

**PENSANDO EN LA SALIDA DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO. IDEAS
PARA MITIGAR LA CRISIS POST-PANDEMIA DE COVID-19**

Efraín H. RICHARD - Jorge F. FUSHIMI

Publicado en: LA LEY 08/05/2020, 08/05/2020, 2 - Cita Online: AR/DOC/1500/2020

Resumen: Esto nos obliga a pensar en soluciones que no necesariamente serán nuevas, pero que se aplicarán en un contexto que es tan atípico que no cabe ninguna duda de que estamos frente a la madre de todos los paradigmas del caso fortuito y la fuerza mayor. Pero, además, no será una crisis económica local, sino que todos los países del orbe estarán en iguales condiciones, lo que llevará a que se imponga pensar desde una perspectiva que evite el pleito y el conflicto, y si este es inevitable, que evite llegar a la instancia judicial, y si se llega a la instancia judicial, que no derive en un proceso concursal.

Palabras claves: Pandemia - Derecho Economico - Obligaciones - Cumplimiento de la Obligacion - Cumplimiento del Contrato.

Abstract: This forces us to think of solutions that will not necessarily be new, but that will be applied in a context that is so atypical that there is no doubt that we are facing the mother of all the paradigms of the fortuitous event and force majeure. But, in addition, it will not be a local economic crisis, but all the countries of the world will be in the same conditions, which will lead to the imposition of thinking from a perspective that avoids litigation and conflict, and if this is inevitable, that it avoids reach the judicial instance, and if the judicial instance is reached, that does not lead to bankruptcy.

Key words: Pandemic - Economic Law - Obligations - Compliance with the Obligation - Compliance with the Contract.

I. Introducción

No es esta la primera colaboración de los autores, quienes nos hemos convocado mutuamente para tratar cuestiones que ameritan el tratamiento interdisciplinario, como diversos temas jurídicos, económicos y contables. Diversos grupos de trabajo nos encuentran colaborando de manera cooperativa, pensando y proponiendo medidas de diferente tenor, para elevar a las autoridades nacionales, como una contribución desinteresada de los académicos e investigadores del derecho mercantil, societario y concursal. La situación, absolutamente inédita en la historia de la humanidad y que motivó el dictado de las medidas de emergencia tendientes a proteger la salud y la vida de la mayoría de los habitantes del planeta, ha generado como consecuencia una crisis económica cuyos primeros aspectos salientes se están viendo y viviendo, pero que apenas son un indicio de lo que vendrá.

Esto nos obliga a pensar en soluciones que no necesariamente serán nuevas, pero que se aplicarán en un contexto que es tan atípico que no cabe ninguna duda de que estamos frente a la madre de todos los paradigmas del caso fortuito y la fuerza mayor. Pero, además, no será una crisis económica local, sino que todos los países del orbe estarán en iguales condiciones, lo que llevará a que se imponga pensar desde una perspectiva que evite el pleito y el conflicto, y si este es

inevitable, que evite llegar a la instancia judicial, y si se llega a la instancia judicial, que no derive en un proceso concursal.

Mientras los más eminentes estudiosos del derecho societario se preocupan por evitar que las consecuencias de la crisis acarreen responsabilidades para los empresarios leales y diligentes que fueron sorprendidos por eventos inéditos, y las causas de disolución por pérdida del capital, los juristas concursualistas se dedican a analizar las respuestas desde la perspectiva de la insolvencia, la cesación de pagos y la preinsolvencia; otros analistas del derecho estudian las consecuencias sobre los contratos, sobre las relaciones laborales, sobre las personas vulnerables, sobre el tratamiento de las personas condenadas a penas privativas de libertad (solo por tratar superficialmente algunos de los tópicos que preocupan a los operadores del derecho), y así la doctrina argentina se prepara para dar herramientas a las autoridades de los tres poderes a fin de que puedan responder de la mejor manera posible.

Quizás esto sea una de las pocas buenas cosas que aportará el virus SARS-CoV-2 a la historia.

II. La dimensión de la crisis global

Es fundamental, previo a cualquier análisis y propuesta, comprender la verdadera dimensión de la crisis global. La pandemia no solo ha afectado la actividad económica de nuestro país, sino que ha generado un paro total de la mayor parte de las actividades económicas en todo el mundo, sin distinción entre países desarrollados o en vías de desarrollo. Solo en los Estados Unidos de Norteamérica se han perdido 22 millones de puestos de trabajo; la Organización Internacional del Trabajo (OIT) prevé la destrucción de 12 millones de puestos de trabajo de tiempo completo en la Comunidad Europea (CE), mientras que solo España perdió alrededor de 900.000 puestos laborales.

