

4. Facultades del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial para imponer soluciones en caso de crisis de empresas. “El doble rol del Estado”. Posibilidades. Alcances. Límites.

Coordinador: Diana Rivera – Panelistas: Miguel A. Raspall – Gerardo Carlo-Altieri – Thiago Matsushita – Javier Lorente

EXPOSICION de Miguel A. RASPALL

Sumario: 1) Introducción. 2) El estado y las crisis empresariales: a) Crisis de las empresas; b) Crisis individuales, sectoriales, regionales, sistémicas, globales; c) Respuesta del Estado frente a las crisis empresariales. i) Crisis individuales, ii) Crisis sectoriales, iii) Crisis sistémicas. iv) Nuestra opinión. 3) El doble rol del estado: a) El Estado como administrador del interés general frente a las crisis empresarias; i) Ineptitud como acreedor. ii) El Estado y el voto en las propuestas de acuerdo en el Concurso Preventivo. iii) El Estado y el crédito posconcurzal. b) Reflexiones y síntesis.

Introducción

El XI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (Villa Giardino, Córdoba, sep. 2015) fue convocado tomando como eje temático la situación de las Emprmas en Crisis y la eficacia de los mecanismos de Resolución de Conflictos. Dentro de este marco conceptual, el panel que integré, debía trabajar sobre las “Facultades del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial para imponer soluciones frente a las crisis empresarias”.- Éramos cuatro panelistas invitados a expedirnos sobre el tema de nuestro panel y en razón del breve tiempo de que disponíamos, decidimos dividirnos los temas para no superponernos y aprovechar al máximo el espacio asignado. En mi caso, yo tome algunos aspectos relacionados con la posibilidad del Estado imponer soluciones frente a las crisis a través del dictado de leyes generales o especiales y luego en la segunda etapa del panel, expuse sobre el concepto de lo que los panelistas entendimos implicaba el “doble rol del estado” frente a las crisis.

Cada panelista desarrollo su tema, analizándolo desde la perspectiva del derecho interno de su país tal cual nos fuera solicitado y por ende, este trabajo pretende reflejar la situación en la República Argentina.-

Se nos ha pedido que resumamos en pocas líneas lo que fue objeto de la exposición de cada uno de los panelistas para incorporarlo a la Revista Electrónica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

El estado y las crisis empresariales

La evolución económica de la empresa fue alcanzando perfiles de altísimo rango, al extremo de transformarse –en la actualidad- en el principal generador de actividad económica y tomador de mano de obra (el principal dador de empleo, tanto directo, como indirecto).- Juntamente con el crecimiento de su participación en la actividad económica y de su incidencia en el producto bruto interno de cada país, las empresa se han transformado en grandes generadoras de recursos para

el estado a través de la tributación de impuestos, los que a la postre revierten en la sociedad toda. Por otra parte, son las empresas las que generan, desarrollan y ofrecen al público los bienes y servicios que son utilizados por la sociedad toda.

Dice Alegría¹ que la empresa no es solo una propiedad o una fuente de renta, es asimismo un centro de optimización de los recursos, una fuente de riqueza social y un eslabón imprescindible en la cadena de los valores plurales de la sociedad en su conjunto y de los grupos de individuos que la componen” todo lo cual muestra en definitiva, que en “la empresa” se encuentra comprometido el interés general y de allí el dictado de normas de orden público económico vinculadas a su tutela, hecho este que no es nuevo y que se materializa en el derecho concursal a través de algunas regulaciones.

Esto muestra perfectamente porque las empresas hoy son consideradas centros o entes de interés social y por lo que las mismas son percibidas por el estado y por el ordenamiento jurídico, como una realidad económico-social y se los menciona en conjunto porque son intereses que verdaderamente se entrelazan de modo tal que se transforman en inescindibles².- La empresa tiene entonces, un valor que está más allá del especial o específico interés del empresario, de los acreedores o proveedores que se relacionan con la misma, que es el “valor social” y con ello, con el interés general. Esta realidad económica y social, exige respuestas del derecho como “orden del orden social”³.

Este valor económico-social, ha dado nacimiento al “principio de Conservación de las Empresas” que hoy es de aceptación universal.- Resumidamente, implica la presencia del Estado, desde legislativo y desde lo administrativo, en lograr que las empresas nazcan, se desarrollen y permanezcan en el mercado, evitando su liquidación, extinción y desaparición.

