

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

por Efraín Hugo Richard¹

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

Gabriel Tarde

I – EL PANORAMA.

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

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

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

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

¹ Profesor Emérito U.N.C., Director del Departamento de Derecho Comercial de su Facultad de Derecho; Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa.

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

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

II – ALGO DE HISTORIA.

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

DECONOMI

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

DECONOMI

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

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

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

“COLABORACIONES Y RECOMENDACIONES PARA UN DERECHO GLOBAL DE CRISIS

1.- Los Hechos.

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

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

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

Idéntico panorama enfrentan las economías desarrolladas de Europa y USA.

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

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

2.- La propuesta

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

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

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

2.1.- Normas generales anti crisis.

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

2.2.- Para personas físicas sin actividad empresarial.

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

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

2.3.- Sociedades.

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

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

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

2.4. Normas concursales.

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

IV – ALGUNA MISCELÁNEA.

Quizá con esta transcripción podríamos haber concluido la encomienda.

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

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

V – LA CRISIS IMPREDECIBLE.

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

“2.- La propuesta

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

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

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

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

VI – MINIMA ACCION ESTATAL Y MÁXIMA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

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

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

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

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

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

“2.4. Normas concursales.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

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

VII – DISPONIBILIDAD FINANCIERA.

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

VIII – LA BUENA FE.

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

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

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

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

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

IX – LA CRISIS DE LAS PERSONAS HUMANAS.

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

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

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

X - ¿QUÉ HABRÁ PASADO?

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

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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

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

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

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

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

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

Córdoba, 21 de mayo de 2020.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)



DECONOMI