

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSALINSTITUTO • IBEROAMERICANO
DE DERECHO • CONCURSAL

Jesús María Sanguino Sánchez

RENEGOCIACION DE LOS ACUERDOS CONFIRMADOS**I) Aclaración previa**

Las leyes de los distintos países utilizan terminología disímil para referirse a los mismos hechos, actos jurídicos o institutos, de modo tal que a fin de evitar tener que mencionar un mismo término, en sus diversas acepciones, dejamos explicado como aplicaremos los que se relacionan con este trabajo;

a) *Procedimientos concursales*. Lo usamos para referirnos indistintamente a los acuerdos privados extrajudiciales, a los acuerdos privados judicializables (confirmables), a los acuerdos abreviados o acelerados y a los concursos reorganizativos.

b) *Acuerdo*. Esta expresión refiere al resultado de la negociación entre el deudor y los acreedores, que también se lo denomina convenio, plan de reorganización, entre otros términos.

c) *Confirmación*. Este término alude a la decisión judicial de darle aprobación al acuerdo y a los efectos que del mismo se derivan. Se lo suele denominar también como, homologación, ratificación.

d) *Administración concursal*. Este término alude a los auxiliares del órgano jurisdiccional que suele ser identificado como síndico, liquidador (si se trata de un proceso liquidativo), mediadores u otros términos, pero que refieren a profesionales con especialización en la materia, que colaboran como técnicos en el desarrollo del proceso.

e) *Tribunal*. Refiere al órgano con jurisdicción concursal, sea judicial o administrativo.

II) Introducción

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, a través de sus autoridades, ha decidido generar un documento para ser difundido en la comunidad académica, en el cual se ponga de manifiesto las posibilidades que ofrece el derecho concursal para atender los conflictos de insolvencia que se han generado a partir de la emergencia sanitaria, producida por el virus COVID 19.

Esta crisis, en su aspecto económico-financiero, puede impactar sobre sujetos concursados, que, habiendo logrado la confirmación de un acuerdo alcanzado con sus acreedores, se encuentren en la etapa de cumplimiento. La crisis podrá afectar a estos deudores de modo tal que sobrevenga la imposibilidad de cumplir los compromisos asumidos en el acuerdo, pero más aún, también podrían

encontrarse en serias dificultades para cumplir las obligaciones del giro ordinario, o sea, obligaciones posconcursoales.

Dentro de este contexto, el trabajo se dirige a desarrollar las distintas alternativas que se presentan para que, mediante el dictado de leyes de emergencia, este deudor pueda abrir una nueva ronda de negociaciones con los acreedores insatisfechos, a fin de modificar los términos y las obligaciones que resultan del acuerdo confirmado³⁷⁶.

El estudio del derecho comparado muestra que las leyes concursales de los distintos países tienen semejanzas y diferencias en mayor o menor medida, y que, en lo que refiere a la renegociación de un acuerdo confirmado, existen distintas perspectivas. Algunas leyes lo admiten sin más, teniendo el instituto de la renegociación incorporado a la ley de concursos³⁷⁷; otras leyes, también lo tienen incorporado a la norma concursal, pero la posibilidad aparece como una situación excepcional o restrictiva³⁷⁸; en otros casos, la posibilidad ha sido receptada en estos días producto de crisis y dentro del contexto de leyes transitorias de emergencia³⁷⁹; por último, otros países no lo tienen contemplado ni en las leyes de concurso ni todavía en la legislación que se están dando para enfrentar esta emergencia³⁸⁰.

Este trabajo tiene como objetivo poner de manifiesto las alternativas que enfrentará el legislador de cualquier país, que analice incorporar a su sistema concursal, -definitivo o transitorio- el instituto de la renegociación del acuerdo confirmado, el que deberá ser tomado como una guía de temas, poniendo a la vista las diversas opciones que pueden considerarse.

