia y, sobre todo, quienes serán los destinatarios de esas restricciones constitucionales.

El poder de turno puede utilizar cualquier acontecimiento que salga de lo normal, que exceda lo esperable, cualquier acontecimiento ominoso que genere contrariedades que no se esperaban o no se advirtieron[16] para declarar la emergencia.

Por eso dudamos de la legalidad de la emergencia que inauguró éste período presidencial ya que carece del elemento sorpresivo: era esperable una entrega del poder con el país en paupérrimas condiciones, como siempre ha sido, por eso la Ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública, según nuestro punto de vista, tiene ese talón de Aquiles.

Y ahora, de vuelta, ésta vez sí, un acontecimiento realmente extraordinario, una pandemia global y perversa, nos convoca para echar mano de este instituto con el

que tan familiarizados estamos: el derecho de la emergencia, pero ahora, dentro de otra emergencia.

“La inflexibilidad de las leyes, que les impide someterse a los acontecimientos, puede, en ciertos casos, hacerlas perniciosas y causar la pérdida del Estado en momentos de crisis. El orden y la lentitud de las formas exigen un espacio de tiempo que las circunstancias rechazan a veces. Pueden presentarse mil casos que el legislador no ha previsto, siendo por lo mismo previsión muy necesaria reconocer que no todo puede preverse.

“No debe pretenderse, pues, afirmar las instituciones políticas hasta el punto de perder el poder sus efectos. La misma Esparta dejó en inacción sus leyes. Pero en casos de gravísimo peligro puede permitirse atentar contra el orden público, pues no debe jamás ponérsele trabas al sagrado poder de las leyes, sino cuando así lo exija la salud de la patria. En éstos, casos raros y manifiestos, se provee a la seguridad pública por un acto particular que entrega el cargo en manos del más digno. Esta comisión puede conferirse de dos maneras, según la clase de peligro.

“Si para remediar el mal basta aumentar la actividad del gobierno, se le concentra en uno o dos de sus miembros: de esta suerte no es la autoridad de las leyes la que se altera, sino la forma de la administración”[17].

Transcribimos éste extenso párrafo para graficar el paralelo del instituto del derecho de la emergencia con una de las dos formas de dictadura que ilustra Rousseau en su célebre Contrato social, en ambos el presupuesto fáctico es idéntico: un acontecimiento extraordinario que necesita de soluciones extraordinarias y la solución es la misma: una alteración limitada en el tiempo de las facultades de la forma de la administración, que evolucionó en el art. 76 CN a una delegación legislativa o un apoderamiento o concentración de facultades dentro del ejecutivo en tal sentido, al modo de las antiguas comisiones.

En efecto, es lo que Carl Schmitt denomina dictadura impropia[18] el instituto que ha evolucionado para convertirse en el inefable derecho de la emergencia al que ha recurrido Argentina en éste siglo para pretender arreglar los desmanes de sus traidores, sin ningún tipo de éxito, por cierto.

La naturaleza jurídica de la dictadura consiste en el hecho de que, por causas de un fin a alcanzar (sortear la emergencia), “las barreras y los impedimentos jurídicos que de acuerdo con la situación de las cosas significan un obstáculo contrario a dicha situación, decaen in concreto”[19].

Sin embargo, hemos visto que el instituto se ha ido desnaturalizando hacia una concentración de poder en el ejecutivo que ha trascendido varios períodos gubernamentales, y se parece entonces más a la otra forma de dictadura, pero a diferencia de la clásica, ahora se concentra el poder en el mismo sujeto del ejecutivo, sin necesidad de recurrir a un magistrado, como en la dictadura de la República Romana.

En éste orden de ideas y para ir delineando la exposición, nos focalizaremos ahora sobre el aspecto patrimonial de esta pandemia. Es decir, uno de sus daños colaterales.

Es necesario señalar que un asunto extraordinario, necesita soluciones extraordinarias y las soluciones extraordinarias necesitan igual legislación.

III. Pandemia e insolvencia [\[arriba\]](#)

Se ha frenado en la Tierra toda actividad productiva que no sea considerada esencial, ello ha tenido como efecto que en los últimos cien días el planeta se encuentra bajo un régimen político/policial de confinamiento absoluto y, consecuentemente, en un estado global de economía de subsistencia.

No se trata simplemente de una crisis sanitaria, estamos frente a lo que las ciencias sociales califican como un hecho social total “en el sentido que convulsa el conjunto de las relaciones sociales y conmociona a la totalidad de los actores de las instituciones y de los valores”[20].

En efecto, las normas que se han dictado (todos DNU de dudosa constitucionalidad), además de haber reducido a una serie de frases inconexas la razonabilidad del art. 28 CN, también restringen con marcado carácter policial las garantías del art. 14 CN, a saber: i) trabajar y ejercer industria lícita; ii) navegar y comerciar; iii) entrar, transitar y salir del territorio argentino; iv) usar y disponer de su propiedad; por su parte se han regulado precios máximos, se han prohibido despidos, suspensiones de trabajadores, etc.

Se ha frenado la actividad jurisdiccional reduciéndosela al mínimo, excepto para reprimir las transgresiones al nuevo régimen de confinamiento, para otorgar prisión domiciliaria a algunos reclusos o para resolver algún amparo puntual y eficientemente planteado.

Se han prorrogado los vencimientos (algunos, otros no) y se ha prohibido cortar algunos servicios por falta de pago.

Ello al margen de que ya por el art. 59 de la ley 27.541 se habían suspendido hasta el 31 de diciembre de 2020 la aplicación del inciso 5° del art. 94 y del art. 206 de la ley 19.550[21], lo que da la pauta que para el gobierno el capital social no cumple ya una función de garantía para los acreedores del deudor, ni para la realización de los actos tendientes al cumplimiento del objeto social (arg. arts. 242, 743 y cctes. CCC), sino que queda reducido a un dato que va a determinar la fórmula para ejercer los derechos políticos y económicos en el seno de la sociedad.

En este contexto normativo, es bueno preguntarse a qué ha quedado reducido el principio de la autonomía de la voluntad, en éste tsunami de reglas imperativas de orden público económico, de confinamiento obligatorio y reclusión, parece que ha quedado convertido en una antigua y anacrónica veleidad burguesa.

Así las cosas, es necesario preguntarse qué sucederá el día después. Esto es en qué contexto legal quedan los pasivos acumulados por todos aquellos sujetos y empresarios abrumados por los gastos fijos y que se han visto privadas de producir, precisamente, por la normativa de emergencia.

Esta paupérrima situación económica que el país viene arrastrando -necesario es decirlo - por los desatinos, permanentes, constantes y gravísimos cometidos durante el gobierno anterior y que antes de la pandemia marcaba un cuarenta por ciento de argentinos sumidos en la pobreza (algo más de dieciséis millones de personas), da la

pauta de que cuando bajen las aguas el escenario con el que nos vamos a encontrar va a ser mucho peor, literalmente, el de un desastre calamitoso.

Si esa era la situación reinante antes de esto, ahora hay que empezar a pensar de qué forma se va a ver afectada la garantía constitucional que protege el derecho de propiedad, porque es claro que lo que viene es una insolvencia generalizada por los pasivos generados durante todo este tiempo en que nadie -o casi nadie- pudo dedicarse a trabajar o producir ingresos[22].

Los empresarios generadores de empleo, han seguido devengando costos fijos laborales, previsionales, financieros, impositivos, comerciales, etc., sin contraprestación alguna ni posibilidad de producir, ni de generar actividad útil que les permita hacerles frente de algún modo.

Ese quebranto merece una respuesta legal, pues de lo contrario, la cesación de pagos o la insolvencia los alcanzará más temprano que tarde.

Vale decir que la excepción se convertirá en regla y en este sentido se habla de insolvencia sistémica[23].

Se ha dicho que frente a estas crisis extraordinarias (como las de 1930, 2008, entre otras) los Estados de los países centrales optaron por: i) aplicaban la normativa concursal a cada caso particular o ii) adoptaron “políticas excepcionales de Estado (mediante decisiones de carácter micro y macroeconómico, en especial, referidas a los medios de pago, aunque descartaron la aplicación de regulaciones especiales por considerar insatisfactorios los eventuales resultados). Finalmente, eligieron la última alternativa y con ello quedaron acreditadas las limitaciones intrínsecas de la legislación concursal ante situaciones económicas excepcionales. Estos antecedentes empíricos demuestran que la cesación de pagos tiene dimensiones diferentes a ser estudiadas en planos o perspectivas distintas”[24].

En otro lado dijimos que toda norma imperativa es de orden público[25] y en éste contexto ninguna duda tenemos que todo el derecho privado se va a ver invadido por este tipo de legislación, de orden público económico, donde será el Estado quién haga en definitiva el reparto de lo que queda, que le tocará a cada uno y como se va a resolver la insolvencia general, no ya excepcional.

Serán excepcionales los supuestos en que los sujetos decidan resolver entre ellos sus conflictos, puesto que, como siempre el estado tomará partido por el sujeto más débil de la relación contractual[26].

Esa decisión se encuentra respaldada por una realidad: el sujeto débil de la relación contractual es el fuerte en el campo electoral y la supervivencia del político -al igual que esos animales que sobreviven los peores holocaustos y que resisten hasta la radiación- lo va a llevar a tomar aquellas soluciones pragmáticas que aseguren su supervivencia.

Ripert decía bien: “¡Las exigencias de la conciencia pública!, ¡que candidez! Sencillamente se trata de satisfacer las exigencias de los más fuertes y numerosos, y el legislador únicamente afecta a los contratantes, cuando no saben defenderse”[27].

Debemos estar preparados porque se viene algo que nunca vimos antes, puesto que esta hecatombe mundial es absolutamente inédita, ni las dos guerras mundiales habían afectado a todo el globo, ni tampoco, tan claro, se había vislumbrado el fin de una era.