Para entender la dimensión del paro de la actividad industrial, de transporte y generación de energía, valga el dato de que el petróleo crudo tuvo, por primera vez en la historia, valores negativos: operó (en fecha 20/04/2020) con valores que llegaron a US\$ -37,63 el barril. Si bien se trata de cotizaciones de operaciones a futuro, en los hechos ello significa que se espera que la producción de petróleo supere holgadamente la capacidad de almacenamiento de las empresas extractivas y de las refinerías, y que —teóricamente— se pagaría un retorno al que acepte recibirlo y almacenarlo.

El Fondo Monetario Internacional, a través de su directora gerente, Kristalina Georgieva, anunció la disponibilidad de fondos por un billón de dólares estadounidenses (se refería al verdadero "billón", ya que en inglés empleó la palabra trillion) para asistencia financiera; la presidenta del Banco Central Europeo, Christine Lagarde, anunció fondos para los países de la CE con destino a la infraestructura sanitaria y asistencia para salida de la crisis por 500 mil millones de euros; el Banco Mundial anunció que dispondrá de US\$ 160 mil millones para asistir financieramente a los países que lo requieran, en los próximos 15 meses; la CE ha previsto ayuda financiera por 100 mil millones de euros para evitar mayores perjuicios por la pérdida de empleos, y eso solo por ahora. Existiendo acuerdo en la necesidad de disponer enormes montos para reforzar la economía, la discusión se centra en si la ayuda será a fondo perdido o con reembolsos. Se prevé que el PBI mundial caerá hasta casi un 5% (se habla de un crecimiento negativo de entre el 2,3% y el 4,8%, según el Banco Asiático de Desarrollo), lo que implicaría pérdidas globales de entre 1,8 y 3,8 billones de euros.

Mientras tanto, para América Latina se prevé una caída del 5,3 del PBI de la región, y las

Naciones Unidas¹⁰² prevén que "la tasa de pobreza en la región aumentaría en un 4,4% durante 2020 al pasar de 30,3% a 34,7%, lo que significa que 29 millones de personas quedarían en situación de pobreza. Por su parte, la pobreza extrema crecería en 2,5% pasando del 11,0% al 13,5%, lo que representa un ascenso de 16 millones de personas". Y, respecto del empleo, se prevé que "La tasa de desempleo se ubicaría en torno a 11,5%, un aumento de 3,4 puntos porcentuales respecto al nivel de 2019, que era del 8,1%. De esta forma, el número de desempleados de la región llegaría a 37,7 millones". La CEPAL¹⁰³ "estima una contracción de -1,8% del producto interno bruto regional, lo que podría llevar a que el desempleo en la región suba en diez puntos porcentuales. Esto llevaría a que, de un total de 620 millones de habitantes, el número de pobres en la región suba de 185 a 220 millones de personas; en tanto que las personas en pobreza extrema podrían aumentar de 67,4 a 90 millones".

En medio de esas expectativas tan negativas, la Argentina —antes de ingresar en la etapa de aislamiento social, preventivo y obligatorio— se encontraba en un proceso recesivo sin visos de finalización, con altas tasas de desempleo, pobreza e inflación, y —como si eso no alcanzara— en un nuevo default respecto de la deuda externa. Esos datos no son menores: en primer lugar, la salida de la crisis nos encontrará con escasas posibilidades de obtener financiamiento externo y con una negociación con los acreedores defaulteados que será —como todas— compleja, máxime en un mundo que necesitará de fondos. Si, por otra parte, los países centrales contraen deuda para superar sus crisis internas, ello acarreará una suba de las tasas de interés internacionales que hará complicado tomar deuda externa, si a ello le sumamos la tasa de riesgo país.

Si, como se prevé (y lo vemos con el ejemplo del petróleo), los precios de las commodities se desploman, la situación empeorará.

Solo se puede exhibir al mundo la adopción temprana de medidas rígidas tendientes a evitar la circulación del virus y un apuramiento del sistema sanitario para atender la ola de infectados que necesariamente llegará en algún momento, que se preparó, dentro de lo que se pudo, de manera razonablemente eficiente.

Solo le quedará al Estado argentino la financiación vía tributos y vía emisión de dinero, lo cual tiende a generar las condiciones de una grave crisis financiera y económica.

III. Renegociación obligatoria

La situación económica, patrimonial-financiera, de los emprendedores es multifacética: abarca desde los —quizá pocos— que han hecho un muy buen negocio hasta los que han visto desaparecer en pocos días lo que era un buen negocio. Los especialistas comienzan a pergeñar múltiples ideas, particularmente consistentes en reformas a la legislación pre- y concursal, como respecto de la judicialidad, que aparece desde antes desbordada.

Ha quedado de manifiesto la masa poblacional marginada y alejada de sus magras fuentes de ingreso diario. Del Estado se requiere, de todos esos lados y muchos más, asistencia material y fondos.