Igualmente, el trabajo incluye consideraciones sobre la presencia de normas que prohíben a un deudor que ha cumplido íntegramente con el acuerdo, a que vuelva a concursarse hasta pasado un determinado lapso de tiempo.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, considera que, en esta emergencia, la renegociación de los acuerdos en etapa de cumplimiento es una herramienta necesaria para facilitar la continuación de la actividad. Con respecto a la posibilidad de incluir en la negociación a los acreedores posconcursoales, con mayores reservas y recomendaciones, igualmente considera que para esta emergencia puede ser necesario incluirlos.

III) Fundamentos para legislar sobre la renegociación del acuerdo

Las principales razones en las que se fundamenta el dictado de normas que regulen la posibilidad de la renegociación de un acuerdo confirmado, son las siguientes:

a. *Conservación de las empresas.* La conservación de la empresa, la que ahora más que nunca, implica la protección del trabajo, de los ingresos de una parte muy importante de la población, de la actividad económica, del empresario, de la paz social y con ello, la protección del

376 La referencia a un "acuerdo confirmado", se indica porque varias normas contemplan la posibilidad de modificar mediante nueva negociación, los términos de un acuerdo que aún no ha sido confirmado, aun cuando ya hubiera sido aprobado por los acreedores

377 Ej. Colombia, Chile, Ecuador

378 Ej. EEUU, Francia

379 Ej. España, Italia

380 Uruguay, Argentina, Brasil

interés general³⁸¹. La renegociación del acuerdo puede implicar la viabilidad de la empresa y por ende su permanencia en el mercado³⁸².

b. *El derecho de los acreedores.* Se trata de darle a los acreedores la posibilidad de expresarse sobre lo que consideran mejor a sus intereses, se refiera tanto a los acreedores concursales, como a los posconcursoales. La imposibilidad de renegociar implicaría en estos casos, que el proceso se transformara en liquidativo sin que los acreedores hayan sido escuchados, ni expedirse sobre si esta vía es la que prefieren como camino para el recupero de sus créditos, e incluso, tampoco contempla lo relacionado con la continuidad de la actividad comercial que a esa fecha pueden estar desarrollando con el deudor y que se agotarían en el proceso liquidativo.

c. *Los derechos del deudor.* La pandemia y su consecuencia - el cierre de comercios e industrias y confinamiento social- es, inequívocamente un factor exógeno a la crisis de la actividad económica. Si la ley no contempla la posibilidad de que el deudor vuelva a negociar con sus acreedores, la norma no permite tomar en consideración que la actual situación del deudor puede ser totalmente ajena a su gestión, e impide el análisis de la viabilidad o sustentabilidad de la empresa a posteriori de la renegociación y de suyo, a la liquidación y/o a la pérdida de su patrimonio, sin darle opciones.

d. *Prohibición a nuevo concurso.* Cuando la norma prohíbe que un deudor que ha cumplido totalmente el acuerdo, no pueda volver a concursarse durante un lapso de tiempo posterior a la resolución de cumplimiento del acuerdo³⁸³, en realidad no solo restringe y limita al deudor, sino también les ocurre a los acreedores posconcursoales, a los cuales no se los escucha sobre lo que consideran mejor a sus intereses³⁸⁴.

e. Es deseable que la ley suministre las herramientas que permita a los acreedores y al Tribunal, valorar el estado real de situación del deudor, las causas que lo produjeron, la posibilidad de que sean revertidas o superadas, en razón de la trascendencia de los intereses a tutelar.

f. En términos generales hay acuerdo que estas normas deberían tener un carácter transitorio, abarcando la emergencia sanitaria, más un lapso de tiempo que se extienda a posteriori del cese de la misma. Probado el procedimiento de modificación del acuerdo en aquellos países que no lo tienen legislado, y si la práctica demuestra que el instituto es eficiente, se recomendaría incorporarlo definitivamente a las normas concursales.