Se ha dicho con lucidez que “la humanidad está viviendo -con miedo, sufrimiento y perplejidad- una experiencia inaugural...Descubriendo que la historia es en realidad impredecible. Nos hallamos ante una situación enigmática. Sin precedentes. Nadie sabe interpretar y clarificar este extraño momento de tanta opacidad, cuando nuestras sociedades siguen temblando sobre sus bases como frente a un cataclismo cósmico. Y no existen señales que nos ayuden a orientarnos...Un mundo se derrumba, cuando todo termine, la vida ya no será igual...Estamos padeciendo en nuestra propia existencia el famoso efecto mariposa: alguien al otro lado del mundo se come a un extraño animal y tres meses después media humanidad se encuentra en cuarentena...Prueba de que el mundo es un sistema en el que todo elemento que lo compone, por insignificante que parezca, interactúa con otros y puede influenciar el conjunto”[28]. Sobre ésta interdependencia volveremos luego al hablar de la justicia distributiva.

En efecto, las dificultades de las consecuencias económicas en la población de esta cuestión radican por la necesidad de tener que encontrar un equilibrio entre personas que tienen una administración de mera subsistencia (empleados) con los que tenían antes de esto una administración lucrativa (empresarios), pero que con la pandemia han quedado en una posición totalmente deficitaria con pasivos generados a afrontar (pasivos sin contraprestación) y sin ninguna posibilidad de generar recursos, o generándolos a un 15 o 20% en el mejor de los casos. Es decir que nos encontramos frente a un nuevo paradigma de conflicto.

El cuadro se agrava, cuando se advierte que ya en el ámbito doméstico, nuestro Estado está desfinanciado, y la supervivencia de la casta política depende de echar mano a la poca riqueza que tienen los ciudadanos ya que no se puede hacer política populista sin caja, sin financiación y sin crédito, frente a esta realidad, contados reductos quedan entonces: i) emisión de dinero indiscriminada; ii) el impuesto a la riqueza; iii) recurrir a créditos de China y iv) el último refugio de los ahorros que le quedan a la clase media: las cajas de seguridad.

De todos modos la ecuación es mala por donde se la mire.

Por nuestra parte entendemos que ésta situación extrema va a necesitar de la activa colaboración de todos los sectores, hay mucho por hacer y nadie podrá decir que no tiene trabajo o que no puede o sabe hacerlo, porque no es posible esperar que la solución exclusivamente baje de un estado sin recursos y sin posibilidad de obtenerlos ya que actualmente no hay ni industria, ni comercio. Tampoco se puede esperar mucho de los esfuerzos de menos de un tercio de la población productiva, porque ese número se está reduciendo minuto a minuto. Mucho menos va a venir de una clase política sin ideas, sin creatividad, sin capacidad[29].

La sociedad argentina, ha mostrado lo mejor[30] y lo peor[31] del ser humano en ésta pandemia, por ello no queda otra alternativa que apelar a la cooperación y a lo mejor del hombre, porque lo peor ya lo hemos visto.

Por eso es necesario visualizar los dos extremos a que nos enfrentamos para tener en claro donde estamos parados: i) o nos preparamos para una hambruna de

proporciones y una guerra civil o ii) nos ponemos los cuarenta millones de argentinos en sintonía y en frecuencia única para salir de esta situación trabajando y pacíficamente que, -en teoría, al menos- es la más sensata y razonable, sin embargo para ello hace falta un liderazgo que, hasta ahora, está tapado.

Esto implica que todos los argentinos deberán trabajar, en la misma línea, en la misma sintonía, no es viable un esquema donde un tercio de la población produzca y trabaje y dos tercios descansen y cobren dinero sin hacer nada.

Se impone entonces el fin de la famosa grieta, que algunos jubilados que puedan trabajar trabajen, que los desocupados trabajen para el Estado y se ganen su sustento y para eso se necesita un líder que se anime a decirles a todas esas personas que tienen que trabajar y cómo lo tienen que hacer.

Lo cierto es que no se animan porque tienen miedo de un estallido social. Ahora esa explosión está a la vuelta de la esquina. Nadie debe enojarse porque le digan que tiene que ir a trabajar, aunque sea informalmente, nadie deberá indignarse porque tiene que levantarse temprano.

La Argentina no puede seguir sosteniendo sin hacer nada a semejante cantidad de gente porque la inoperancia de un liderazgo ineficiente es incapaz de ordenarles que cumplan alguna contraprestación por lo que reciben sin hacer nada, porque es necesario coordinarlos para que realicen alguna actividad.

En vez de congregarse para tirar piedras, romper edificios públicos y monumentos, podrían pintarlos y reparar todos los edificios públicos que están en estado paupérrimo (escuelas, hospitales, oficinas públicas, juzgados, comedores, etc.) claro que con esta idea la mafia de la obra pública y los políticos que los contratan se quedan sin negociado.

La consecuencia es que, será necesaria para su implementación una reforma estructural del régimen laboral y de contrataciones del Estado, el que deberá incorporar para la prestación de sus servicios el concepto de la eficiencia, necesario e imprescindible en el sector privado, que está ausente en el público.

El poder judicial, por ejemplo, está sobrecargado de tareas desde hace más de treinta años, es un lugar común invocar “la sobrecarga de tareas que pesa sobre éste juzgado” para justificar horrores en los despachos diarios y por otro lado es paradójico e indignante la sobrecarga de personal que no hace absolutamente nada.

Es muy común -casi la regla, diría- que en los fallos de cualquier Cámara judicial que aparece en las publicaciones especializadas se diga que tal o cual magistrado no vota por encontrarse en uso de licencia (y citan R.J.N N° ...).

El sector privado nunca puede estar de licencia, de hecho nunca lo está, siempre le funcionan los sistemas informáticos, nunca decimos: “hoy no hay sistema, venga mañana o la semana próxima”.

Desde hace años que las oficinas públicas se sostienen con el trabajo del veinte por ciento del personal en el mejor de los casos o de menos en los peores. Hay allí uno de los problemas del déficit fiscal y la ineficiencia estatal. Sólo se escuchan los

gremialistas que se quejan de las penosas condiciones laborales. La eficiencia no es un objetivo de la administración pública.

Todo ello sin entrar en los casos de corrupción de los empleados públicos y funcionarios, que merece un estudio aparte.

Es probable también, que ésta crisis desemboque en la instauración de un régimen de cooperativas para que se hagan cargo de lo que fueron las pymes.

De lo contrario vamos a la disolución como Nación, a la pérdida de identidad nacional y a un desastre anunciado.

La solución debe venir del equilibrio resultante sobre dos escollos que se deben evitar con igual cuidado: el de ser demasiado severos con el infortunio y la desgracia o demasiado indulgentes con la mala fe y el fraude. Todos sabemos que debemos y tenemos que colaborar.

Hemos dicho en otro lugar que la libertad, intimidad y privacidad de los individuos son el núcleo central de los sistemas jurídicos democráticos y los distintos ordenamientos se han organizado para ponerles los límites que surgen impuestos a su vez por otros principios, por ejemplo el de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y otros igualmente importantes, en ese orden de ideas, es menester que la solución (si es que la hay) que surja impuesta por el poder de turno sea equilibrada y no deberá trasladar a un grupo de sujetos todo el peso de la ruptura de la cadena de pagos, porque carecería de sustento jurídico que para resolver un conflicto se decida eliminar un sujeto para salvar a otro. “Es fundamental entonces el equilibrio para mantener el bien común y la paz social, para ello el ejercicio del poder debe ser equilibrado, sin generar discordia por un ejercicio insuficiente del poder, ni opresión por su exceso”[32].

Frente a ésta imperiosa necesidad de equilibrio se erecta el derecho de la emergencia, con su problema congénito y su estigma de autoritario, que ha apoderado al ejecutivo y licuó la operatividad del Congreso, por un lado y la desesperación de la población que pide una intervención.

“La gente busca también refugio y protección en el Estado que, tras la pandemia podría regresar con fuerza en detrimento del Mercado. En general, el miedo colectivo cuanto más traumático más aviva el deseo de Estado, de Autoridad, de Orientación”[33].

Todo parece indicar que si no hay un golpe de timón oportuno, nos aproximamos a una tormenta perfecta.

IV. Derecho concursal y emergencia [\[arriba\]](#)

Frente a este contexto fáctico jurídico, literalmente calamitoso, se vislumbra en el horizonte el final de la pandemia para aquellos afortunados que sobrevivan. El escenario es apocalíptico, pues los que queden vivos, pues van a gozar de los privilegios de la insolvencia.

Los sobrevivientes, deberán hacerse cargo del verdadero desmán que les espera una vez superada la cuarentena que es regresar al llano desierto de sus negocios, en el estado en que se encuentren.

En éste escenario, donde lo único realmente bueno es la franca recuperación de la naturaleza, la vuelta del aire puro, el cielo limpio, la reducción de la contaminación y la -casi- inexistencia de delitos, los empresarios tendrán que desempolvar las facturas pendientes generadas por los gastos fijos que gravaron su inactividad durante el confinamiento y a los que nos referimos en la introducción de éste trabajo.

El derecho concursal con su marcada impronta publicística se presenta prima facie como prácticamente la única opción de hacer frente a los pasivos generados por la cruenta cuarentena, puesto que la ley económica de encadenamiento del crédito ha mostrado su peor cara. La multiplicidad de acreedores insatisfechos que son también deudores de sus propias obligaciones con terceros, ha generado un estado de insolvencia general que se propaga exponencialmente y que se agrava con el paso del tiempo.

A diferencia de otras crisis anteriores de carácter general exógeno que hemos padecido, la pandemia no se debe a erróneas políticas macroeconómicas (como el desagio de 1985, o en el corralito financiero de 2001), sino a un evento de la naturaleza.