De modo que, el Estado debe estar presente frente al conflicto que generan las crisis empresariales y ser parte activa en la solución de las mismas.- La presencia y participación del Estado frente al conflicto de la insolvencia empresarial, se la podría analizar desde los distintos poderes que integran el mismo, o sea, tanto desde la función del Estado Administrador (Poder Ejecutivo), como desde su rol de Legislador (Poder Legislativo) como desde el ámbito jurisdiccional (Poder Judicial).- En mi caso este trabajo se limita a lo que fue objeto de mi intervención en el panel y que he individualizado supra.

Crisis de las empresas.

2 Wald, Arnoldo. “La empresa en el siglo XXI”. Derecho Económico Empresarial (Homenaje a Héctor Alegría). La Ley, Bs. As. 2011. P.1878.” La visión realista del mundo contemporáneo considera que ya no hay como distinguir lo económico del social, una vez que estos dos intereses se encuentran, se entrelazan y se tornan compatibles en la empresa, núcleo centro de la producción y creación de la riqueza, que debe beneficiar tanto al empresario como los empleados y la propiedad sociedad de consumo.

3 Richard, Efraín Hugo. Sobre la Empresa. Ensayos de Derecho Empresario. Volumen 1. Fespresa, Córdoba, 2006, p.57.

Se entiende por crisis de una empresa, una manifestación aguda de un trastorno que genera una situación difícil o tensa en su vida (laboral, de dirigencia, económica, de mercado, de producción, etc.).- Cuando hablamos coloquialmente de “crisis de la empresa”, nos estamos refiriendo a un desequilibrio económico o financiero que produce una afectación trascendente, que de no superarse, arrastrará a la misma a su extinción. Prescindimos de analizar cuál ha sido o han sido las causas que lo motivaron, interesándonos solo el estado o situación de crisis.

A la materia concursal le interesa únicamente las crisis económico-financieras de las empresas y puntualmente los aspectos vinculados con un efecto de la misma, que es la cesación de pagos (actual o inminente), entendiendo que se trata de un estado agudo de crisis que lleva a las empresas a su impotencia patrimonial y que ocasiona su incapacidad de atener las obligaciones fluidamente y con los medios regulares de pago. Uno de los aspectos centrales de la disciplina concursal, gira en torno a la regulación de un sistema de salvataje, reorganización o saneamiento de la empresa en crisis⁴, acerca del cual -como es sabido- existen diversas concepciones y respuestas que dan los distintos sistemas jurídicos de cada país

Las empresas pueden entrar en “crisis” -mayor o menormente agudas- por cuestiones internas (ineficiencia, desactualización, descapitalización, obsolescencia, errores de gestión, cambios del mercado, modificación de los gustos de los consumidores, la oferta imparable de “nuevos productos” sobre todo en el área tecnológica, etc.); o externas, cuando son generadas desde su exterior, tales como cambios de políticas económicas, ingreso del país a sistema multilaterales, factores regionales de la actividad, (climáticos, catástrofes, crisis sistémicas nacionales o globales, etc.) o factores adversos globales o de mercados.

El presupuesto objetivo de los concursos ha sido históricamente la insolvencia o la cesación de pagos, y solo en tiempos recientes se viene incorporando una concepción más amplia y a la vez más flexible -pero también más difusa-, que permite avanzar tempranamente sobre el conflicto inminente, que es, aceptar como presupuesto objetivo al “estado de crisis” actual o inminente⁵, que en definitiva es la presencia de un estado de dificultades que normalmente terminan reflejándose o haciéndose sentir en la “caja” o sea, en el orden financiero de la empresa, más allá de que todavía puede no haber afectado su situación económica, pero con la certeza de que de seguir avanzando, terminará incidiendo.-

La gradación de la crisis y su tratamiento, debe poder ser valorada antes de abrirse un proceso concursal y los procesos de reorganización están justamente orientados a tomar el conflicto (crisis) en estadio temprano para restablecer las finanzas de dicha empresa.

Crisis individuales, sectoriales, regionales, sistémicas, globales.

4 Así hablamos del Derecho de la Empresas en Crisis o del Derecho de la Crisis Empresarial.

5 Lo cierto es que ya muchas normas concursales vienen incorporando como recaudo objetivo, la existencia de una crisis empresarial, tal el ejemplo de Italia en su art. 160 que reza “el empresario que se encuentra en estado de crisis puede proponer a los acreedores un concordato preventivo sobre la base de un plan”...