IV) Temas y Consideraciones

1. Posibilidad de nuevo concurso o acuerdo privado.

- Varios países tienen regulada la posibilidad de que el deudor, estando en la etapa de

381 La Directiva n° 2019/1023 de 20 junio 2019 de la U.E. (Consejo y del Parlamento Europeo) ratifica una vez más y muy marcadamente, que para la Unión es una prioridad absoluta propugnar la conservación de las empresas. En mismo sentido Se expide la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, Primera, Segunda y Tercera Parte UNCITRAL-CNUDMI

382 UNCITRAL-CNUDMI, Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, Segunda Parte, "Modificación del plan después de la aprobación por los acreedores y Recomendaciones, Aprobación de las modificaciones

383 Tal el último párrafo del art. 59 de la Ley de Concursos y quiebras 24522 de Argentina. Se encuentran previsiones al respecto en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, Primera, Segunda y Tercera de UNCITRAL-CNUDMI

384 Costa Rica admite el Concurso del concurso. Código de Comercio. El art. 742, admite que cuando se ha tramitado un proceso de reorganización con intervención judicial o un concordato preventivo, se podrá promover un nuevo proceso si acontecimientos no imputables al empresario o a sus representantes han llevado a la empresa a afrontar una nueva situación económica y financiera crítica.

cumplimiento del acuerdo, pueda proponer la renegociación del mismo con los acreedores que aún se encuentra con obligaciones pendientes, o sea, insatisfechos. En este orden mencionamos a Colombia³⁸⁵, Chile³⁸⁶, EEUU³⁸⁷, Francia³⁸⁸, México³⁸⁹, Ecuador³⁹⁰, Italia (para casos de sobreendeudamiento)³⁹¹, entre otros.

- Varios países han incorporado esta posibilidad en función de la emergencia producida por el COVID 19, con vigencia durante el lapso de tiempo que la misma se extienda, o sea, una norma provisional. Podemos citar, a España³⁹², Italia³⁹³.

- Varios países lo están analizando y se encuentran presentados proyectos de ley al Congreso, para establecer la posibilidad.³⁹⁴

2. A que deudores les serán aplicables estas previsiones

- Debe considerarse si estas recomendaciones son aplicables solamente a los concursos de empresas (de cualquier dimensión) y/o a concursos de personas físicas con ingresos regulares, consumidores, profesionales, micro-emprendimientos, otros).

- El derecho comparado muestra regulaciones que permiten la modificación del acuerdo, tanto para procedimientos concursales de empresas, como también, de deudores personas naturales, profesionales y pequeños emprendimientos.

3. Disposiciones de las leyes concursales que impidan al deudor volver a intentar una nueva solución concursal, hasta pasado un lapso de tiempo desde la fecha de cumplimiento del convenio o acuerdo anterior

- Debe analizarse sobre la conveniencia o las dificultades que le ocasiona a un deudor que habiendo cumplido totalmente un acuerdo, la ley lo inhibe, o sea, le niega la posibilidad de volver a solicitar la apertura de un nuevo proceso concursal, hasta un determinado lapso de tiempo desde que se ha acreditado el cumplimiento.³⁹⁵

- La lectura de las leyes del derecho comparado examinadas, muestran que esta norma inhibitoria o prohibitiva, es de rara aplicación.

4. Posibilidad de renegociar un acuerdo que ha sido homologado o confirmado en etapa de cumplimiento.

- La crisis económica generada por la pandemia, puede poner a un deudor que está

385 Colombia, Ley 550/99 art. 35; Ley 1116/07 art. 45 y 46 (Audiencia de incumplimiento)

386 Chile, ley 20720 art. 83 (Modificación del Acuerdo)

387 EEUU Ley de Quiebras. Secc. 1127 (b), 1229 y 1329

388 Francia. Código de Comercio L. 626-26 y L. 626-31

389 México. Art. 166 bis. Si bien lo reguló en esta oportunidad de la pandemia, lo incorporó a la Ley de Concursos Mercantiles