Por eso, si bien el derecho concursal es un derecho excepcional que se activa con el presupuesto objetivo de la cesación de pagos del sujeto que pretende acogerse a los beneficios de la ley, cuando toda (o más del 90%) la sociedad se encuentra en la misma situación de cesantía, con la cadena de pagos rota, por causas exógenas generales y ajenas a su administración, el problema deja de necesitar una solución individual o sectorial, sino que son necesarias políticas concretas que, si bien no resuelvan este desastre, de alguna manera lo amortigüen, creen las condiciones para que tal cosa suceda, o lo minimicen de algún modo.

Desde el punto de vista general la falencia enfatiza las características del problema como un fenómeno socioeconómico colectivo, y tal análisis lleva una premisa implícita: “es inconcebible y reprobable que todas, o al menos un alto número, de personas integrantes de una estructura social caigan en cesación de pagos, ya que tal situación implicaría que no hay protección al crédito y, por lo tanto, que el crédito no existe”[34].

Ello parece confirmarse cuando se advierte que la doctrina general de la quiebra se ha edificado sobre el principio de la comunidad de las pérdidas o principio de contribución, que tan eficazmente se presenta en varios institutos de derecho mercantil (v. gr. averías, liquidación de sociedades, las viejas moratorias o suspensión de pagos, etc.).

Es decir, que la ley concursal utiliza el criterio del mal menor como mejor solución, incorporando la regla de la asimetría concursal conforme la cual el cesante se libera pagando menos de lo que debe y, a su vez los acreedores no pueden cobrar más de lo adeudado por tal situación[35].

Así las cosas, porque no hay buena ley, tratándose de arreglar un negocio malo, “porque un negocio, que siempre y fatalmente lleva a la pérdida de un tanto por

ciento para los acreedores y a la pérdida de sus bienes para el deudor (caso de quiebra) tiene que ser un negocio malo. Y, en este caso real, la deficiencia está en las cosas”[36], entendemos que la situación amerita de una política macroeconómica que se ocupe del tema porque la regulación concursal se verá desbordada con esta situación fáctica no prevista ni previsible[37].

En efecto, sobre el punto con acierto se ha dicho que “Ni las ordenanzas de la práctica más experimentada, ni las investigaciones de la ciencia más amplia, ni los recursos del espíritu más fino, ni las combinaciones de la más sagaz previsión, suprimirán jamás en ésta materia las dificultades que surgen de su propia naturaleza y que suman sus inevitables inconvenientes a todas las imperfecciones del legislador. Todo el mundo pierde en una quiebra; la sabiduría consiste no en impedir o prevenir sacrificios forzosos, sino en medirlos y coordinarlos. Se imputa fácilmente a la Ley los males que se derivan de la necesidad a la que debe ésta obedecer; y como ningún tiempo, ni en ningún país del mundo, ninguna ley impedirá que una quiebra sea un negocio ruinoso, es de presumir que siempre y en toda ocasión se oirán lamentos por las legislaciones sobre la quiebra”[38].

En consecuencia, no cabe esperar del Estado más de lo que estará en condiciones de dar, porque estará tan paupérrimo como cualquiera de nosotros, o quizás más, intentando hacerse cargo de todo un ejército de indigentes que sostiene desde hace años sin siquiera intentar organizar la más elemental contraprestación.

La solución que brindará el Estado será entonces una emisión masiva y brutal de dinero, admitiendo la consecuencia directa del espiral inflacionario resultante de la misma[39], al generalizarse el estado individual de insolvencia se provoca un colapso colectivo “cuya reversión corresponde a decisiones políticas no programadas en el ordenamiento legal vigente, ajenas al mismo y que lo modifican”[40].

O que recurra a los “generosos” auxilios de China para los países en desarrollo, a cambio de derechos de explotación de sus recursos naturales[41].

Lo peculiar de éste trance que ahora nos toca, es que verdaderamente excede todo lo conocido, la cadena de nuestra historia se compone de eslabones donde cada uno comienza y concluye con una emergencia, no hemos tenido descanso desde su fundación y albores, sucede que la pandemia se generó en el ambiente de otra emergencia subyacente (ley 27.541), lo que sumado a la precariedad económico-social y fiscal es un cóctel explosivo.

Por eso, ésta emergencia es distinta, es verdadera, genuina, más grave y más peligrosa que las anteriores, básicamente porque rompe una de las premisas sobre las que se ha estructurado históricamente el derecho concursal que se refiere a que las situaciones de bancarrota provienen de forma necesaria e ineludible de la propia administración patrimonial del deudor que cae en ella[42]. Esta insolvencia involucra patrimonios bien administrados, empresas exitosas, sin embargo ha afectado y arrastrado a situaciones concursales a sectores industriales enteros en condiciones de solvencia hasta esta manifestación de pandemia.

En esa inteligencia cabrá apelar a la cooperación para aportar los que puedan, todo lo que se pueda, puesto que ninguna ley puede garantizar seguridad de percepción de los créditos. Es improbable que se pueda solucionar algo, imponiéndole por ejemplo al empleador la obligación de pagar salarios cuando su empresa no produce

y los obreros no trabajan. Sencillamente no lo puede hacer, no pueden asumir ese costo. Tampoco podrá hacerlo el Estado por mucho más tiempo.

En España, por ejemplo se les adelantó el salario por el plazo no trabajado a cuenta de horas extras futuras, de modo tal que el costo del salario pagado al trabajador no sea una pérdida neta para el empleador, sino una suerte de adelanto, o crédito otorgado al trabajador para que supere el trance, para eso es necesaria la colaboración y que el trabajador entienda que si el empleador quiebra, él pierde - entre otras cosas- su trabajo y también probablemente su crédito, puesto que cuando las personas están insolventes no hay compulsión que pueda lograr que se satisfagan las deudas.

Por su parte el legislador deberá aguzar su ingenio, redoblar el esfuerzo convocando a todos sus asesores, e intentar colaborar mediante alguna norma de derecho mercantil que - como toda regla mercantil - corre siempre detrás de los hechos consumados, para de algún modo resolver este estado de caos general y minimizar sus consecuencias negativas.

Para entender el problema hay que partir de la base que tendremos intereses contradictorios, de los dos lados de cada relación patrimonial de derecho privado habrá cesación de pagos y pretensiones incumplidas.

Es decir que la insolvencia lo cubrirá todo, frente a ello es necesaria una armónica solución del conflicto, con “criterios de respeto a sus derechos particularmente constitucionales y de su participación obligatoria para intentar resolverlo...Por estas particularidades, éste problema necesita un tratamiento interdisciplinario, ya que la virtud de cada disciplina es determinar lo significativo, o sea, un diagnóstico de carácter previo a cualquier solución”[43].

La emergencia y el derecho concursal confluyeron varias veces en nuestra historia, la última fue en 2002 con dos leyes, la 25.563[44] y la 25.589, no nos vamos a detener en el desarrollo del comentario de ambas normas, pues, en su momento contamos con la erudita pluma de Ariel Dasso que lo hizo, con su habitual elocuencia, mejor que nadie[45].

Por nuestra parte, entendemos que alguna solución se puede ofrecer en el marco concursal, no sólo de lege lata echando mano de los procedimientos existentes: APE, concurso preventivo y quiebra, sino también de lege ferenda intentando humildemente proponer la restauración de un instituto que frente al estado de las cosas permitiría, en principio, evitar el concurso o la quiebra.

Como es de prever se presentarán casos de personas cuyo endeudamiento superará su capacidad de cumplimiento y otros sujetos que sólo necesitarán tiempo para honrar sus deudas, puesto que fueron generadas durante la inactividad del confinamiento. Para estos sujetos podría ser de alguna utilidad una regulación renovada de las viejas moratorias.

V. Derecho común y emergencia [\[arriba\]](#)

También queda echar mano, aunque habrá que ver bajo que modalidades procesales de dos institutos de los que poco y nada se ha hablado - hasta ahora - legislados en los artículos 955 y 956 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 955 lo transcribimos por su relevancia con la situación en comentario: “Definición. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados”.

El ordenamiento prevé un supuesto de extinción de obligaciones por caso fortuito o fuerza mayor, en la primer parte del artículo y en la segunda una novación objetiva cuando la imposibilidad sobreviniente es debida a causas imputables al deudor.

Es condición del nacimiento de la obligación que su objeto sea de posible cumplimiento (arg. art. 725 CCC).

Debe tratarse entonces de una imposibilidad sobreviniente, posterior al acto que generó la obligación, y puede a su vez ser material o legal[46].

La imposibilidad material se refiere al impedimento físico o fáctico de entregar la cosa debida, la imposibilidad debe ser absoluta es decir para todos los sujetos, excepto que se trate por ejemplo del caso de obligaciones de hacer intuitu personæ (fallecimiento del obligado) en cuyo caso nos encontramos con un supuesto de imposibilidad subjetiva por las características de la prestación.

Sin perjuicios de ello, las obligaciones de género entre las que se encuentran las de dar sumas de dinero, en función de que el género nunca perece siempre será posible hacer el pago con objetos de otra especie y calidad[47].

La imposibilidad debe ser ajena a la conducta del deudor y producida por caso fortuito o fuerza mayor, cuya prueba recae siempre a cargo del deudor[48].

La imposibilidad legal existe cuando el ordenamiento prohíbe el cumplimiento de la prestación debida, en la especie podría darse el caso que el Estado expropie el objeto debido, que se ponga fuera del comercio determinados bienes, prohibir una construcción o disponerla a mayor o menor altura de la convenida.

Por su parte la imposibilidad objetiva se refiere a la prestación en sí misma considerada, se refiere a la propia identidad del objeto de la prestación.

Imposibilidad absoluta refiere que no puede ser ésta superada por fuerzas humanas, en cambio es relativa la imposibilidad cuando no es posible para el deudor. La dificultad o mayor onerosidad, no integran el concepto[49].