Las legislaciones suelen regular diversamente la situación y la solución para la empresa conforme sea la gravedad de su estado al momento de la formación de un proceso concursal. También sabemos, que el tratamiento de las crisis empresariales puede ser diverso de acuerdo a las características de la misma y de su origen (interno o externo, individual o general, etc.)

Las empresas entran individualmente en crisis -como dijimos supra- por cuestiones internas o externas. El mercado en forma permanente produce la desaparición de algunas empresas (extinción) y el nacimiento o renovación de otras que las desplazaron por eficacia, envejecimiento o falta de adaptación a los cambios y ocupan el espacio de mercado abandonado por aquellas. Esta rueda de extinción - renovación es connatural y de ocurrencia ordinaria en todos los países capitalistas, y va produciendo la selección natural de las empresas a través de las propias reglas del mercado. La crisis individual de las empresas es regulada, abastecida y asistida por las normas concursales.

Las crisis pueden ser sectoriales, por ejemplo, cuando una rama de la economía ha dejado de ser eficiente o competitiva por las más diversas razones (ej; textil, industria láctea, sector metalúrgico, farmacéutico, etc.). En tal orden, el sector debe reconvertirse o el estado dictar normas para favorecer el recupero de la rentabilidad o permitir que la coyuntura que las afecta se modifique.-

Las crisis regionales son las que afectan determinados territorios y dentro de los mismos a una parte importante de sus empresas, tal la situación de las crisis agropecuarias por sequías, granizo, inundaciones, plagas o también alcanza a las regiones que tienen fuerte dependencia de un sector de actividad y este entra en crisis, por ejemplo algodón, azúcar, vinos, frutas, y estos productos pierden mercado, afectando a la actividad total de una provincia o de varios departamentos de una provincia. Habitualmente el estado dicta leyes de emergencia para la región afectada, disminuyéndole los impuestos o suprimiéndolos (condonaciones), refinanciándoles las deudas u otorgando créditos blandos o subsidiados, etc.

Existen también las crisis sistémicas⁶ o generales, que alcanzan en mayor o menor medida a toda la actividad económica de un país⁷ pero que en muchos casos, conforme la importancia e influencia del país su crisis proyecta sus consecuencias sobre los países con los cuales mantienen importante operatoria comercial⁸ o de una región, como fue la crisis de los países del Sudeste Asiático (Corea, Malasia, Tailandia e Indonesia), inclusive globales⁹ que nacidas o generadas en un

6 El concepto sistémico, se refiere a que la crisis afecta a todo el sistema económico de un país, o de varios países y en tal orden podemos estar hablando de "crisis globales".

7 Durante la década del 90, nos recuerda Héctor Alegría (Concursos y quiebras. Homenaje Dr. Ricardo Prono, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 2011, p. 27) las de México (efecto Tequila), Brasil (efecto caipirinha), Polonia, Rusia, República Checa, Argentina del 2002, etc.

8 Ejemplo; La crisis de Brasil de los años 90 y sus importantes consecuencias sobre Argentina; La crisis de EEUU de 2007/2008 y sus repercusiones en México.-

9 Las crisis globales son las que afectan a una pluralidad de países, de la cual hemos tenido un ejemplo en 2008/2009, y que sigue produciendo fenómenos a la fecha (2012), y como resultado vemos que también los países dictamen leyes de emergencia para atender las trágicas consecuencias que se derivan, tal el caso de la crisis de 2008/09 (Alemania, España, Italia, Colombia y ahora Portugal⁹, entre otras, reformas dadas a fines de 2008 y principio de 2009). Podemos citar a mero título de ejemplo las leyes dictadas por el Congreso de EEUU para evitar caída del sistema bancario o de

país poderoso, pueden diseminarse por todo el mundo arrastrando a otros países periféricos, tal como ha ocurrido con la última crisis global del 2008, de la cual todavía el mundo no ha logrado reponerse plenamente y sus consecuencias, como réplicas de terremotos, siguen haciéndose notar.

Respuesta del Estado frente a las crisis empresariales

Ahora bien, la respuesta del Estado frente a las crisis no es idéntica y se diferencia según sean las características de la misma. Más allá de la actividad ordinaria y permanente que lleva adelante el Poder Administrador para favorecer el nacimiento, expansión y mantenimiento de las empresas y que se exterioriza a través de normas de fomento, vemos que el Estado da respuestas a las crisis empresariales a través del dictado de leyes generales o especiales.