390 Ecuador, Ley de Concurso Preventivo de 1997 (LCP), para la modificación del acuerdo, conforme al art. 37, requiere la presentación del deudor en forma conjunta con acreedores que representen no menos del 50% de los créditos no cancelados. Igualmente, la Ley de Emprendimiento e Innovación -LOEI- (2020), en el art. 55 inc. 3°

391 Italia, Ley 3/2012. Procedimientos por sobreendeudamientos. Art. 13, parr. 4° ter. Este país lo tenía previsto en el Código de Crisis corporativo e insolvencia (art. 58), cuyas vigencias se postergo en la emergencia, hasta el 1° de septiembre de 2021

392 España. RDL 16 de 28.4.20, art. 8 y 10

393 Italia D.L. 23 de 8.4.20, art. 9

394 Argentina, Brasil

395 Argentina. Ley 24522, art. 59 último párrafo, con una "inhibición" para volver a pedir la formación de un concurso, por el plazo de un año contado desde la fecha de la resolución del tribunal que ha cumplido el acuerdo.

tramitando la etapa de cumplimiento de un convenio, ante la imposibilidad de cumplir con las obligaciones de éste, pero también, frente a severas dificultades para cumplir las obligaciones generadas con posterioridad a la presentación, o sea, obligaciones posconcursoales.

- Esto implica que, durante la emergencia, debe analizarse sobre la conveniencia del dictado de normas que admitan al deudor renegociar el acuerdo con los acreedores concursales, e incluso, incluir a los posconcursoales.

- La renegociación de un acuerdo homologado o confirmado en etapa de ejecución debe tramitarse ante el mismo Tribunal que entendió con anterioridad.

a) Posibilidad de renegociar solo con los acreedores incluidos en el acuerdo.

Todas las normas que hemos citado supra, admiten esta posibilidad. Algunas lo admiten no solo para el concurso de empresas o corporativo, sino también para los pequeños concursos, y frente el sobreendeudamiento de consumidores.

La cuestión que se plantea es si la negociación la deberá hacer con los acreedores originarios o si se debe atender al crédito. En algunas legislaciones es libre la posibilidad de cesión de los créditos derivados de convenios concursales, en cuyo caso debería tenerse en cuenta el crédito y su titular al momento de la renegociación.

b) Posibilidad de renegociar con todos los acreedores que existan a esa fecha (concursoales y posconcursoales).

- Esta posibilidad se está previendo, con limitaciones o restricciones, en algunas normas de emergencia y, por ende, de carácter provisorio. A sus fines lo prevé Italia (D.L. n° 23 art. 9) España RDL n°16 art. 8 y 10), y un proyecto de reformas de Brasil³⁹⁶.

- A juicio de algunos juristas, la inclusión de los acreedores posconcursoales en la renegociación de un acuerdo, pone en peligro la financiación de los acuerdos que se promuevan en el futuro. Estos acreedores ofrecen dinero o crédito frescos al concursado en el momento en que más lo necesita. Incluirlos en un acuerdo de refinanciación en un pie de igualdad con los acreedores concursales supondría un enorme desestímulo al otorgamiento de crédito, excepto que la ley reconozca preferencias- privilegios para estos acreedores.

c) El procedimiento a aplicar para la etapa de renegociación será uno único para ambos supuestos, o debería diferenciarse cuando comprenda también a acreedores posconcursoales.

- En caso de que la ley admita la renegociación, debe analizarse si la alternativa se desarrollaría por un único procedimiento para ambos supuestos, o si estos debieran diferenciarse, en razón de la diferencia que representa el ingreso conjunto acreedores concursales y posconcursoales.