Por último la imposibilidad no deberá ser imputable al deudor y definitiva, esto es no susceptible de poder ser cumplida ulteriormente.

Asimismo, el art. 1730 CCC textualmente dice: “Caso fortuito. Fuerza mayor. 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. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos”.

Se trata de un hecho que, al resultar inevitable o imprevisible, rompe la cadena causal y se constituye en la verdadera causa adecuada de los daños sufridos por a

víctima, sus características son la imprevisibilidad, inevitabilidad y ajenidad. Las dos primeras son disyuntivas, es decir pueden estar una sin la otra, pero la ajenidad es copulativa con cualquiera de las primeras.

Habría que ver entonces caso por caso, cuales son las obligaciones que entran en el concepto de imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva para poder realizar el planteo en cada supuesto concreto.

Pero lo cierto es que por la naturaleza de las obligaciones que pueden ser extinguidas por la imposibilidad de cumplimiento, es muy difícil que abarque a todas las que componen el pasivo del patrimonio de un solo sujeto, sea éste una persona humana o jurídica. Servirá siempre el instituto en aquellos casos puntuales donde algunas obligaciones podrán declararse extinguidas por su imposibilidad de cumplimiento, pero nunca abarcará a todas.

Pasamos ahora a estudiar un viejo y olvidado instituto que tal vez sea necesario sacarlo del olvido.

VI. Las moratorias. Antecedentes [\[arriba\]](#)

Históricamente las moratorias fueron el medio acordado en el antiguo Derecho para librarse de los rigores de leyes que acordaban acción al acreedor, no sólo contra los bienes, sino también contra la persona del deudor. “Eran concesiones del príncipe en Roma, y recién en tiempo de Justiniano las *exceptio moratoria rescriptii moratori induciæ* quinquenales tuvieron su legislación. En España se concedían por el Rey o Consejo Supremo, y consistían en esperas otorgadas al deudor por enfermedades, malas cosechas u otros atrasos, previa fianza que pagaría al vencimiento, como lo dispone la ley 1° título XXXIII, Libro XI de la Nov. Recop. La espera se legislaba en la partida 5° y se otorgaba sin hacer distinción de comerciante o no. La quita estaba reglamentada en la partida 5° y se concedía por igual procedimiento que la espera, evitando la cesión de bienes”[50].

En efecto, durante la invasión Franca en épocas de Justiniano se acordó una espera de cinco años y una quita del cincuenta por ciento respecto de toda deuda contraída con anterioridad a dicha invasión, consecuentemente se suspendió el curso de las prescripciones, mientras duraba el emplazamiento de los invasores.

En las Partidas Castellanas hubo dos institutos que se ocuparon del tema las moratorias que eran cartas otorgadas por la gracia del rey o su consejo supremo y por un tiempo determinado y la espera que eran concedidas por los acreedores en un acuerdo, las normas surgen del texto arriba transcrito.

Este tipo de regulación ha sido necesaria en épocas de calamidad o de guerra, donde también hubo suspensiones generales de plazos[51].

Se trató, en su origen, de una concesión del príncipe, como las que justifica, precisamente, el derecho de la emergencia, autorizada por acontecimientos extraordinariamente desafortunados y calamitosos, como enfermedades, desastres naturales, guerras, etc.

Es decir que, en definitiva, trataron de atender una cuestión de justicia distributiva, pues desde el punto de vista de la conmutativa, la solución que se propone siempre será injusta[52].

En efecto, la justicia distributiva, se ha dicho “gobierna las relaciones de todo con sus partes y establece una igualdad proporcional entre ellas, según sea la posición en el todo, según la medida que cada parte es parte del todo, pues todas son partes, pero no en la misma medida. Este tipo de relación importa un ajuste de bienes comunes a personas particulares, de tal manera que según sea la proporción de los individuos entre sí en el todo será la proporción de bienes comunes que a cada uno corresponda”[53].

Y en párrafos más abajo sigue diciendo Esparza, en cita a Rossi “...Pues bien, frente a esta nueva realidad económica financiera que es la cesación de pagos, los principios y criterios de la justicia conmutativa -que señalé antes- resultan completamente inadecuados para implantar en aquella el ajuste y la igualdad que van ínsitos en la idea de justicia natural que, a su vez, debe presidir y orientar la legislación positiva. Se entra aquí en el ámbito propio de la justicia distributiva, porque así lo exige “la naturaleza de las cosas”, como diría el realista Aristóteles, por lo que estamos en el plano del derecho natural que subyace la institución positiva de la quiebra...Es específico de la justicia conmutativa que el deudor pague con bienes particulares suyos lo que estrictamente debe a cada acreedor individual y aisladamente considerado. En el estado de insolvencia este tipo de ajuste conmutativo resulta imposible porque el deudor no puede pagar a uno sin dejar de pagar a otro, advierte que sus disponibilidades son insuficientes para dar a cada uno lo suyo. El punto de vista de las meras relaciones interindividuales del deudor con cada acreedor debe necesariamente ceder el paso a otro tipo de consideración, a otro enfoque que ahora debe mirar la realidad desde otro ángulo: las ideas de comunidad y universalidad, tanto de personas como de bienes. Los acreedores ya no se consideran individual y aisladamente sino como una comunidad o totalidad y cada acreedor no se mira como un individuo aislado frente al deudor sino como parte de un todo integrado también por otras partes; y los bienes, en cierta manera, se hacen comunes, dejando cada uno de ellos o las disponibilidades dinerarias del deudor de tener asignación separada a un acreedor determinado. En última instancia, la idea central que vengo exponiendo se funda, a su vez, en un principio de derecho natural primario de muy fecundas proyecciones en todo el campo social y político. Es el que menciona reiteradamente Santo Tomás: *in casu necessitatis omnia sunt communia*, esto es, que en caso de necesidad todos los bienes son comunes”[54].

Nuestro Código de Comercio las adoptó en la ley 15 de 1862, ya que las había prohibido Rosas en 1836[55] y estuvieron previstas en el art. 26 inc. 3º y legisladas en los arts. 1728 a 1755[56], luego en la ley 2637, modificada por la ley 2889 de 1889 se regularon en los arts. 1584 al 1.604, hasta que fueron derogadas, por la ley 4.156 en 1902.

Durante la vigencia del Código de 1862 la moratoria mercantil se les concedía a comerciantes que probaran la imposibilidad de pagar por cuestiones de caso fortuito o de fuerza mayor; su situación financiera debía ser de imposibilidad momentánea de honrar sus pasivos, pero no en caso de insolvencia (pasivo mayor que el activo); se exigía la buena fe del peticionario.

De las viejas moratorias se han dicho varias cosas, por un lado se celebró que hayan sido derogadas por la ley 4.156 pues a esa altura estaban universalmente condenadas, que se trata de institutos que son un privilegio que pudieron tener su

explicación en otro tiempo, pero que entonces se encontraban fuera del derecho, en definitiva se las consideraba anacrónicas. Producen un relajamiento del rigor legal y toman fácilmente el carácter de privilegio para el beneficiario. “La facilidad de obtenerlas debilita y mengua el crédito personal que, como sabemos, encuentra una fuerza poderosa en el pronto recurso de las vías de ejecución”[57].

Sin embargo, también, en ese momento, tenía el instituto, ardientes sostenedores: “Se dice que las moratorias convienen al deudor, a los acreedores y a la sociedad. Al primero porque le pone en condiciones de restablecer la marcha regular de sus negocios, evitando la quiebra, a los segundos porque su situación especial les permite poder obtener, dentro de un lapso de tiempo más o menos breve, el íntegro pago de sus créditos. Por fin, a la sociedad, dado el encadenamiento de las relaciones mercantiles más sensible sería el caso de quiebra que el de moratoria...Se corona la tesis, sosteniéndose, lo que no deja de ser verdad, que es hecho comprobado que los pueblos en su evolución están regidos por leyes económicas, que estas leyes han evidenciado la existencia de períodos de crisis, y el legislador que vele por los intereses generales debe sancionar medidas que los atenúe; que el comercio es el factor social que más sufre en esas épocas aciagas; y lógico es -se concluye- que aquellas medidas, como necesidad imperiosa y a título de protección, adopten en su reglamentación el sistema de las moratorias”[58].

Por nuestra parte, entendemos que el análisis del instituto debe hacerse necesariamente desde la óptica de la justicia distributiva, para sortear una calamidad y no, para beneficiar a un deudor pícaro o recalcitrante, sino para garantizar en cierto modo la tranquilidad pública, para intentar ordenar el caos generado por la situación extraordinaria.

Por eso debe ser efímera: como la antigua magistratura de la dictadura. En definitiva un instituto típico y tradicional para conjurar una verdadera emergencia económica, como la generada por el confinamiento dispuesto.

Es claro que en éste caso el solicitante estaría eximido de acreditar el caso fortuito o fuerza mayor, pues no hay necesidad de ello, sin embargo tiene que haber buena fe en la solicitud y solvencia, sólo se requiere una imposibilidad momentánea de honrar los pagos.

Nuestro piloto de tormentas, cuando se hizo cargo de la presidencia en 1890 envió al congreso un proyecto de ley de moratoria para los bancos porque la corrida bancaria (la primera de nuestra historia) que se generó entonces amenazaba la estructura y solvencia de todo el sistema financiero, dijo en la nota de elevación el Dr. Pellegrini: “...No existe Banco alguno cuyo encaje baste a responder en todo momento a la suma de sus depósitos, ni puede haberlo; de manera que un retiro violento de éstos, producidos por causas imprevistas, puede dar lugar a que el Banco más próspero y mejor administrado se halle en el caso de no poder hacer frente a las exigencias de sus depositantes. Para evitar que los Bancos sean arrastrados a una quiebra, siempre desastrosa y obtener que se amparen con éxito a la ley de moratorias, es necesario suprimir ciertas dilaciones y trabas, en obsequio a la rapidez, sin la cual las moratorias serían seguramente inútiles. No puede negarse que los Bancos, están íntimamente vinculados al comercio y la industria, y que es un deber poner al alcance los medios para salvar de una catástrofe que complicaría con trascendencia incalculable los intereses generales del país. La situación actual, difícil de suyo por múltiples causas, puede agravarse de un momento a otro si los poderes públicos no concurren a conjurar, con su acción legal y prudente, lo que, siendo hoy sólo un peligro, puede ser mañana un mal irreparable. Las circunstancias

imponen la urgente necesidad de llenar este vacío de nuestra legislación...” (el énfasis es nuestro y cualquier similitud con la situación actual es mera coincidencia)[59].