La pandemia sanitaria y los aislamientos han generado situaciones inéditas, sin precedentes. Cada día se suman nuevos problemas y resulta difícil, si no imposible, que buenos hombres de

102 Ver <https://news.un.org/es/story/2020/04/1473192>.

103 Textual de la página web de la CEPAL: <https://www.cepal.org/es/comunicados/covid-19-tendra-graves-efectos-la-economia-mundial-impactara-paises-america-latina>.

negocios puedan asegurar la viabilidad futura de su actividad y las medidas, apoyos, financiamientos y condiciones para llevarla a cabo. La magnitud de la crisis local y global nos está demostrando que, por más que se actúe con la máxima lealtad y diligencia, no se puede asegurar nada ni prever normativamente todas las cuestiones que se susciten.

Esa disimilitud de situaciones, en un contexto en el que deberemos presumir la buena fe y sancionar cualquier conducta abusiva, impone la necesidad de un marco de neutralidad, donde nadie pueda agredir o ser agredido ni intentar los recursos judiciales o concursales habituales. Entiéndonos: no nos oponemos a ninguna de las variadas y creativas e inteligentes propuestas que se formulan para la etapa de preinsolvencia y para las normas concursales, ya que en general entendemos que, hoy por hoy, todas las actividades económicas se encuentran en etapa de preinsolvencia o en zonas limítrofes a la cesación de pagos y la insolvencia.

Pero no podemos centrarnos solo en la faz concursal. Los procesos concursales acarrearán altos costes de transacción; son procesos lentos, y lo seguirán siendo con las reformas que los mejores concursalistas de nuestro país proponen. Esto tiene dos explicaciones: los tribunales que entienden en procesos concursales están atiborrados de trabajo anterior a la pandemia, producto de los largos meses de recesión económica. La lluvia de nuevos procesos no colaborará con la fluidez procesal, máxime conociendo la "cultura abogadil argentina". Por otra parte, cada proceso que se abra generará un efecto cascada o de arrastre, ya que cada concurso acarreará la cesación de pagos de sus acreedores. Por eso pensamos que se debe buscar una alternativa previa de regularización de las relaciones jurídicas y económicas, que no necesariamente ha de ser de naturaleza preconcursal¹⁰⁴, pero que quizá pueda aventar parte de los problemas de viabilidad de la actividad.

Proponemos un período de renegociación, en el marco de la continuidad —eventualmente atenuada— de las ayudas del Estado para satisfacer salarios. La obligación de renegociar es la propia de los contratos de larga duración, donde una parte intenta una rescisión y se le impone previamente aquella actitud —art. 1011, Cód. Civ. y Com.—, actitud que no es extraña ante el caso fortuito o la fuerza mayor, que se corresponde con la pandemia que estamos padeciendo. La enorme heterogeneidad de las relaciones económicas de toda índole que se llevan a cabo en una economía y que se verán afectadas¹⁰⁵ no permite enumerar todo aquello que deba ser renegociado. No enfrentamos solo problemas dinerarios, sino respecto de la continuidad o el cumplimiento de los contratos.

Se trata de rescatar el principio del art. 9º, Cód. Civ. y Com., y las actitudes positivas del hombre, como volviendo a la sencillez del pasado, cuando los contratantes en disputa resolvían los conflictos en pocas horas, mirándose a la cara y dándose razones: "A verdad sabida y buena fe guardada", logrando una solución inmediata al diferendo.

La renegociación permitiría, en cada caso, determinar soluciones cooperativas —en colaboración o participación— o la imposibilidad de ellas que impusiera el concurso, pero midiendo la magnitud real del problema.

Como conclusión (de este acápite) se nos ocurre una previsión normativa especial, que sin duda

104 En similar sentido que nosotros, Juana Pulgar Ezquerro reflexiona "sobre la preparación de un escenario futuro de reconstrucción a través de la reestructuración empresarial, con soluciones amistosas al margen de los procedimientos tradicionales concursales"; PULGAR EZQUERRA, Juana, "Reestructuración empresarial y alarma COVID-2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia", Diario La Ley, 9608, España, 2020.

105 Nuestra propuesta no se basa solo en renegociar respecto de las relaciones laborales, comerciales usuales, locativas, bancarias o similares. Habrá promesas de contratos que se romperán, compromisos de donaciones a entidades sin fines de lucro que no podrán cumplirse, planes trienales de fundaciones, prestación de servicios profesionales, etc.

debe merecer perfeccionamiento:

"Hasta los ... días¹⁰⁶ posteriores a que el Poder Ejecutivo lo disponga, las personas humanas y jurídicas sociedades que tengan diferendos o dificultades en el cumplimiento de sus recíprocas relaciones, deberán negociar:

"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 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 a cada rubro.

"3. Con el Estado negociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal. Los planes que se concedan deberán serlo sin necesidad del cumplimiento de otros requisitos formales adicionales al trámite en sí mismo, sin perjuicio de que tales requisitos puedan ser cumplimentados con posterioridad, en plazos amplios y razonables, como condición de mantenimiento del plan. Se invita a las provincias y a los municipios para que otorguen facilidades en similar sentido.