- Las normas utilizadas para este trabajo no muestran que apliquen un procedimiento distinto, no obstante podría considerarse que cuando se trata solo de renegociar con los acreedores concursales, el procedimiento podría ser simple y abreviado, con determinación del pasivo insatisfecho, dictamen del síndico o los controladores, una audiencia entre el deudor y sus acreedores y resolver conforme a su resultado³⁹⁷, no obstante ello, algunas normas reenvían al

396 Brasil. Se encuentra presentado al Congreso, un proyecto de Reformas que incluye esta posibilidad, en su Capítulo II, Modificaciones provisionales, art. 12.

397 Tal el régimen de Colombia en el art. 46.

procedimiento utilizado para aprobar el acuerdo.³⁹⁸

- Deben analizarse y dar respuesta a los siguientes interrogantes:
 - a) Cuando la ley nada se dice, ¿se requieren las mismas mayorías de pasivo?
 - b) Acordada la modificación, ¿se impone a los acreedores disidentes o ausentes?
 - c) ¿Es modificable todo el contenido del convenio?, si la respuesta fuera negativa, ¿debería determinarse una lista (taxativa o no) de los tópicos a modificar?
 - d) En los casos en que pudieran existir acreedores ya satisfechos, ¿reviven para ellos la parte del crédito insatisfecha si la modificación mejora las condiciones previamente acordadas?
 - e) ¿Los votos deben computarse, sobre el pasivo actual insatisfecho y o sobre los pasivos originarios?
- Predomina la idea de que el peso de la renegociación no caiga exclusivamente sobre los acreedores, esencialmente, pensando que, en las actuales circunstancias, la renegociación será a la baja.
- Si la norma permite incorporar a los acreedores posteriores, las situaciones a resolver serían más complejas y deberá considerarse la necesidad de regular un procedimiento específico, como sería volver a permitir al deudor que recurra a algunos de los institutos concursales que la propia ley tiene ya previstos, tales como acuerdos privados extrajudiciales, concursos acelerados o abreviados o directamente los concursos preventivos-reorganizativos³⁹⁹.
- Hay opiniones que sostienen que debería ser un procedimiento regulado minuciosamente, en atención que nos encontramos frente a una hipótesis de modificación en la composición del pasivo. Debe tenerse presente igualmente que se estaría modificando un acuerdo en fase de ejecución, por lo cual habría que determinar si es requisito de renegociación que el convenio está incumplido o simplemente la declaración del concursado que no podrá seguirlo cumpliendo.
- Debido a que la nueva ronda de negociaciones se realizaría con la preexistencia de un acuerdo, en la que existen acreedores que están esperando por sus créditos desde la apertura del concurso, deberá analizarse la conveniencia de regular un procedimiento concursal acelerado o abreviado⁴⁰⁰.
- d) *Establecer si debe regularse mediante un procedimiento de renegociación con pocas previsiones o si la regulación debe ser detallista.*
- Deberá considerar el legislador, si la norma en cuestión establezca solamente la posibilidad de modificar el acuerdo y deje al Tribunal y a las partes que generen las pautas para abrir y tramitar esta renegociación, o si, por el contrario, la norma deberá establecer un procedimiento detallado que permita a la vez, que el acuerdo pueda ser alcanzado por mayorías, sea confirmable y oponible a todos los de la clase incluida.
- Como quedara expresado supra, algunos juristas entienden que debería regularse

398 Tal lo establecido en el régimen de emergencia Español (art. 8), “la propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación; Chile, art. 83., Ecuador Art. 37.

399 EL proyecto de reforma de Brasil, el deudor deberá presentar un nuevo plan y someterlo al procedimiento previsto en la ley 11.101.