En definitiva, las críticas que ha generado en su momento el instituto de la moratoria no se deben al origen de su existencia, sino a su viciosa aplicación realizada por los jueces fuera del contexto para el que la norma fue creada. Terminó siendo un instituto prostituido por el abuso y el fraude que los jueces permitieron[60].

VII. La nueva moratoria [\[arriba\]](#)

Hemos visto que no se trata de un instituto extraño a nuestra tradición jurídica y que las críticas, justificadas, provienen de haberlas usado fuera de las circunstancias extraordinarias que condicionaron su creación, como explicamos.

En éste caso, no habrá necesidad de acreditar el caso de fuerza mayor que ya es público e indiscutible, sino acreditar el perjuicio padecido por el sujeto solicitante de la misma.

Nos explicamos: no es el mismo perjuicio que sufre un empresario supermercadista o farmacéutico -que no ha padecido ninguno, sino más bien lo contrario- que uno que explote salas de cine, de teatro, productor de espectáculos, estacionero de servicios, gastronómico, etc. cuya actividad cayó en picada en la pandemia y tiene que sostener su costosa estructura.

No creemos que se pueda hacer magia y que una actividad que no tiene fecha de reanudación como la de la gastronomía pueda sostenerse con una ley de moratoria, porque sería adoptar una postura de voluntarismo que no suscribimos.

Sin embargo, una gran cantidad de sujetos, tal vez pueda hacer uso del instituto, recortar los costos económicos y políticos de un concurso y capear el temporal con una solución - si se permite la licencia - intermedia, anticipatoria y no tan gravosa como el concurso.

Será necesario entonces una moratoria nueva, que provoque una fractura patrimonial en el tiempo (arts. 16, 19, 21 inc. 3°, 32 y cctes. LCQ), del mismo modo que la provoca la presentación en concurso y que se limite, en definitiva sólo y exclusivamente a los pasivos generados por la cuarentena.

Que tenga un principio: 16 de marzo de 2020 y un final que todavía no terminamos de conocer, pero tiene que tenerlo necesariamente en un lapso no mayor de seis meses.

Ese corte temporal en el patrimonio de todos aquellos que en ese plazo han generado deuda debería tener que ser el objeto material sobre el que trabaje la ley de moratoria general.

Desde siempre, el comercio ha descansado sobre tres bases fundamentales que son: el crédito, la rapidez y la seguridad, todos custodiados por la buena fe, pues de lo contrario sería imposible.

En el comercio todo es breve, rápido, lacónico, preciso; “cada vez que la necesidad apunta la conveniencia de adoptar una medida para garantizar estas cualidades se

hace indispensable adoptarla y aplicarla sin pérdida de tiempo; de aquí la serie interminable de modificaciones introducidas por cada legislación en sus leyes comerciales...”[61].

Es precisamente, con el objeto de que los créditos no padezcan una inveterada sentencia que dice que la “quiebra es procurar la más equitativa repartición posible del activo del fallido entre los abogados y oficiales públicos que concurren a la liquidación”[62], que se formula ésta propuesta[63].

La actividad mercantil desde siempre ha vivido y se ha nutrido de la buena fe, la exactitud y la puntualidad, cualquier retardo la desbarata y el efecto de la pandemia y la consecuente cuarentena ha generado literalmente una ruptura en la cadena de pagos, por razones de fuerza mayor.

El Estado deberá hacerse cargo de brindarle al menos una solución que no sea tan onerosa y dolorosa como la concursal, creando alguna suerte de instituto anticipatorio, será en definitiva ésta una solución deseable que tendrá que adoptar el Estado para intentar - de alguna forma - mitigar la crisis que se avecina.

Obviamente ésta propuesta conspira claramente contra inefables intereses corporativos, pero sin embargo, al margen del desmán en que se encontraban numerosas empresas en el referido contexto de la emergencia dentro de la emergencia, lo que se trata de evitar o por lo pronto de minimizar, es que la pandemia se convierta en un detonante de otra pandemia de insolvencia generalizada, con la consecuente ruptura de la cadena de pagos que desembocará, sin dudas, en la imposibilidad del Estado de cumplir con sus obligaciones nuevamente.

Una forma de prevenir ese espiral descendente como un tornado invertido sería una ley de moratoria general. Las leyes, no deben ser actos de poder, sino más bien de sabiduría de justicia y de razón, debe encarar un fin moral, noble, que se identifique, en definitiva con la necesidad que va a satisfacer.

Es por eso que el poder ejecutivo, máxima autoridad en la emergencia, no sólo debe ejercer su autoridad, sino que debe comprender la realidad que deberá regular y, sobre todo tratar de solucionar. Ya sea por ley o DNU ratificado por ley es menester ofrecer una solución a los empresarios que se ven afectados por la enfermedad.

Ello le impone la necesidad y la obligación de regular y -si se quiere- administrar de modo práctico y sano el quebranto masivo generado por la pandemia, en el marco de una emergencia anterior (Ley 27.541).

La propia dinámica del comercio, hace que lo que hoy considera una regulación de vanguardia, al corto tiempo la transforme en una regla estéril, como ha quedado demostrado. Cuando la ley en un momento dado presenta el máximo de garantía posible, se trata de una ley buena en su origen, en cambio, “cuando el clamor público pone de manifiesto un mal, cuando la llaga se ve destilando materia y no se aplica el remedio adecuado el legislador falla y la crítica debe mostrarse severa ¿por qué? Porque justamente la ley y la crítica nacen y se desarrollan en el mismo momento”[64].

Este temperamento sería aplicable para la generalidad, en su conjunto, es decir al sector privado, para una totalidad de intereses comunes y solidarios. El factor que

agrava el problema es que muchos de éstos pasivos se han generado sin contraprestación alguna, como algunos impositivos, los laborales y los previsionales.

Es clave, para no deteriorar definitivamente el crédito que exista un corte temporal y que no se prorrogue, pues de lo contrario el padecimiento se extendería, a nuestro entender sin fundamento y el instituto sería pasible de las críticas que hemos referido arriba y que fueron históricamente las que recibió el instituto.

Para que tenga cierta utilidad deberá ser concedida por el juez a petición de parte y la espera no debería ser mayor a un año acordada de modo tal que no signifique una licuación de deuda por inflación, ya sea convirtiendo la deuda dineraria en deuda de valor (por ejemplo atada al valor del litro de nafta, de un kilo de carne, al valor dólar, o lo que se acuerde) o actualizada con índices que reflejen el deterioro monetario real.

El criterio es el del pago íntegro, razón por la que no deberán ser aceptadas quitas de ninguna especie. Su efecto será suspender las ejecuciones, pedidos de quiebra, cautelares y medidas compulsivas. Afecta solamente a las deudas relacionadas con la explotación comercial que se vio perjudicada por la pandemia. No genera novación y tampoco es oponible a sujetos acreedores por causas extrañas a la explotación comercial, no mencionadas en la petición inicial. Su incumplimiento genera caída de plazos.

El trámite procesal debería prescindir del consentimiento de los acreedores, pues la espera se concede por imperio legal y ser sumarísimo.

Deben ser deudas propias del giro comercial devengadas por los gastos fijos que no fueron solventados por el corte del flujo de fondos por efecto de la pandemia (fiscales, [nacional, provincial y municipal] servicios, [gas, teléfono, electricidad, expensas] deudas laborales, financieras, alquileres de negocio, etc.).

Las críticas que han recibido históricamente las moratorias, lo fueron por las injusticias que genera el hecho de que un instituto concebido para paliar situaciones de excepción se aplique en tiempos de normalidad.

Simplemente hoy el grueso de las empresas se encuentran agobiadas, sin producir y con la necesidad de responder por el devengamiento de relevantes pasivos generados -muchos de ellos- sin contraprestación.

El sector público ha recurrido ya a la moratoria de sus pasivos disponiendo la espera de aquellos bonos de deuda sujetos a la ley y jurisdicción argentina. También la ha promulgado respecto de algunos vencimientos financieros, como los de las tarjetas de crédito.

Este trabajo tiene por objeto incentivar otros más profundos que desarrollen con más responsabilidad una solución que, en definitiva, no sea la concursal a los problemas que les ha generado la pandemia a casi todo el universo empresario.

Lamentablemente habrá industrias que no podrán recuperarse sin una solución concursal, pero habrá muchas a las que una moratoria legal podría ayudar a resolverles el desfasaje ocasionado por este confinamiento, sin tener que soportar los costos y problemas que genera un concurso preventivo u otra solución concursal.