"4. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a distribución de dividendos como 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. Los emprendedores personas humanas podrán generar sociedades unipersonales sin trámite alguno si fuere necesario para lograr arreglos con sus acreedores.

"Quienes omitan esas negociaciones no podrán con posterioridad intentar remedios concursales o de renegociación previstos por la legislación común, sin perjuicio de quedar firmes las soluciones alcanzadas".

IV. Fresh money a la criolla

Esta parte de nuestra propuesta trata de lograr financiación bancaria para las mipymes, con un régimen de garantías que les permita acceder a tasas de interés que estén en relación con las ganancias que obtienen las empresas, y no en relación con la tasa de referencia que fija el BCRA, que fija valores que resultan inaccesibles para las empresas. Es una parte necesaria de la renegociación obligatoria. Es decir, es necesaria la asistencia financiera¹⁰⁷, no solo para evitar el concurso, sino para mantener la actividad en la medida de su viabilidad.

Dado que no concebimos el pensamiento mágico de creer que las entidades financieras accederán a reducir las tasas de interés y facilitar dinero, por más que sean invitadas e instadas a ello, procuramos que la propuesta guarde visos de racionalidad económica, a fin de que los incentivos para la baja de las tasas sean efectivos, reales y sencillos de aplicar, y por ello

106 Los autores consideramos que el plazo de renegociación obligatoria debe ser fijado por el Estado, atento a las razones políticas y sociales que se consideren relevantes.

107 En igual sentido que nosotros: PULGAR EZQUERRA, Juana, "Reestructuración empresarial...", ob. cit. De otro lado, y no menos importante, debe incentivarse y en su caso propiciarse la financiación necesaria a las empresas y en particular a las pymes, para atender a sus necesidades, de momento transitorias, de liquidez. Son necesarias, por tanto, "legislaciones de emergencia" y en particular en el ámbito preconcursal, concursal y de financiación de empresas, limitadas al período de alarma y sus eventuales prórrogas.

proponemos un régimen de garantías subsidiario.

En el título consignamos "a la criolla", porque tiene un componente propio, cual es el de la garantía que proponemos, atento a las particulares formas, modos y costumbres de las entidades bancarias argentinas. No es el clásico instituto financiero preconcursal, y vamos a ver por qué decimos eso, sin perjuicio de que nada obsta a que tenga tratamiento en la ley concursal. En esta crisis, prácticamente la mayoría de las mipymes estarán en zona de preinsolvencia.

IV.1. Fresh money

Se denomina así al mecanismo de financiación de empresas en dificultades económicas y financieras¹⁰⁸ a través del cual las entidades financieras prestan dinero "fresco" dentro del marco de negociaciones de refinanciación; en caso de concursarse el beneficiario, aquel será considerado como gasto prededucible dentro del proceso. El concepto requiere de dos aspectos: la refinanciación y el ingreso de fondos frescos, y solo los fondos frescos serán los que gocen de la preferencia de la prededucibilidad¹⁰⁹. No debe confundirse el fresh money, herramienta de financiación previa a la insolvencia y para evitarla, con el fresh start a través del financiamiento postconcursal, algo que no tratamos en este punto, sin negar su fundamental importancia y sin que ello implique negar su relevancia como herramienta para superar la crisis económica y financiera de las empresas ya concursadas o en trámite falencial.

El instituto ha sido receptado en diversas legislaciones concursales, como la italiana, la española y la francesa. La solución española de considerar prededucible solo al 50% y el resto considerarlo como crédito con privilegio general ha sido objeto de críticas, en particular por los sectores vinculados al mismo sector financiero, atento a que no resulta tan atractiva la solución. El art. 71 bis de la ley concursal española (ley 22/2003 y sus modificaciones) trata sobre "los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando: a) En virtud de estos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y b) Con anterioridad a la declaración del concurso". El art. 84, inc. 2º, párr. 11, de la misma ley es el que concede privilegio general.

Ahora bien, hay tres puntos que podrían dificultar este acceso: a) el primero es que se requiere un plan financiero que puede ofrecer complicaciones al deudor que recurre a estas formas de crédito; b) puede ocurrir que las garantías ofrecidas no resulten atractivas para la entidad

108 "Parece que no plantea discusión el hecho que una estrategia tendiente a la reestructuración de una empresa que atraviesa una situación de crisis económica, pasa por obtener financiación de sus clientes y proveedores para continuar con su actividad, y una inyección de tesorería, de liquidez, distinta de la que genere la actividad empresarial del deudor (que por mor de la crisis que soporta, habitualmente será escuálida) y, por lo tanto, proveniente de un tercero, vinculado o no al deudor, con la que poder afrontar los gastos e inversiones precisos para solventar las dificultades económicas que sufre y, de este modo alcanzar la viabilidad y continuidad de la deudora. Esa inyección de liquidez es el llamado fresh money", AZNAR GINER, Eduardo, "La reforma concursal del real dec.-ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 05/01/2014, p. 224, Microjuris.