400 México, en el art. 166 bis de la Ley de Concursos Mercantiles, pareciera aplicar una suerte de procedimiento abreviado o acelerado, con un pre-acuerdo con una determinada proporción de acreedores.

minuciosamente y contemplando todos los aspectos, incluidas las mayorías exigibles y los efectos del nuevo acuerdo alcanzado. La regulación de las mayorías resulta esencial, en atención a que la exigencia de mayorías excesivas puede llevar al fracaso del instrumento y a su no empleo por los concursados y acreedores. Este problema ha sido expuesto principalmente por los juristas españoles cuya norma impide en los hechos arribar a convenios, y en tal orden, algunos proyectos de leyes de esta emergencia, muestran la tendencia a atenuar el régimen de mayorías.

e) Establecer si la norma que admite la renegociación, debe también contemplar la posibilidad de que ésta pueda ser pedida por los acreedores, para mejorar el acuerdo en caso de que las circunstancias del deudor hubieran cambiado favorablemente.

- Durante la etapa de cumplimiento de un acuerdo, pueden haberse modificado las condiciones económicas del deudor, en el sentido de haber mejorado, y en este contexto la norma puede establecer la posibilidad que el pedido de modificación de los acuerdos sea solicitado por los acreedores.⁴⁰¹ Sin perjuicio de los pactos de “mejor fortuna” que el acuerdo pudiera tener, en los casos en que éste no se encuentra incluido, se podría permitir que los acreedores pudieran pedir una revisión del acuerdo al alza. Algunos doctrinarios sostienen que los acreedores podrían pedir revisión del acuerdo, cuando, por ejemplo, la sociedad concursada se dispone a repartir utilidades entre sus socios o accionistas.

f) Establecer si la norma debe contemplar la posibilidad que la renegociación sea con alguna clase o categoría de los acreedores insatisfechos y en su caso, que ocurre con los que no han ingresado a la renegociación.

- Puede darse una situación en la cual el deudor que se encuentra en conflictos para cumplir un acuerdo, solo le sea necesario negociar con alguna clase o categoría de sus acreedores, por ejemplo, los financieros o determinados proveedores o prestadores de licencias, servicios, etc.

- Frente a estos supuestos, se debe analizar si la ley puede autorizar que la renegociación sea parcial y permitiendo que el deudor siga cumpliendo las obligaciones emergentes del acuerdo, con respecto del resto de los acreedores, o sea, los no incluidos.

En este supuesto, donde el deudor deba cumplir con los acreedores no incluidos, se deben analizar las siguientes alternativas:

i) Que el deudor solo pueda comenzar a cumplirles, luego de que los acreedores incluidos hayan acordado las nuevas condiciones con el deudor y el Tribunal haya confirmado el acuerdo.

ii) Que el deudor solo pueda pagar a los acreedores no incluidos en la renegociación, con el producido del giro de su actividad y sin involucrar la realización de bienes del activo.

iii) Que el deudor pueda pagar a los acreedores no incluidos en la renegociación, con bienes no necesarios para el giro operativo y en éste caso, puede exigirse que el Tribunal otorgue o no autorización previa.

g) Diferenciar si la renegociación implica modificaciones sustanciales o solo postergación de los plazos de pago.

- En las leyes de emergencia que se están dictando, aparece una diferenciación en el tratamiento de la renegociación, si la misma implica una propuesta de reforma sustancial del acuerdo o si solo implica una postergación de los plazos de pago o de cumplimiento de las

401 EEUU Sec. 1229, 1329

obligaciones⁴⁰².

- Debe considerarse que, en el primer caso, si se trata de una nueva negociación con modificación sustancial del acuerdo o que incluya también a los acreedores posconcursoales, debería abrirse necesariamente una consulta y audiencia a los acreedores alcanzados.

- Si se tratara de un establecer un plazo máximo de prórroga⁴⁰³ o podría delegar en el Tribunal, ante situaciones excepcionales, que previa acreditación de la misma por el deudor (certificación o dictamen postergación de los plazos de pago, sin quitas ni alteraciones de importancia, la ley pueden de contador), éste determine un plazo para la prórroga que no podrá exceder las previsiones que la ley le autorice.