Notas [\[arriba\]](#)

- [1] MDE UNIVERSIDAD AUSTRAL 2006. Agradezco al Dr. Gustavo Esparza, por la lectura y comentarios constructivos siempre, previos a esta publicación.
- [2] GUIBOURG, Ricardo A. “Norma, coyuntura y emergencia” ps. 7/8 en Emergencia económica y teoría del Derecho GUIBOURG, Ricardo A. Dir. LA LEY, Buenos Aires, agosto de 2003: “La emergencia es un concepto conocido por los argentinos desde siempre: después de todo la Revolución de Mayo puede interpretarse como una emergencia en la que la situación de la corona española requería que los súbditos del Virreinato del Río de la Plata, fortaleciesen con su aporte los derechos del soberano Fernando VII. Y, de paso el problema se mostraba con tal urgencia que el Cabildo de Buenos Aires (uno entre muchos municipios) debía designar un gobierno provisional ad referendum del resto del territorio...La emergencia en éste caso, no fue más que un pretexto para cambiar el régimen político: que ese cambio cuente ahora con nuestra ferviente adhesión retrospectiva es un punto relevante para la interpretación histórico-política, pero no alcanza a modificar los hechos simples y puros. Desde entonces, la República Argentina ha vivido de emergencia en emergencia. Al principio, acaso desde el fin de la anarquía, cada generación gozaba (es una manera de decir) de algunos años seguidos de algo que podría denominarse normalidad. Pero desde 1930 las emergencias se hicieron cada vez más frecuentes, en la última década del siglo XX vivimos en una emergencia permanente y a fines de 2001 nos precipitamos en otra de tal profundidad que muchos llegaron a añorar las emergencias anteriores”.
- [3] HUTCHINSON, Tomás “Emergencia, Constitución y después” en MILJIKER, Eva (coord..) El derecho administrativo en la emergencia, I p. 179 Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002.
- [4] Este dato del 40% de la pobreza es anterior al COVID 19, seguramente cuando se levante la cuarentena vamos a tener más del 60% de la población pobre, por lo que ya diremos.
- [5] En contra de la previsibilidad de la pandemia BOTTERI, José David (h)-DASSO, Ariel A. (h.) “ El derecho concursal argentino y la pandemia de COVID-19: propuestas de mejora” LA LEY del 24 de abril de 2020, cita on line AR/DOC/1234/2020. “Nassim I. Taleb, que es el promotor de estas ideas desde el análisis financiero de riesgos, sostiene sin embargo que la pandemia de COVID-19 es un caso de cisne blanco, esto es, de un riesgo conocido y predecible”.
- [6] Sobre éstos ver CSJN Fallos 136:170 28/04/1922 “Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshou, Julieta”; Fallos: 144:200 26/08/1925 “Mango, Leonardo C/ Traba, Ernesto”; Fallos 172:21 12/07/1934 “Avico, Oscar c/ De la Pesa, Saúl”; 01/09/1944 “Inchaspé, Hnos., Pedro c/ Junta Nac. De Carnes en LA LEY T° 36, p. 703; 28/11/1944 “Ferrari, Daniel C. y otros c/ Pieti, Ramón” en LA LEY t. 35 p. 787; 01/03/1946 “Ciarrapico, Eugenia C.C. de c/ Marino, Cayetano” en LA LEY t. 41 p. 837; 15/05/1959 “Nadur, Amar c/ Borelli, Francisco” en LA LEY t. 96 p. 13; 22/06/1960 “Cine Callao” en LA LEY t. 100 p. 45; 27/12/1990 “Peralta, Luis A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía-Banco Central) en LA LEY 1991-C, 158; 01/02/2002 “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita interv. Urgente en Smith, Carlos A c/ P.E.N. s/ sumarísimo” en LA LEY 2002-A-770, entre muchos otros).
- [7] FRESNEDA SAIEGG, Mónica L. - ESBORRAZ, David Fabio - HERNANDEZ, Carlos Alfredo “La norma de orden público y su funcionamiento” ED, 166-839.
- [8] Dice el inciso 3° del art. 99 CN, en su parte pertinente: “...El jefe de gabinete

de ministros, personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esa Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

[9] GUIBOURG, Ricardo A. “Norma, coyuntura y emergencia” p. 8 nota 8, en Emergencia económica y teoría del Derecho GUIBOURG, Ricardo A. Dir. LA LEY, Buenos Aires, agosto de 2003.

[10] Art. 1° “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglos a las bases de delegación establecidas en el artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020”.

[11] El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, por su parte es elocuente: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

[12] SCHMITT, Carl La dictadura, Revista de Occidente, Madrid, 1968 p. 142.

[13] Para profundizar esta idea ver SCHMITT, Carl La dictadura, ob. cit. con fines ilustrativos se transcriben algunos párrafos sobre su origen ps. 34/37, 38 y 42: “Para los autores humanistas del renacimiento, la dictadura era un concepto que se encontraba en la historia de Roma y en sus autores clásicos. Los grandes filólogos y conocedores de la antigüedad romana comparaban las distintas exposiciones de Cicerón, Tito Livio, Tácito, Plutarco, Dionisio de Halicarnaso, Suetonio, etc. y se interesaban por la institución como una cuestión de la historia de la antigüedad, sin buscar un concepto de significado jurídico estatal general. De esta manera fundaron una tradición, que ha permanecido invariable hasta bien entrado el siglo XIX: la dictadura es una sabia invención de la República Romana, el dictador un magistrado romano extraordinario, que fue introducido después de la expulsión de los reyes, para que en tiempos de peligro hubiera un imperium fuerte, que no estuviera obstaculizado, como el poder de los cónsules por la colegialidad, por el derecho de veto de los tribunos de la plebe y la apelación al pueblo. El dictador, que era nombrado por el cónsul a solicitud del Senado, tiene el cometido de eliminar la situación peligrosa que ha motivado su nombramiento, o sea, hacer la guerra (dictadura rei generade) o reprimir una rebelión interna (dictadura seditionis sedendae)... El dictador era nombrado por seis meses, pero antes del transcurso de este plazo resignaba su dignidad, al menos con arreglo al loable uso de los viejos tiempos republicanos, si había ejecutado su misión. No estaba ligado a las leyes y era una especie de rey, con poder ilimitado sobre la vida y la muerte...El significado lingüístico de la palabra dictadura, que conduce a su extensión a todos aquellos casos en los que puede decirse que se “dicta” un orden y que hoy contribuye indudablemente a la divulgación de la palabra (dictator est qui dictas)... Sebastián Franck, en su Chronika al dictador, subraya como esencial que el dictador era elegido en un caso de la mayor necesidad, tenía el “poder supremo” de castigar con la muerte, sin que su sentencia pudiera ser apelada, y era el “jefe supremo del regimiento de Roma”, cuya “jurisdicción y poder procedían a la dignidad de la investidura senatorial”...A Maquiavelo se le ha negado con bastante frecuencia toda originalidad y sus escritos han sido calificados de copia de modelos antiguos, de “antologías” de Aristóteles y Polibio, o de “disertaciones humanistas”. Sin embargo sus observaciones sobre la dictadura

demuestran justamente un interés político independiente y una capacidad de diferenciación. Junto a las cosas conocidas repetidas en todas las épocas, de que para las relaciones extraordinarias se necesitan medidas extraordinarias, y a las explicaciones aparecidas hasta bien entrado el siglo XIX, sobre la virtud de los republicanos romanos que renunciaban a su dictadura antes del transcurso del plazo de su mandato (I, cap. 30, 34), se encuentra también observaciones sobre el curso del ejercicio regular del cargo, cuya prolijidad y cuya colegialidad para la deliberación resultaban peligrosas en los casos urgentes y podían hacer imposible una decisión rápida. Para la República, la dictadura debió ser justamente una cuestión vital. Porque el dictador no es un tirano y la dictadura no es algo así como una forma de dominación absoluta, sino un medio peculiar de la Constitución republicana para preservar la libertad”. P. 38: “El dictador es siempre un órgano del Estado republicano, ciertamente extraordinario, pero no obstante constitucional, es cavitano, lo mismo que el Cónsul y los otros Chefs (Discorsi II, cap. 33)”. Ps. 41/2: “Siempre depende de la “situación de las cosas”. Puesto que hay que lograr un éxito concreto, el dictador tiene que intervenir inmediatamente con medios concretos en el transcurso causal del acontecer. El dictador actúa; el dictador es, para anticipar una definición, comisario de acción, es ejecutivo en contraposición a la simple deliberación o al dictamen judicial, al deliberare y consultare. Por ello cuando se trata del caso más extremo, no pude observar normas generales”.

[14] SCHMITT, Carl La dictadura ob. cit. p. 140: “También los poderes supremos del legislativo y el ejecutivo deben limitarse recíprocamente en su fuerza. El resultado es que la libertad civil queda protegida de la omnipotencia del Estado por una red de competencias firmemente limitadas. El que el órgano todopoderoso sea una corporación legislativa o un ejecutivo todopoderoso...conduce al mismo resultado, que es la anulación de la libertad civil...Para el ejercicio inmediato de la omnipotencia estatal Montesquieu utiliza la palabra despotismo. La palabra dictadura depende para él, como para el siglo XVIII en general, de la tradición clásica y está vinculada a la República romana”.

[15] RUSSO, Eduardo A. “Emergencia y propiedad” p. 66 en Emergencia económica y teoría del Derecho GUIBOURG, Ricardo A. Dir. LA LEY, Buenos Aires, agosto de 2003.

[16] GUIBOURG, Ricardo A. “Norma coyuntura y emergencia” en Emergencia económica y teoría del Derecho GUIBOURG, Ricardo A. Dir. LA LEY, Buenos Aires, agosto de 2003.

[17] ROUSSEAU, Juan Jacobo El contrato social o principios de derecho político Ed. Porrúa México 1998 p. 66 Libro IV, Capítulo VI “De la dictadura”. “Más si el peligro es tal que el aparato de las leyes constituye un obstáculo para dominarlo, entonces se nombra un jefe supremo que haga callar las leyes y suspenda temporalmente la autoridad soberana. En caso semejante, la voluntad general no puede ponerse en duda, porque es evidente que la primera intención del pueblo es la de que el Estado no perezca. La suspensión así de la autoridad legislativa no la deroga. El magistrado que la hace callar, no puede hacerla hablar, la domina sin representarla. Puede hacerlo todo menos dar leyes. El primer medio se empleaba por el Senado romano cuando encargaba a los cónsules, por medio de una fórmula consagrada, para que providenciaran sobre la salvación de la república; el segundo tenía lugar cuando uno de los dos cónsules nombraba un dictador, uso cuyo ejemplo habían dado a Roma los albanos. (El nombramiento se hacía de noche y en secreto, como si se avergonzaran de poner un hombre por encima de las leyes)” p. 67.