109 Dasso expresa que "No se trata de un privilegio en razón de la categoría del crédito financiero, exclusivo o singular de la banca o institución prestamista sino simplemente de la consideración, del incremento de riesgo asumido por el financista atendiendo a la situación económica del deudor (do ut des)", DASSO, Ariel Á., "El concurso y su financiación", Revista Deonomi, año I, nro. 21, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deonomi/articulos/Ed-0002-N01-DASSO.pdf>.

financiera; y c) que la entidad financiera considere riesgoso que el deudor, con pocas garantías, se presente en concurso y que pueda recuperar su crédito en la instancia concursal, con los costes de transacción que ello implica.

IV.2. "Fresh money" aportado por socios y controlantes

Hasta aquí hemos considerado las renegociaciones y los aportes de fondos frescos solo por parte de los acreedores financieros, y podríamos extenderlo, tal vez, a ciertos proveedores que no solo refinancian, sino que acuerdan la entrega de mercancías o servicios de manera anticipada. Pero no hemos incluido entre los aportantes del fresh money a los socios ni a los controlantes de la sociedad. Apuntamos que algunas ideas que hemos referido respecto de la renegociación obligatoria de buena fe pueden comportar la capitalización de pasivos, que tiene efectos similares sobre la caja del emprendimiento, incluso por los convenios con proveedores.

En primer lugar, entendemos que es obligación del socio mantener debidamente capitalizada a la sociedad. Esto como regla general, conforme a las previsiones imperativas de la ley societaria, tanto por la tipicidad de la relación —art. 1º, LGS— como por la opción imperativa que impone a los socios, ante la infracapitalización, solucionarla —art. 96, LGS— por sí o por terceros. Por otra parte, reconocer el carácter de prededucibilidad de los desembolsos anticipados efectuados por los socios implica todo lo contrario a lo sostenido por la doctrina en general, que considera a tales aportes como créditos subordinados, y así lo habían receptado el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades del año 2019 e importante jurisprudencia previa. En rigor, los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital no son sino fondos frescos aportados que están en una especie de "limbo" contable, ya que transitoriamente son una cuenta del patrimonio neto, y al cabo de un plazo no determinado por ley (aunque sí por algunas reglamentaciones administrativas) son convertidos en pasivos. Estos pasivos siempre deben ser considerados como subordinados, y jamás como créditos prededucibles, en caso de concurso o de quiebra.

En segundo lugar, aunque estemos de acuerdo con que el fresh money no goza de privilegio, sino que se trata de un gasto prededucible en el concurso, cualquier cláusula que rijan en tal sentido encuadrará en el art. 13, inc. 3º, de la LGS (estipulación que asegure al socio su capital o las ganancias eventuales) y será siempre, aun cuando no estuviere contemplada en el instrumento constitutivo, una estipulación nula. Ello, sin contar con que el art. 1º de la LGS pone en cabeza del socio la obligación de soportar las pérdidas, y si ese mismo socio puede retirar los fondos frescos aportados como un gasto prededucible y luego intenta trasladar el quebranto por opinables quitas a los acreedores o la situación deviene en quiebra, se producirá el contrasentido de que las pérdidas serán soportadas solo por los acreedores. Esa es la razón por la cual los aportes no capitalizados de socios y controlantes deben subordinarse: porque solo los recuperarán una vez cancelado íntegramente el pasivo, forma natural de que el socio recupere sus aportes.

IV.3. Garantías

¿Cuál es el incentivo para que las entidades o los acreedores externos no financieros decidan realizar aportes de fondos frescos? No se puede partir de conceptos autoritarios ("debe financiar") o de conceptos emotivos extraeconómicos, como la solidaridad o la responsabilidad social ("les hablé con el corazón y me respondieron con el bolsillo"). Las empresas y las entidades financieras solo son socialmente responsables o solidarias si la observancia de esa conducta las lleva a una ganancia superior a la que tendrían si no lo fueran. El incentivo, pues, debe ser económico.

Ahora, simultáneamente, más arriba hemos hablado de la necesidad de que el financiamiento no se haga sobre la base de tasas de interés meramente financieras, o tomando como referencia

las tasas que fija el BCRA, ya que, si estas son superiores a la tasa de rentabilidad de la empresa asistida, el problema no se solucionará y los fondos frescos no serán un alivio, sino una carga. Y, nuevamente, la tasa de interés no baja por el criterio de autoridad ni por criterios emotivos. La tasa de interés baja, si hay garantías de repago, al reducirse el riesgo de la operación. De lo contrario, cualquier entidad financiera colocará los fondos en otras formas de inversión que garanticen menor riesgo y mayor rentabilidad (como las letras y los bonos que emite el BCRA).