Las crisis individuales

Las crisis empresariales individuales, son abastecidas por las leyes concursales comunes, o sea el régimen concursal ordinario.

Podemos afirmar que las leyes de concursos –como todas las leyes- están destinadas a comprender o abarcar la generalidad de los casos que ocurren en el devenir normal de la economía de los países. Las leyes contienen postulados universales que están pensados como respuesta a los casos ordinarios y no a los extraordinarios, por ello, las patologías distorsivas excepcionales, son atendidas por normas especiales que se dictan frente a los casos que las motivan.

Las normas concursales -como a todos nos consta- están en constante evolución, procurando mejorar su eficiencia y equilibrio en relación con sus paradigmas y principios, que se vinculan con la distribución de las pérdidas y la tutela del interés general. Dentro de esta dialéctica que es propia del tratamiento de la insolvencia por la vía concursal, está la búsqueda y el perfeccionamiento del sistema de asistencia a las empresas en crisis y a su conservación, en tutela del “valor social” de las mismas¹⁰. Una ratificación de esta afirmación, son las ininterrumpidas reformas a las leyes concursales de una gran cantidad de países, que han venido produciéndose en lo que va del Siglo XXI¹¹, algunos de los cuales han sancionado cuatro o cinco reformas en el curso de unos pocos años, buscando hacer más eficiente su sistema concursal y facilitar el salvataje de empresas frente a la crisis¹².

grandes empresas multinacionales, tales como la General Motors y otras⁹; o las recientes normas de España Real Decreto 2/2012 y Real Decreto Ley 18/2012 del 11.5.12, sobre “Saneamiento y venta de activos inmobiliarios del sector financiero” dirigido a sanear los balances de las entidades financieras afectadas en su solvencia por la crisis inmobiliaria y el deterioro del valor de los activos vinculados con dichos bienes.-

10 Se trata de la “Teoría de la conservación de las empresas”, de tan fuerte presencia en el derecho concursal actual, al extremo de haber ya cambiado definitivamente los paradigmas concursales del siglo XX.

11 Hoy podemos hablar de la existencia de un Derecho Concursal de las Empresas en el siglo XXI, para indicar justamente que en el derecho concursal se ha producido una especialización para el tratamiento de la crisis empresarial y que este hecho ha sobrevenido en forma masiva en las legislaciones de una gran cantidad de países en los albores de este siglo XXI.

12 Tal el caso de España.

De modo que, una de las respuestas del Estado frente a las crisis empresariales, es reformar sus leyes vigentes o dictar nuevas normas concursales para facilitar la recuperación¹³ de las mismas, quedando nuestro país también comprendida dentro de esta generalidad con las cuatro reformas a la ley concursal habidas desde 2002 a la fecha¹⁴.

A su vez, dentro de las crisis individuales, el Estado puede tener interés en sostener la actividad de determinado tipo de empresas. Son decisiones de política económica que ratifican el alto valor social que el estado (nacional, provincial o municipal) confiere a determinado tipo de empresas, sea por su trascendencia o dimensión, por el impacto que produciría su caída, por el tipo de productos estratégicos que elabora, etc. que hace que sean consideradas como “vitales”, prioritarias o de interés general. En este caso, las empresas pueden quedar comprendidas dentro de las normas concursales ordinarias o el Estado puede dictar leyes especiales para evitar su desaparición, situación que se puede constatar repetidamente en los distintos países, aún en los menos intervencionistas o más liberales¹⁵ por ello existe una conocida afirmación que expresa, “las empresas grandes no quiebran”.

Crisis sectoriales

Si la crisis es sectorial, seguramente la ley concursal por sí sola no abastecerá suficientemente las necesidades de las empresas y la situación necesitará respuestas de los poderes públicos a fin de atender las urgencias del sector afectado y para ello se recurre al dictado de diversos tipo de normas tales como declarar en emergencia al sector o de la actividad y brindarle apoyo que se expresan de diversas formas, tales como créditos blandos, diferimientos fiscales, disminución o supresión de impuestos, reintegros, subsidios, protección laboral y cuanto más sean necesarios para permitir que el sector productivo afectado logre superar la particular coyuntura que lo afecta.- En tal orden, las empresas afectadas tramitaran su recuperación o reestructuración empresarial dentro del marco de la norma concursal, pero contarán además con apoyatura del Estado desde un ámbito extraconcursal.