[18] SCHMITT, Carl La dictadura ob. cit. p. 165; “Las explicaciones de Rousseau conducen, sin embargo al mismo resultado que las de Mably, aunque en una dirección diferente. Rousseau distingue dos clases de dictadura: una dictadura

propiamente dicha, en la que las leyes callan y otra que consiste en que las competencias son reunidas tal como existen con arreglo a las leyes vigentes, de manera que se produce una concentración dentro del ejecutivo, sin que en los demás cambie nada de la situación jurídica. Esta última dictadura impropia debe tener lugar, según Rousseau, con la célebre fórmula *videant consules* y no es en modo alguno, como la dictadura auténtica, un espacio ajurídico para una situación de medidas fácticas”.

[19] SCHMITT, Carl La dictadura, ob. cit. ps. 179/80.

[20] PAGINA 12 del 01/05/2020 RAMONET, Ignacio “ Coronavirus: la pandemia y el sistema-mundo”.

[21] Inc. 5° art. 95 ley 19.550: “La sociedad se disuelve...5°) por la pérdida del capital social”. Art. 206: “Reducción obligatoria. La reducción es obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el 50% del capital social”.

[22] El DNU 329/20 en sus arts. 2° y 3° prohíbe despidos sin justa causa o por casos de fuerza mayor por el plazo de 60 días y las suspensiones por el mismo plazo, pudiendo suspender empleados sólo en los casos del art. 223 bis de la LCT, sin embargo al no homologar el Ministerio las suspensiones sigue siempre faltando un requisito legal para que se tornen operativas.

[23] BOTTERI, José David (h)-DASSO, Ariel A. (h.) “ El derecho concursal argentino y la pandemia de COVID-19: propuestas de mejora” LA LEY del 24 de abril de 2020 ob. cit..

[24] PORCELLI, Luís A. Régimen falencial. Análisis metodológico p. 16 Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

[25] ESPARZA, Gustavo, FIGUEROLA, Melchor y MONTENEGRO, Gustavo El orden público en el derecho privado ps. 111 y ss, Editorial Martín, Mar del Plata, 2018. Allí dijimos: “Las normas jurídicas de orden público son todas imperativas y las normas imperativas son todas de orden público. Esta afirmación merece una aclaración: de hecho no importa una identidad conceptual entre norma imperativa y norma de orden público, es decir que no implica asimilar ambos concepto porque claramente no son lo mismo. La imperatividad se sostiene como requisito estructural del orden jurídico porque de ese modo se compensan desequilibrios de hecho, de ahí el carácter de orden público de las normas de derecho laboral, las del consumidor, de la defensa de la competencia. La estructura del orden jurídico abreva de la imperatividad para alcanzar sus fines y poder cumplir su función, sin ellas el derecho positivo no podría ser lo que debería o lo que se pretende que sea, ni se cumpliría la finalidad para la que fue creado. De otro modo se presentaría la paradoja de que el Estado estaría aportando la coacción para quién reclama lo acordado libremente en un contrato contrario a reglas básicas de orden público...”.

[26] PORCELLI, Luís A. Régimen falencial ob. cit. ps. 19/20: “La normativa lleva en su seno un elemento conductista y otro ideológico; ambos deben ser debidamente desentrañados. El tenor legal funciona como una forma de interpretación de la realidad a través de la cual es posible comprender las motivaciones y valoraciones de los involucrados. Estas últimas incorporan necesariamente el estudio de las interrelación entre las distintas ciencias, lo que posibilita una funcionalidad concreta antes que una mera opinión dogmática”.

[27] RIPERT, Georges El régimen democrático y el derecho civil moderno p. 261 Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, diciembre de 1951. Y en otro lugar de la misma obra sostiene ps. 146/47: “Esa piedad para los desafortunados es uno de los sentimientos más bellos de la democracia. Cuando posteriormente se juzgue nuestra época será necesario abonar en su activo los sacrificios hechos por los hombres de ésta generación para socorrer a los pobres, proteger la infancia, luchar contra las enfermedades, asegurar el respeto a la vejez. Basta recorrer un país donde la aristocracia desdeñosa no se preocupa de la miseria, para ser conmovidos por el lamentable espectáculo de hombres condenados a la miseria y

enfermedades. Nuestro siglo es cristiano, por éste amor al prójimo, que es el primero de los mandamientos dados por Cristo. Pero los más desafortunados son también los más numerosos. La duda invade entonces el espíritu ¿Es la fuerza del número la que dicta entonces la regla y no un espíritu de justicia? Una ley general y abstracta, favorable a todos los débiles, no puede buscar las causas de esa debilidad ni distinguir entre la desgracia y el vicio. No sabe ella sí, al proteger al débil, perjudica injustamente al fuerte...Si el favor de la democracia se inclina siempre hacia los más débiles, porque representan la fuerza política, se llega al paradójico resultado de que, en la sociedad, los más dignos de favores legales son, justamente, quienes menor interés tienen en defender el orden social. La mayoría de los ciudadanos actualmente, no pagan impuestos directos, gozan de un salario inembargable, están asegurados contra todos los riesgos de la vida, y esperan del Estado una protección contra todas las desgracias que puedan acaecerles. Los súbditos del Estado son seres a la vez irresponsables y garantizados contra todos los riesgos. Esa excesiva protección termina por matar el espíritu de iniciativa y por desanimar el espíritu de previsión”.

[28] PAGINA 12 del 01/05/2020 RAMONET, Ignacio, cit.

[29] PORCELLI, Luís Régimen falencial, ob. cit. p. 35: “Pero el legislador no está constreñido por la acreditación de la verdad objetiva ni por una réplica razonada a su discurso. Por el contrario, actúa movido por múltiples factores, muchos de ellos de mera coyuntura y conforme a intereses políticos, no científicos. Por eso la normativa es, en resumen, un acto de poder antes que de la razón”.

[30] Por dar un ejemplo de miles, Diario La Nación 14 de abril 2020 “Coronavirus. Camisolines para médicos y una original cámara para trasladar infectados: cuando la pasión por ayudar todo lo inventa”. Pato Salas utilizando técnica de costura de velas diseño y confeccionó ingeniosas cápsulas de aislamiento para el traslado de enfermos infectados que fueron donadas al Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata. Además de cerca de 400 camisolines para médicos. Y la infinidad de personas que en forma silenciosa colaboran del modo que pueden para ayudar a gente con alimentos, barbijos, horas de trabajo, etc.

[31] Diario Clarín del 7 de abril de 2020: “Dio un extenso reportaje. Coronavirus en Argentina: “Arroyo tuvo el dilema de alimentar a la gente o pagar esos precios”, dijo Alberto Fernández sobre la polémica compra de alimentos”. Diario La Nación del 7 de abril de 2020: “Alberto Fernández respaldó a Arroyo, en otra jornada de enojo presidencial desatada por una medida de su equipo. Arroyo compró alimentos a precios superiores a los que compra cualquier cliente en un supermercado”. Más entrado el día y con la dinámica propia de las pandemias, el presidente afirmó: “No apañaré corruptos” y luego La Nación dijo: “Tras el escándalo, Fernández ordenó frenar el pago de alimentos con sobrepagos” y transcribe una manifestación del presidente: “Esta compra todavía no se pagó. Di la orden de que ninguna compra se haga sin respetar los precios que el estado fija...”. El patético sainete culminó con la renuncia de quince funcionarios y la exposición de una interna feroz y miserable en el ministerio encargado de ocuparse de las carencias más elementales de una población sumida en la indigencia y la pobreza. El ministro sigue en funciones. Además del escándalo en el seno del gobierno de CABA con el precio de los barbijos 255% más caros que antes de la pandemia, lo que da la pauta que la miseria humana no reconoce banderas políticas, y la conclusión es muy clara, los miserables son eso y sólo eso: miserables.

[32] ESPARZA, Gustavo, FIGUEROLA, Melchor y MONTENEGRO Gustavo El orden público en el derecho privado ob. cit. ps. 88/90.

[33] PAGINA 12 del 01/05/2020 RAMONET, Ignacio “Coronavirus...” cit.

[34] PORCELLI, Luís Régimen falencial, ob. cit. pág. 49.

[35] PORCELLI, Luís Régimen falencial, ob. cit. pág. 36.