Por ello, hemos tomado el modelo de las sociedades de garantía recíproca, para que las mipymes puedan tener acceso al recurso del fresh money propuesto. Pero el concepto sería que el Estado (nacional, provincial, municipal) pueda crear un fondo de garantía, formado con parte de lo recaudado con tributos de afectación específica, y que las mipymes "compren" las garantías del Estado, a fin de que el Estado no resulte perdedor en las transacciones.

Las mipymes que pretendan ser beneficiarias deberían suscribir una cuota parte del capital de la sociedad de garantía recíproca (que bien podría ser un canon de acceso a un fondo fiduciario, si es que no se pretende que sea una Sociedad de Garantía Recíproca, sino un fondo fiduciario). Ello daría derecho a la mipyme a resultar beneficiaria de la garantía del Estado, que —como explicamos— deberá haber dispuesto un fondo de garantía. La idea es que la garantía no tenga costo cero para la empresa que lo requiere, ya que lo contrario sería financiar aventuras.

La garantía debería ser liquidable a primera demanda, en caso de presentación de la mipyme en concurso preventivo, y el Estado, subrogarse automáticamente en los derechos de la entidad financiera y, consecuentemente, percibir su crédito como gasto prededucible. Ello también garantizaría de alguna manera que el Estado pueda recuperar, aunque sea en parte, el monto garantizado en caso de quiebra. A la entidad financiera se le asegura una inversión muy segura, lo que le permitiría aplicar las tasas de interés que proponemos más arriba.

IV.4. Plan financiero y control contable

En el caso español se requiere la presentación de un plan financiero¹¹⁰ y un seguimiento contable a través de auditores¹¹¹. Esto, transitoriamente, podría ser una complicación. Según algunos estudios¹¹², un 3% de las pymes expresa que no pueden acceder a financiación bancaria por defectos en la contabilidad o carencia de ella, y un 21% alega "complejidad en los trámites", algo que debe entenderse también asociado a la falta de disponibilidad de información confiable y pertinente, ya que cuando se cuenta con ella no existe la dificultad. No proponemos una amnistía contable, sino que lo analizamos en dos dimensiones: por un lado, como una razón para comenzar a llevarla; y, por otro lado, no lo convertimos en una dificultad para el acceso al fresh money.

110 AZNAR GINER, Eduardo, "La reforma concursal...", ob. cit.: "El plan de viabilidad, requisito básico y esencial, pues el acuerdo debe responder al mismo, no se constituye en garantía o exigencia del buen fin del acuerdo de refinanciación ni de la continuidad de la empresa, habiéndose afirmado con acierto que no puede exigirse que el plan tenga éxito, sino únicamente que esté bien elaborado y que sea racional en sus previsiones, conclusiones y 'recetas', de tal forma que el cumplimiento del requisito no puede hacerse depender de lo que realmente suceda después".

111 Uno de los autores ha expresado: "Por último la preocupación de la fresh money a que atienden normas de 'preconcurabilidad'. Como ex funcionario bancario —y ahora en la práctica profesional— sea con posterioridad a la homologación de un acuerdo legal, como en casos de soluciones por reorganización societaria, jamás se niega apoyo a la sociedad que presenta un equilibrado plan de negocios y exhibe documentación contable aceptable, particularmente cuando vincula el aporte económico —al estilo de lo autorizado por la reforma societaria italiana— a negocios participativos, alejadas las incorrectas dudas sobre el alcance del art. 30, LSA, o en la nueva modalidad aceptada por el art. 1531 del Proyecto de Cód. Civ. y Com.", RICHARD, Efraín H., "Insolvencia societaria en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-B, 708, AR/DOC/6080/2012.

112 PWC, "Expectativas 2019. Pymes en Argentina. 6ª encuesta a pymes de PWC Argentina".

Por ello, a fin de evitar dificultades en el ingreso al régimen de garantías, se propone que una vez acordado su otorgamiento se imponga a la mipyme beneficiaria el deber de rendir cuentas y presentar un plan que demuestre que el importe de refinanciación podrá ser abonado y que también permita al organismo estatal o fondo fiduciario seguir la evolución de la empresa (a través de la información que pueda centralizar la AFIP sobre ventas, compras, gastos, tributos, salarios y aportes y contribuciones al régimen de la seguridad social; y la entidad financiera, sobre ventas mediante tarjetas de crédito, tarjetas de débito, etc.). Es decir, el Estado cuenta con los medios y los recursos para ir siguiendo la evolución de la empresa garantizada y hacer las previsiones necesarias para evitar que su eventual falencia sin activos afecte la sustentabilidad de la SGR o del fondo fiduciario. Esta propuesta, entendemos, no cierra las puertas, sino que se vale de los recursos informáticos con que cuenta el propio Estado para hacer el seguimiento. Obviamente, se necesitará la autorización expresa del empresario para que la AFIP pueda compartir información, o bien una reforma al art. 101 de la ley 11.683 de Procedimiento Tributario y sus modificatorias. Estimamos más sencillo que el propio cliente otorgue la autorización expresa al organismo fiscal para que se comparta la información financiera para evaluar su evolución.