5. Acreditación de la viabilidad de la actividad

- Una parte importante de las legislaciones del siglo XXI⁴⁰⁴, exige que el plan de reorganización o reestructuración que presente el deudor, o que prepare la administración concursal para ser presentados a la aprobación de los acreedores, acredite la capacidad de que la empresa, como consecuencia del mismo, se transforme en sustentable a futuro, o sea, una “empresa viable”.

- Debe considerarse si la acreditación de viabilidad, es una exigencia aplicable en esta emergencia (COVID 19) o si la misma debe omitirse ante la incertidumbre futura (desenvolvimiento futuro de la empresa, normalización de la actividad, del cuadro financiero o de liquidez y de la rentabilidad esperable).

- En general, los juristas entienden que una noción tan compleja como la de viabilidad, debería ser dejada de lado en las actuales circunstancias, por su difícil determinación al caso concreto; acreditación de viabilidad y emergencia, no serían compatibles.

6. Considerar si la apertura de la renegociación debería tener efectos suspensivos respecto de la agresión al patrimonio, en su caso, cuales, límites, paraguas, blindajes, financiamiento y demás.

- El legislador deberá contemplar la situación en la cual queda colocado el deudor que solicita un pedido de renegociación de un acuerdo en etapa de cumplimiento.

- En tal orden, expedirse sobre si la iniciación formal (extrajudicial o judicial) de una renegociación, evitaría que se inicie un proceso liquidativo a pedido de acreedor.

- Igualmente, si a dicha presentación le conferirá efecto suspensivo sobre las ejecuciones y algunas cautelares, tales subastas y secuestros, embargos de fondos líquidos y otros similares.

- En caso de que la ley concursal o la ley de emergencia admitieran que el deudor incluyera en la negociación de su pasivo a ambos acreedores, concursales y posconcursoales, el procedimiento que el legislador establezca igualmente debe prever la tutela a la agresión al patrimonio durante un lapso de tiempo.

402 Italia, D.L. 23/2020

403 Italia, art. 9 del D.L. 23/2020

404 Muy receptada en el derecho concursal Europeo del siglo XXI y que se ha ido difundiendo también en el derecho de latinoamericano.

- Asimismo, deberá analizarse la posibilidad de establecer un blindaje para los actos jurídicos que se den vinculados con la aprobación del acuerdo, en relación con las eventuales acciones futuras de ineficacia, rescisorias o revocatorias, estableciendo las exigencias y resguardos bajo los cuales el blindaje tendrá eficacia.

- También podría considerarse dentro del marco de la emergencia, la posibilidad de conceder privilegios o preferencias futuras para quienes aporten financiamiento a la empresa o del deudor.

7. En la renegociación, como deben considerarse los créditos de los acreedores anteriores o sea los del concurso, actualizados, traerlos a valor presente.

- Considerando que la mayor parte de las legislaciones establece que el acuerdo produce efecto “novatorio” respecto de las obligaciones que han sido objeto de reconocimiento en el proceso concursal, es necesario que el legislador prevea como serán traídos a valor presente los crédito insatisfechos concursales y en su caso, si devengaran intereses, desde cuándo deben computarse los mismos (desde la presentación, desde el incumplimiento, desde la fecha prevista para cada pago), si están incluidos o no en las cuotas del acuerdo, o que otra modalidad de readecuación equitativa para dichos créditos deberá aplicarse.

- Si el acuerdo tuviera reconocido intereses para el pago de las cuotas, deberá considerarse si este será el interés a aplicarse para ajustar dichos créditos al momento de esta renegociación, o en su caso, si corresponde aplicar otro interés que pudiera ser más justo o equitativo.

8. Que tratamiento darles a los créditos de los acreedores posconcursoales, en caso de que la de renegociación incluya ambas clases de créditos.