Crisis sistémicas.

Ahora bien, cuando la crisis afecta a todo el sistema económico de un país (sistémica) tal cual fue la crisis del 2001/2002 en nuestro país, se dictame “leyes de emergencia nacional” que van a modificar diversos aspectos del derecho vigente, tanto del derecho público como del derecho privado, quedando comprendido si duda alguna, las reformas al derecho concursal. Nuestro país lo vivió en la crisis del 2002, con una proliferación de leyes nacidas y dictadas al calor de la crisis, en forma apresurada y contradictoria, pero necesarias en orden a dar respuestas a la emergencia nacional de esos años.-

13 Se utiliza indistintamente los términos “recuperación”, “rehabilitación” o el “salvataje” de las empresas.-

14 Leyes nros. 25.563, 25.589, 26.086 y 26684.-

15 Recordemos lo recientemente ocurrido en EEUU (paradigma de las reglas del mercado y del liberalismo) frente a la crisis de los bancos y de la industria automotriz de los años 1998 y 1999.- Las crisis son situaciones de excepción, en algunos casos de tal trascendencia, que habilitan a dictarse normas que son contradictorias con los principios que gobiernan el régimen ordinario.-

Frente a la crisis sistémica y con relación a las empresas, las leyes de emergencia están dirigidas a corregir, disminuir, atenuar o diferir el impacto que ésta les produce, procurando evitar el traslado directo e inmediato de sus efectos en el campo económico-social.

Las leyes de emergencia suelen producir alteraciones en el equilibrio de los intereses en conflicto dentro del régimen obligacional ordinario, trasladando, transfiriendo o balanceando el peso de la crisis, de modo tal que, dentro de los límites de legalidad constitucional, se produzca una razonable compensación de las asimetrías y desajustes que la crisis produce (teoría del esfuerzo compartido).

En razón de las características antes expresadas, es que las leyes de emergencia no están destinadas a perdurar en el tiempo, debiendo durar lo que dure la crisis y por ende las modificaciones que producen sobre el régimen normativo y en el régimen de los derechos individuales, son transitorias o provisorias y así se las conoce –leyes o reformas transitorias– más allá de que algunas veces, estas reformas pasan a incorporarse definitivamente en el cuerpo legal pudiendo producir desajustes filosóficos en la estructura de la ley, tal nuestro caso.-

En principio debemos considerar que las normas permanentes o las reformas que vayan a incorporarse con carácter de permanente (destinadas a perdurar) deben dictarse fuera de los períodos de crisis sistémicas, a fin de que puedan contemplarse equilibradamente todos los intereses comprometidos. No obstante, como se puede apreciar en el derecho interno y también en el derecho comparado, diversas regulaciones dictadas dentro de las crisis generales, pasan a conformar el derecho concursal permanente en razón de haberse probado su eficacia, o de haber creado institutos o herramientas nuevas que son dignas de conservarse. Véase en estos últimos 15 años lo que ha ocurrido con todo el desarrollo de los acuerdos privados prejudiciales, que fueron receptados por muchos países de la mano de la crisis y que están destinados a quedar incorporados al derecho concursal permanente, ya como verdaderas reformas a la norma concursal y no como derecho de emergencia.

Nuestra opinión.

Como hemos anticipado supra, propiciamos que las leyes concursales permanentes sean dictadas en períodos de normalidad, (situaciones de estabilidad político-económica), oportunidad en la cual pueden analizarse y ponderarse equilibrada y desapasionadamente todos los intereses en conflicto.-

Que las patologías económicas (crisis generales) deben ser atendidas con normas transitorias, de emergencia, las que no deberían incorporarse sin más al cuerpo de normas concursales permanentes. Analizamos también, que sería preferible, que las normas de emergencia se dicten en leyes especiales que no estén incorporadas (modificaciones) al cuerpo legal normativo ordinario y permanente, para que no produzcan alteraciones en su coherencia filosófica y con la finalidad de que puedan ser suprimidas, con la sola derogación de la norma de emergencia.-

Sabemos que no es esto lo que ha pasado en nuestro país, donde las reformas habidas desde 2002 a la fecha (en la emergencia y luego sin emergencia), se han incorporado directamente en la

Ley de Concursos y Quiebras, produciendo marcados cambios en la estructura filosófica de la ley, que de algún modo muestran contradicciones que dificultan su lineal interpretación y aplicación, porque se superponen principios y paradigmas de distinto perfil.-