La garantía estatal siempre deberá ser subsidiaria, ya que, si la mipyme cuenta con garantías reales o personales o avales suficientes, a juicio de la entidad financiera, no será necesario recurrir a la garantía que proponemos.

V. Declaración de inembargabilidad de todas las cuentas bancarias

Esta posición ya ha sido postulada por uno de los autores¹¹³. La disponibilidad de una cuenta bancaria ha sido definida por Eduardo Favier Dubois como un "derecho humano de quinta generación", que —dado el estado actual de la bancarización y el uso de medios electrónicos de pago— no puede ser restringido, alterado o suprimido, y menos aún a la salida de la crisis: salarios, ayuda social, haberes jubilatorios, cobranzas por ventas a plazos, comercio electrónico, etc. Para no reiterar conceptos ya vertidos, expresamos las conclusiones que surgían de aquel trabajo y que guardan relación con este (es decir, hemos prescindido de otras conclusiones no vinculadas al tema que nos convoca):

1) Las cuentas bancarias (cuentas corrientes, cajas de ahorro, cuentas sueldo, cuentas de la seguridad social, cuentas judiciales) son esenciales para el desarrollo de cualquier actividad económica que se desarrolle dentro del marco de la ley, conforme a las normas argentinas que requieren de bancarización.

2) El embargo de tales cuentas no hace sino cercenar elementales derechos constitucionales, tales como el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita; a comerciar; a usar y disponer de su propiedad; a asociarse con fines útiles (ya que no se podrían realizar aportes de capital). Cercena, además, los derechos laborales del art. 14 bis de la CN, y el derecho de propiedad consagrado por el art. 17.

3) El embargo preventivo de fondos líquidos, recaudaciones y fondos depositados en cuentas bancarias (incluyendo depósitos a plazo fijo) siempre acarrea su secuestro, lo cual implica una confiscación fáctica de fondos, que está absolutamente prohibida por la Constitución Nacional. En efecto, los fondos pasan del particular a estar a disposición del tribunal ordenante de la medida,

113 FUSHIMI, Jorge F., "Hacia la necesaria declaración de inembargabilidad de las cuentas bancarias. O la muerte civil por imposibilidad de llevar adelante cualquier actividad económica", RDCO 300-145, AP AR/DOC/151/2020.

por lo que pasan a la órbita del Estado.

4) Los embargos de cuentas bancarias (incluyendo depósitos a plazo fijo), fondos líquidos, recaudaciones y otros depósitos siempre ocasionan perjuicios al embargado. Estos perjuicios van mucho más allá de la incomodidad o molestia que puede generar un simple embargo de bienes (muebles, registrables o no, o inmuebles). Acarrean perjuicios tangibles.

[...]

6) Los perjuicios que ocasionan los embargos referidos deben ser reparados con la contracautela.

7) Los jueces concursales han comprendido mucho mejor la necesidad de la disponibilidad de cuentas bancarias para la continuación del giro del negocio del concursado preventivo, y por eso ordenan medidas que pueden ser cautelares atípicas, medidas "anticautelares"¹¹⁴ o medidas autosatisfactivas.

8) Entonces, se produce la paradoja de que los jueces que entienden en causas de sujetos en cesación de pagos, en procesos universales, autorizan el uso de cuentas bancarias, mientras otros jueces que entienden en causas de sujetos in bonis, en procesos singulares, restringen e imposibilitan el uso de cuentas bancarias al punto de llegar a generar una asfixia financiera o económica al embargado, lo que va mucho más allá de los objetivos de las medidas cautelares. Esto podría forzar al embargado a solicitar su concurso preventivo, al solo fin de evitar caer en cesación de pagos y poder continuar con el giro normal de su negocio, aunque bajo la vigilancia del síndico.

9) Los embargos preventivos tienen la finalidad de toda medida cautelar: es decir, asegurar derechos, para lo cual se requiere que se acredite la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora y que se ofrezca contracautela suficiente. No pueden concederse a primera demanda en procesos laborales, donde no siempre se exigen cautelares efectivas que garanticen la reparación del daño.

10) Es decir, los embargos no pueden ocasionar perjuicios ni ser utilizados como medidas coercitivas o medidas para compeler al demandado a nada, ni siquiera para negociar. Mal pueden ser concedidas para dotar al actor de un medio de presión absolutamente antijurídico y contrario a la actuación preventiva del embargo. Menos aún en épocas de crisis generalizada, ya que solo contribuirán a agravar la situación y a dificultar más cualquier vía de salida posible.

11) En nuestra propuesta de renegociación obligatoria, las medidas cautelares sobre cuentas bancarias deben ser levantadas sin más, por imperio de la ley o de la norma jurídica que trate el tema.