- Se sostiene que los acreedores posconcursoales son los que han permitido o facilitado que el deudor concursado pueda seguir operando y con ello, la posibilidad de que cumpla el acuerdo, habiendo asumido el riesgo de estar comerciando con un deudor concursado. Debido a ello, varias normas tienen establecido que en caso de que el proceso se convierta en liquidativo, estos créditos deben ser reconocidos con alguna preferencia frente a los créditos concursales. Como puede pensarse, esta es una situación de muy posible ocurrencia frente a la crisis actual y, por tanto, el legislador deberá considerar que tratamiento darles a estos créditos posconcursoales en caso de que se admita una negociación los incluya.

- Algunas leyes les dan el tratamiento preferente de los créditos contra la masa (ej., gastos de conservación y justicia)⁴⁰⁵.

- Otra posibilidad es reconocerles algún rango de privilegio, seguramente por detrás de los acreedores laborales o participando hasta un cierto porcentaje con los mismos.

- En que rango se colocan a los créditos fiscales con relación a estos acreedores posconcursoales. Se podría distinguir entre créditos fiscales concursales, de lo que fueran créditos fiscales posconcursoales.

405 El RDL 16/20 de España, en su art. 8 cuando se trata de un “convenio” en la renegociación del acuerdo, establece que “en ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario” y tanto los créditos posconcursoales que ya tenían la preferencia de créditos contra la masa, como los que no la tenían, no deben ser afectados.

- Otro interrogante que debe allanarse, es que tratamiento tendrán los créditos que tienen reconocidos privilegios en el concurso y que aún no han sido satisfechos. Las normas concursales consultadas, establecen que los privilegios permanecen y deben respetarse.

9. *Cuál sería la situación de los garantes del deudor (fiadores, codeudores, etc.), sean garantes anteriores a la presentación en concurso y/o garantes del acuerdo.*

- Otros de los temas que debe ser considerado en relación con la renegociación de un acuerdo en etapa de cumplimiento, es la situación de los garantes del deudor (fiadores, codeudores solidarios, principal pagador), sea tanto los anteriores a la presentación, como de los que se hubieran constituido como garantes del acuerdo.

- En principio serían muy pocas las leyes que, cuando se alcanza un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, les reconozcan a los garantes del deudor -anteriores a la presentación-, que se beneficien con los términos del acuerdo. De modo tal que los garantes siguen respondiendo por el total de la deuda garantizada, sin los beneficios resultantes del acuerdo. Por lo tanto, respecto de ellos no se produjo novación y los mismos siguen respondiendo, aún en la renegociación, por la deuda en plenitud, o sea, íntegramente.

- Respecto de los garantes del acuerdo, las modificaciones del mismo, si resultaran ser más gravosas, no podrían serles exigidas, excepto que las hubiera aceptado. No obstante, y salvo previsión en el acuerdo donde se constituyeron en garantes o por liberación posterior que le concedan los acreedores en la renegociación, los garantes del concurso tampoco podrían favorecerse por las mejoras que el mismo contenga.

Si la negociación incluye a los acreedores posconcursoales, los garantes tanto anteriores al concurso, como los del concurso, no responden frente a estas acreencias, excepto que las hayan aceptado como condición impuesta por los acreedores para alcanzar el nuevo acuerdo.

10. *Incluir en las disposiciones legales la creación y actuación de órganos del control y auditoría de cumplimiento del acuerdo renegociado.*

En aquellas legislaciones que no contienen normas sobre “Comité de Acreedores”, debería analizarse su inclusión.

-La norma debería determinar las condiciones para la integración de dicho órgano y las competencias de éste en orden al contralor y auditoría asignados.

-Debería dotarse a dicho comité de la facultad de solicitar al Tribunal las medidas que estime del caso, así como la de modificar el convenio al alza o a la baja.

-Debería asignarse al comité la facultad de realizar prepagos de las cuotas del convenio y la situación de los flujos de caja lo permiten, acortando los plazos de cumplimiento.