A esta altura de la evolución del derecho concursal y del desarrollo de las crisis empresariales, es necesario tomar la decisión de dictar una nueva ley concursal, que tome en forma especial la situación de insolvencia empresarial y que mejore y actualice los institutos preventivos y rehabilitatorios que ya existen en el texto actual.-

El doble rol del Estado

En el panel tomamos el concepto “doble rol del estado”, vinculado con la presencia del mismo en los procesos concursales desde la doble perspectiva de ser, por un lado, un acreedor concursal y por otro, el custodio o promotor de la conservación de la empresa y dentro de este dualismo, como funciona el sistema, si es adecuado, ajustado o contradictorio y es el tópico que voy a desarrollar.-

Por otro lado, también puede interpretarse como representativo del “doble rol del estado”, el hecho de que el Poder Administrador, sea a la vez quien propicia el nacimiento, crecimiento y la conservación de las empresas y por otro lado, sea el Órgano Jurisdiccional¹⁶ de los procesos concursales, lo que implica estar en presencia de la Jurisdicción Concursal Administrativa, conocida como “desjudicialización” de los procesos concursales y que ha sido tomado como modelo por varios países de Latinoamérica, quienes han considerado que la actuación de la jurisdicción judicial (procesos judiciales) es demasiado lenta, onerosa y técnicamente incompetente o menos capacitada, que los órganos de la administración a las cuales se les delega la jurisdicción.

En nuestro caso, la República Argentina tiene procesos concursales judiciales, por lo cual este “doble rol” del Poder Administrador no estaría presente.

Desarrollaré seguidamente algunos aspectos vinculados con el primer doble rol; el estado como administrador del interés general frente a las crisis empresariales y el estado como acreedor de las empresas afectadas por la crisis.

El Estado como administrador del interés general frente a las crisis empresariales

Sobre este tema no es necesario abundar dado que ya hemos presentado sumariamente porque el estado como representante del interés general (fin económico-social) de las empresas,

¹⁶ La jurisdicción es, “el poder para gobernar y poner en ejecución las leyes. Autoridad, poder, potestad o dominio sobre otro.-Es una actividad pública que vincula la voluntad, tanto de gobernantes como de gobernados, a la decisión de los órganos jurisdiccionales.

debe tutelar su preservación.- Estamos en presencia del muy reconocido y receptado principio de conservación de las empresas sobre el que no es necesario extendernos.

En este contexto, el Estado debe ser coherente en forma lineal con la aplicación de su doble rol ante la crisis empresaria, cosa que en nuestro país no se da ni mucho menos.- El Estado propicia y legisla sobre la conservación de las empresas, cuando el sacrificio deba serle exigidos a los particulares, pero cuando se trata de sus propios intereses, no solo que se muestra incompetente y moroso en el actuar oportunamente para la defensa de sus créditos fiscales¹⁷, sino que como acreedor actúa en contra del interés concursal general, veamos estos temas ampliándolos un poco;

Ineptitud como acreedor.

Es conocido que el Estado es inepto y moroso para llevar adelante el control y ejecución de sus créditos fiscales contra las empresas en la etapa preconcursal. A pesar de que cuenta con la máxima información mediante el cruzamiento de datos¹⁸ (acceso que no tienen los particulares en el otorgamiento del crédito empresarial), el estado es lento o no ejecuta oportunamente a las empresas. Esta conocida morosidad no favorece a las empresas y tampoco a los particulares, porque los empresarios toman en forma automática el crédito del estado (no pago de impuestos) generando endeudamientos que luego perjudican a los acreedores. Esta disvaliosa dinámica operatoria, que es contraria al interés general y a la preservación de las empresas, está sostenida o amparada por los privilegios fiscales. El acreedor informado, moroso e inepto, tiene la máxima tutela concursal en el rango de sus privilegios, lo que le permite sostenerse impunemente en su ineficiencia.-

Esta situación debe revertirse como ya lo venimos viendo en muchas normas del derecho comparado, que han quitado, o disminuido los privilegios o el rango de cobro de los créditos fiscales dentro de los concursos, lo que es de toda justicia pues no puede privilegiarse a los moros que perjudican el crédito en general. A esta decisión de modificarles el régimen de los privilegios, debería sumársele la responsabilización de los funcionarios si realmente el sistema considera que no debe facilitarse a las empresas el operar apropiándose del crédito fiscal.