12) Asimismo, se debería requerir, previo a la orden de cualquier embargo sobre cuentas bancarias, que se adopten los recaudos para evitar el embargo de cuentas sueldo y cuentas de la seguridad social y que estas puedan ordenarse en debida forma.

[...]

15) Los bancos deben asumir responsabilidad empresaria, haciendo saber al juez ordenante sobre la improcedencia de los embargos sobre cuentas sueldo y cuentas de la seguridad social, salvo en la proporción que la ley admite. Asimismo, en todos los casos, primero se deberían atender los descubiertos bancarios y demás obligaciones que el embargado debe cumplir para con la

114 Empleamos el término acuñado por BOTTERI, José D., "La precautoria anticautelar en la demanda de concurso preventivo", *Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE)*, t. XXX, septiembre de 2018.

institución, y luego los embargos ordenados, ya que de lo contrario se generan graves perjuicios financieros para el embargado, como rechazo de cheques, aumento de las tasas de interés por descubierto bancario, excesivo plazo de duración de los descubiertos bancarios, caída de la credibilidad del titular embargado por el rechazo de los cheques (aun estando in bonis), entre otros. Debería tenerse especial cuidado respecto de las normas que tutelan al cliente bancario como consumidor bancario.

VI. Conclusiones

La crisis económica y financiera post COVID-19 va a tener consecuencias impensadas, por su carácter no solo local, sino también regional, continental y mundial. Ningún país, ningún continente, ningún grado de desarrollo será indiferente a la crisis económica. No solo las relaciones económicas se verán afectadas, sino también las sociales, políticas, ambientales, etc. Por razones metodológicas, solo nos hemos concentrado en algunas de las consecuencias económicas y financieras y, modestamente, hemos tratado de acercar algunas herramientas que consideramos fundamentales:

a) Negociar, renegociar y volver a negociar, dentro de la buena fe y como condición previa a cualquier remedio concursal. La buena fe comercial no solo es un requisito básico; debe ser el norte que guíe el sendero de salida de la crisis.

b) Nuestro concepto de negociar y renegociar se extiende a todas las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, salvo los casos de abuso o fraude, que por imperio de los arts. 9º, 10, 11 y 12, Cód. Civ. y Com., quedan siempre excluidos. Obviamente, no se limita a las relaciones dinerarias, sino a todas las relaciones jurídicas de la actividad empresarial.

c) La salida de la crisis requiere de fondos. Fondos ingentes son inyectados por los Estados más poderosos y por organismos multilaterales, a los que a la Argentina le costará acceder, atento a su situación de default.

d) Por ello será necesario inyectar fondos frescos para refinanciar pasivos y reactivar las empresas, pero —para que no sea una utopía— deben ser financiados a tasas razonables que guarden relación con la ganancia propia de la actividad empresarial, y no con las tasas testigo que fije el BCRA, ya que ello hará inaccesible el crédito.

e) Para bajar el costo del dinero hace falta seguridad y una baja de los costes de recupero del crédito. Ello se traduce en menores provisiones y menor tasa de riesgo, lo que necesariamente reduce la tasa global de interés.

f) Para dicha baja, proponemos un régimen de garantía que sea sustentable y donde el Estado no tenga el papel de financiador a fondo perdido, sino que tenga la posibilidad de recuperar todo o parte del monto afectado. No todo puede ser a fondo perdido, no todo puede ser reembolsable. La crisis así lo impone y nos lo demuestra el nivel de discusión actual en la CE.

g) Simultáneamente, es necesario tomar medidas que impliquen el reconocimiento de las cuentas bancarias como un derecho inalienable inherente a la actividad económica (no solo mercantil).

h) Obviamente, la emisión dineraria que se requiere del Estado por las particulares circunstancias (no aumento de combustibles, tarifas ni salarios) no debería generar inflación ante la limitación de los requerimientos operativos. Por otra parte, el Estado tiene —a través de sus tres

poderes— herramientas jurídicas para sancionar remarcaciones que no se correspondieran a reales costos. Hoy la virtualidad a que nos estamos acostumbrando debería, sin afectar la libertad de comercio, informar las razones de cualquier aumento.

i) La obligación impuesta para renegociar permitirá clarificar el futuro operativo y las verdaderas necesidades de dictar otras leyes de emergencia en lo jurídico, preparar a los tribunales o decidir aliviarlos y pergeñar reformas transitorias o definitivas a las leyes de Sociedades, de Concursos o de Lealtad Comercial.

Solo pretendemos que una Ley de Renegociación Obligatoria permita el reencuentro dentro de la pandemia económica, como el aislamiento permitió paliar la pandemia sanitaria, y que ese reencuentro nos permita repensar las estructuras societarias empresariales, forjando nuevos canales de entendimiento para afrontar las larguísimas crisis que aquejan a nuestro país, al margen de toda ideología, incluso para integrar a las personas marginadas que han quedado aún más en evidencia en esta trágica coyuntura.