- [36] RUIZ GUIÑAZU, Enrique Fundamento y crítica de la ley de quiebras. Concordato preventivo p. 6 3° Ed. J. González y Comp. Editores, Buenos Aires, 1911.
- [37] PORCELLI, Luís Régimen falencia lob. cit. p. 51: “En nuestro país, las reglas macroeconómicas han sido y son mutables, variables y de una escasa previsibilidad. Carecen y carecieron de permanencia temporal, razón por la que se las caracteriza como inestables. Su ejemplo paradigmático resulta ser la regulación de emergencia”.
- [38] De BENITO, José L. La doctrina española de la quiebra p. 49. Javier Morata Editor, Madrid 1931.
- [39] En la especie se da la ley de la oferta y la demanda: si emito dinero para pagar bienes, cuanto más dinero emito, menos valor tiene y más valen los bienes. Ese es el efecto inflacionario de la emisión monetaria.
- [40] PORCELLI, Luís Régimen falencial, ob. cit. pág. 56.
- [41] Diario Infobae 26 de abril de 2020 “La ‘diplomacia de las mascarillas’ de China: dos objetivos ocultos y la capacidad de quedar a un click de controlar todo”: “Esos voluminosos préstamos fueron siempre negociados entre Beijing y el país ahogado financieramente. Las tasas suelen ser altísimas, pero el dinero fresco permite salir de algún apuro de caja. También habrá algo que pocos leerán: la letra chica. En caso de incumplimiento a default unas cláusulas ocultas -lo sabe bien Venezuela- le facilitará a China adueñarse de sectores estratégicos. En tierra caribeña fueron pozos de petroleros. Pero, cada país tiene algo tentador para ofrecer: puertos, gasíferas, centrales nucleares, hidroeléctricas, hidrovías, ferrocarriles, crudo, minería. El régimen sabe que en los países desarrollados con democracias sólidas le será difícil desembarcar nuevamente hasta que no modifique varios de sus genes. La confianza que supo ganarse en los últimos 20 años fue dilapidada en pocos meses al conocerse cuando mintió al resto del mundo en algo tan básico como la salud...Se sienten más cómodos con la precarización laboral que sería la envidia de cualquier ‘capitalista salvaje’”.
- [42] PORCELLI, Luís Régimen falencial, ob. cit. ps. 43/44.
- [43] PORCELLI, Luís Régimen falencial. ob. cit. p. 33.
- [44] Un comentario exegético de éste ley que data del 30 de enero de 2002 hizo GRISPO, Jorge D. Modificaciones a la ley de quiebras. Ley 25.563 Anotada y comentada. Imprevisión contractual Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, febrero de 2002. Sucede que la ley duró tan poco que la obra pasó prácticamente desapercibida, pues quedó derogada por la ley 25.589 sancionada el 15 de mayo de 2002. También sobre ésta norma puede verse ALEGRÍA, Héctor “La emergencia, el derecho concursal y otros alcances. La ley 25.563” LA LEY 2002-C, 1340.
- [45] DASSO, Ariel A. “La reforma de la ley de quiebras en el marco de la emergencia” LA LEY 2002-B, 817 y “La contrarreforma de la ley de quiebras en el emergencia. Ley 25.589” LA LEY 2002-C, 1313.
- [46] HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Hernán (Directores) Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado T. III Libro Tercero, Infojus, Buenos Aires 2015. Comentarios de CARESTIA, Federico S. p. 332.
- [47] HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Hernán (Directores) Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado T. III, ob. cit. p. 333.
- [48] LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), DE LORENZO, Federico y LORENZETTI, Pablo (coordinadores) T. V ps. 519/20. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015.
- [49] HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Hernán (Directores) Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado T. III ob. cit. p. 334.
- [50] RUIZ GUIÑAZU, E.. Fundamento y crítica...ob. cit. p. 357. Señala también que en Francia también existieron las moratorias. “Las lettres de defense générales eran concesiones del príncipe; las lettres de repît y las lettres d’Etat tendían al mismo propósito que las anteriores, es decir, a escudar al deudor de la feroz

persecución de los acreedores...A pesar de todo una intentona triunfó en 1848 y se las implantó aunque sólo por tres meses, hasta que en 1849, después que el convencimiento se hizo carne, se borraron del Código en definitiva, de tal manera que en la actualidad sólo queda una disposición de la ley civil, en virtud de la cual los jueces otorgan, según circunstancias especiales, breves esperas a los deudores en excepcionales casos, con el fin de que cumplan sus compromisos” p. 358 (el énfasis es nuestro).

[51] RIPERT, George Tratado elemental de derecho comercial T. I, p. 238 Tipográfica Editora Argentina Editores, Buenos Aires, 1954.

[52] Se decía al respecto que “la época moderna no debería poner buena cara a una institución que impedía a los acreedores ejercer sus derechos, aunque fuesen consultados a solicitud del deudor común y os plazos acordados por la autoridad judicial, lo que no es bastante aún para volverle al crédito. Hoy, por más garantías que la rodean, la moratoria no deja de tener un injusto privilegio, de una violación hecha a los derechos de los acreedores que pueden ver acordada la moratoria contra su voto: será un instrumento fácil de contemporizaciones engañosas en las manos de los deudores astutos y deshonorados”. RUIZ GUIÑAZU, E. Fundamento y crítica...ob. cit. p. 359. Sin embargo ese análisis se hace desde el punto de vista de la justicia conmutativa, la moratoria, es precisamente un instituto extraordinario, utilizable sólo en el marco de la emergencia, para tratar de conjurar justamente, las nefastas consecuencias de una calamidad. Es, en definitiva, un instituto iluminado por la justicia distributiva que necesita un análisis, justamente, desde ese atalaya. Sobre la crisis de 1890 que para conjurarla se echó mano a una ley de moratoria se dijo: “El sancionamiento de moratoria de carácter general en casos como el del año 1891, es un temperamento del que la historia conserva muchos ejemplos demostrándonos la imposibilidad de rechazar en absoluto ciertas medidas que en épocas normales nos parecen de absurda aplicación. Alemania en 1806, debido a las contingencias del estado de guerra en que vivía, el comercio sufrió tan fuertes sacudidas que se hizo necesario la promulgación de una ley general de moratorias a la que podía acogerse todo comerciante que demostrase que la decadencia o mal estado de sus operaciones obedecía a la causa enunciada, situación que se prolongó hasta que una ley reglamentaria del año 1855, abolió por completo estas disposiciones”. Cfr. ARMENGOL, M. Fundamentos y crítica...ob. cit. p. 44.

[53] ESPARZA, Gustavo Sobre la Justicia y el Derecho en “El mercader de Venecia” ps. 66/67 Editorial Martín, Mar del Plata 2018, en cita a ROSSI, Abelardo “Aproximación a la justicia y a la equidad”.

[54] ESPARZA, Gustavo Sobre la Justicia y el Derecho en “El mercader de Venecia” ob. cit. ps. 68/69.

[55] PESARESI, Guillermo M. “El APE en la época de Risas. Legislación y jurisprudencia del derecho comercial patrio” en TRUFFAT, D. y MOLINA SANDOVAL, C. (Coordinadores) Dinámica judicial y acciones en las sociedades y concursos ps. 582/83 Advocatus, Córdoba 2007. Dice éste autor que “Como consecuencia de la cadena de falencias que se venían sucediendo y la zozobra que eso provocó en los comerciantes, el gobierno dictó un decreto el 29/3/1836 mediante el cual quedaron del todo abolidos los juicios de acreedores, llamados de esperas o moratorias, y de remisión o quita de acreedores. En tal virtud, ningún deudor podrá solicitar ninguna de las dos cosas en juicio, ni menos podrá ningún acreedor ser obligado a concederlas por el voto de los demás co-acreedores, aun cuando éstos formen la mayor parte por su número y por el monto de sus créditos (art. 1°)...Subrayó el autor citado que la prohibición impuesta por Rosas sobrevivió seis años a Caseros (1858)”.

[56] PORCELLI, Luis Régimen falencia l .ob. cit. ps. 191/92.

[57] RUIZ GUIÑAZU, E. Fundamento y crítica...ob. cit. p. 356.

[58] RUIZ GUIÑAZÚ, E. Fundamento y crítica...ob. cit. ps. 354/55.

[59] El texto del proyecto: “Artículo 1°. Las moratorias establecidas por el título decimosexto del Código de Comercio, se acordarán a los Bancos de depósitos y descuentos con sujeción a las prescripciones de la presente ley- Art. 2°. Los Bancos de descuentos y depósitos cuyos estatutos hayan sido aprobados por el Poder Ejecutivo, podrán solicitar moratorias, siempre que prueben que la imposibilidad de pagar pronto a sus depositantes y acreedores proviene de accidentes extraordinarios, imprevistos o de fuerza mayor, y que justifiquen al mismo tiempo, por medio de un balance exacto, que tienen fondos bastantes para pagar íntegramente a aquellos, mediante cierto plazo o espera. Art. 3°. La petición de moratoria se presentará ante el juez de comercio, acompañándose: 1°.- Estatutos aprobados. 2° Exposición de las causas que lo colocan en el caso del artículo anterior. 3°.- Balance del activo y pasivo del Banco. 4°.- Nómina de los veinte (20) principales acreedores. 5°.- Tiempo por el que se solicita la moratoria. Art. 4°. Presentada la petición de moratoria, el juez nombrará en el día a dos de los acreedores de la nómina que indica el inciso 4 del anterior, para que, auxiliados de un Contador Público, informen a la brevedad posible, en vista de los libros y papeles del Banco, sobre la exposición hecha y el balance presentado, suspendiéndose entre tanto todo procedimiento contra el Banco. Art. 5°. En el caso de que dichos acreedores informen favorablemente sobre la exactitud de la exposición y balance presentado, el juez declarará sin más trámite la moratoria solicitada, cuyo tiempo no podrá exceder de un año ni ser prorrogado. Art. 6°. En caso de que se observara la exactitud de la exposición y balance, el juez dará vista al Banco y proveerá en seguida, acordando o negando la moratoria. Art. 7°. Los acreedores nombrados continuarán, en caso de acordarse la moratoria, actuando como interventores. Art. 8°. Todas las disposiciones del título decimosexto del Código de Comercio, regirán para éste caso, en cuanto no se opongan a la presente ley. Art. 9°. Esta ley regirá desde el día de su publicación. Art. 10. Comuníquese al Poder Ejecutivo. Carballido”.

[60] ARMENGOL, M. Fundamentos y crítica de la ley de quiebras Imprenta de José Tragant, Buenos Aires, 1914. ps. 103 y 104.

[61] ARMENGOL, Manuel F. Fundamentos y crítica de la ley de quiebras ob. cit. p. 10.

[62] American Law Review (New York, Julio 1873), citada por RUIZ GUIÑAZU, E. Fundamento y crítica...ob. cit. p.15.

[63] Sobre los costos, la mora judicial y el destino de los dividendos en los concursos y quiebras: IGLESIAS, José Antonio “El olvidado acreedor común y sus daños”, marzo de 2020, en prensa e inédito aún.

[64] ARMENGOL, Manuel F. Fundamento y crítica...ob. cit. p. 10.