El Estado y el voto en las propuestas de acuerdo en el Concurso Preventivo.

En nuestro derecho, el fisco no es excluido del proceso y participa como un acreedor más; debe verificar, vota, tiene privilegios, etc.- No obstante que debería ser el primero en favorecer la salida

17 Es conocido que el Estado es inepto y moroso para llevar adelante el control y ejecución de los pasivos fiscales de las empresas, a pesar de que cuenta con toda la máxima información (cruzamiento de datos de todos los sistemas) acceso que no tienen los particulares en el otorgamiento del crédito empresarial. Esta morosidad no favorece a las empresas y tampoco a los particulares, porque los empresarios toman en forma automática el crédito del estado (no pago de impuestos) generando endeudamientos que luego perjudican a los acreedores. Esta disvaliosa operatoria, está protegida por los privilegios fiscales. El acreedor informado, moroso e inepto, tiene la máxima tutela concursal en el rango de sus privilegios, lo que le permite sostenerse impunemente en su ineficiencia.-

18 Cruzamiento de los datos fiscales nacionales, provinciales y municipales, pero también del régimen de seguridad social, del régimen aduanero, administrativo, judicial y bancario (morosidad, calificación de riesgo, nivel de endeudamiento, etc.)

concurzal, no tiene flexibilidad como para adaptarse a las condiciones y necesidades de la empresa en reestructuración. Su presencia es un hecho seguro en todos los concursos y en la mayoría de los casos, a su vez, sus créditos son importantes, de modo que tienen mucho peso específico dentro del pasivo.

En nuestro sistema concursal, el fisco puede ser categorizado, pero conforme a sus propias normas reglamentarias (Resoluciones de la AFIP) no admite otra propuesta que no sea el pago del 100% de sus créditos y con intereses. Si bien han dictado resoluciones administrativas para permitir que la deuda concursal sea pagada mediante planes de facilidades de pagos preestablecidas, estos solo admiten el pago del 100% con intereses y deben comenzar a pagarse dentro de los 30 días posteriores a la homologación, o sea, no podemos decir que el Estado favorezca la salida concursal.

En la mayoría de los concursos, la propuesta que debe hacerse al Fisco es absolutamente desproporcionada con relación al acuerdo que aprueban los acreedores quirografarios, quienes asumen fuertes quitas y esperas, con plazo de gracia y muchas anualidades para cobrar. Se advierte un tratamiento absolutamente diferencial, fuertemente violatorio de la paridad de trato, pero por sobre todo, una marcada contradicción con el rol de tutela y preservación de las empresas. El fisco es un acreedor rígido que no tiene espacio como para colaborar en la reestructuración y saneamiento de la empresa.

Como vemos, el estado –como las mascararas griegas- muestra una doble cara, por un lado y como legislador, se expide decididamente por la conservación de las empresas en tanto y cuanto el esfuerzo lo hagan los particulares, y por otro lado, como acreedor, tiene una actitud inflexible, totalmente contradictoria con su propia línea filosófica.

El derecho comparado da muestras de la gran disparidad de criterios que existen en esta materia, lo que habla de las dificultades que el tema presenta y por sobre todo, las diferentes políticas fiscales de cada país. Algunas normas, le dan tratamiento similar al nuestro; en otras leyes, estos créditos, al igual que los laborales, no participan del acuerdo, son tratados por separado en sus propias legislaciones, no ingresan al pasivo concursal y por ende no votan; otras, flexibilizan la participación del fisco a fin de facilitar el acuerdo y la protección de la empresa, aceptando los planes de reestructuración como un acreedor más y con ello, aceptar las reales posibilidades de pago de las empresas en crisis.

El Estado y el crédito posconcurzal

La necesidad de la regeneración del crédito en las empresas luego de la presentación concursal, es un dato de la realidad sumamente conocido. Muchas empresas viables, fracasan en sus intentos rehabilitatorios por la imposibilidad de volver a obtener capital de trabajo o financiamiento de la “caja”.

En tal orden, ya está siendo tratado en el derecho comparado, la incorporación en las leyes concursales y en las políticas públicas, lo relativo a la recomposición del crédito posconcurzal, tanto desde los particulares (acreedores, proveedores), las entidades financieras, como desde los

propios accionistas, generando para estos acreedores un privilegio sobre sus nuevos créditos, cuando se ha acreditado debidamente que se trate de la rehabilitación o reestructuración de una empresa viable.- Igualmente, deben generarse políticas de ayudas públicas para las empresas viables concursadas.-

En nuestra país, el Estado no favorece, ni desde lo legislativo¹⁹, ni desde lo bancario²⁰, ni desde su propia actitud²¹, el otorgamiento del crédito posconcurzal, que se sabe es una necesidad imperiosa para que una empresa en dificultades -pero viable- pueda rehabilitarse.

Como hemos intentado de reflejar en esta apretada síntesis, existe en la república Argentina una sostenida, contradictoria e incoherente política del Estado frente a las crisis empresariales.-

Reflexiones y Síntesis.

El Estado es moroso en la gestión de sus créditos en la etapa previa al concursamiento de una empresa, lo que ha permitido la “apropiación” de los mismos por parte de los particulares, generando un pasivo silencioso, automático, pero letal, que perjudica a la empresa, a los acreedores y al propio fisco. Esta morosidad fiscal, está protegida y premiada a través del régimen de los privilegios concursales. Frente a esta realidad, ya existen muchas leyes en el derecho comparado que le están quitando los privilegios al fisco y además, obligándolos a participar en las Juntas de Acreedores, aprobar las propuestas y facilitar el acuerdo en justos términos y acorde a lo que han aprobado otros acreedores.

El Estado, como acreedor, es inflexible. Permite la generación de un pasivo empresario por indolencia, ineptitud o morosidad que lo transforma habitualmente en un acreedor de mucha cuantía y luego no admite propuestas que sean realmente ajustadas a la capacidad de pago de la empresa y agotando toda posibilidad de reestructuración y haciendo fracasar las salidas concordatarias.- El peso de la crisis debe descargarse sobre los particulares, no sobre el estado, que en muchos casos es quien la ha ocasionado.

Diversas leyes de otros países, regulan la participación del fisco en los procesos concursales con pautas mucho más flexibles, admitiendo quitas, esperas y demás renunciamentos que los demás acreedores admiten para permitir la rehabilitación de la empresa.

La presentación en concurso le produce a la empresa una inmediata y fuerte restricción en el acceso al crédito, tanto comercial como financiero. La pérdida del capital de trabajo y la dificultad para reconstruirlo –sin crédito- disminuyen las posibilidades de continuar operativamente y de rehabilitarse.-

19 No modifica la ley de concursos y quiebras introduciendo ventajas y privilegio para el otorgamiento de crédito posconcurzal a las empresas que han acreditado suficientemente su viabilidad.

20 No existe regulaciones del Banco Central de la República Argentina que permitan la recalificación dentro de los sistemas informativos de la Central de Riesgo de los deudores concursados, ni la facilitación de líneas de créditos por parte de las Instituciones del sistema para asistirlos, ni tampoco la reapertura de la operatoria con cheques, que queda librada al mejor criterio de los bancos de quienes la empresa concursada era cliente anteriormente.-

21 Tampoco existe regulado ni institucionalizado en la actualidad, un régimen de “ayudas públicas” para las empresas concursadas viables.-

El crédito posconcurzal, no solo debe ser favorecido desde la política económica del Estado, sino que las leyes concursales de moderna concepción favorecen a las personas que confieren crédito a las empresas concursadas, privilegiando sus créditos y postergando a los acreedores anteriores, ello en aras a permitir el saneamiento. Esta posibilidad se logra con la aprobación por los acreedores de un plan de saneamiento creíble que muestre la viabilidad de la empresa y la posibilidad de que la misma, a través del plan y con el nuevo crédito, les permita cobrar más que lo que cobrarían en la quiebra.

Las ayudas públicas. Otros sistemas concursales generan modelos de ayudas públicas a las empresas en dificultades, suprimiendo, minorando o postergando el cobro de impuestos durante la etapa de cumplimiento o como aporte al concurso, a diferencia de nuestro modelo que grava con impuestos a las ganancias (35%) las quitas que el deudor obtenga producto del acuerdo.

Por lo que, nuestro sistema concursal una severa contradicción en la actitud del Estado, entre lo declamado en aras de la conservación de las empresas y el comportamiento del fisco, tanto como acreedor dentro del concurso, como ente recaudador, fuera del concurso. Debemos darnos una nueva ley concursal que adopte todos estos principios si realmente queremos concursos reorganizativos con aptitud rehabilitatorios.