

HERRAMIENTAS PREVENTIVAS EN MATERIA CONCURSAL¹⁰¹**Martín ARECHA****Expositores: Martín ARECHA, Darío GRAZIABILE y Silvana CHIAPERO****Coordinador: Daniel VITOLLO****1. INTRODUCCIÓN**

La pandemia del Covid-19, provocó además de los importantes efectos en la salud de la población, con consecuencias graves sobre la economía mundial, y particular incidencia en nuestro país, que sumó a la situación general la propia y particular de por sí compleja, con alta desocupación y alarmante incremento de los índices de pobreza e indigencia, inflación elevadísima, desinversión, nulo crecimiento y conflictos en diversos sectores de la economía; todo lo cual incidió en la actividad en general y en la empresarial-comercial. Si bien los problemas del país, agravan los problemas económicos y sociales al reducir el intercambio y afectar la circulación de riqueza, sus puntuales causas y soluciones no son materia de consideración en este trabajo por ser de índole político y sociológico que exceden la finalidad de la presentación.

En cambio, si corresponde, la búsqueda de herramientas jurídicas que permitan enfrentar la pésima situación económica-empresarial por la que se atraviesa y para ello, atender al daño que provoca y tratar de atenuarlo de disminuirlo en todo lo posible, desde que, en materia mercantil, los remedios para afrontar esos daños, son el concurso preventivo y la quiebra, que constituye un ordenamiento con el cual se enfrentan los daños originados por la crisis económica, y se los regula y distribuye. El derecho concursal es en el fondo un sistema de reparto de daños ante la insolvencia.

El APE, también previsto en la ley concursal, si bien ha sido legislado para atender no solo la insolvencia sino también "...las graves dificultades económicas o financieras de carácter general..." generando una posible alternativa previa a la cesación de pagos, empero ese instrumento no tuvo la recepción esperada, solo fue utilizado por algunas grandes empresas y no por el común de los operadores. Ha sido caracterizado como un "concurso simplificado" o "subtipo concursal" con privatización de la etapa inicial del trámite, (ver obra dirigida por O. Chomer y coordinada por Pablo Frik: "Concursos y Quiebras" T. 2 p. 271/6, trabajo de Tropeano, D), incluso existió, en nuestro país, un régimen de "acuerdos preconcursales"- ley 22.917-, previsto solo para reorganizar deudas bancarias, los que eran válidos entre quienes acordaran, o sea que tanto el APE como los acuerdos pueden considerarse antecedentes nacionales en los que se regularon herramientas preconcursales, pero que no fueron lo suficientemente eficaces.

La situación de crisis, la cercanía de la insolvencia o la misma cesación de pagos ponen al deudor ante una alternativa difícil, ya que su remedio es pedir el concurso para buscar su reorganización, pero no puede dejar de evaluar las exigencias que le impondrá ese camino; desde los honorarios profesionales que deberá pagar, la necesidad de organización de un sistema para atender la administración de esa etapa, las dificultades que deberá atender derivadas de la falta de financiación institucional, los inconvenientes con los proveedores no solo por la entrega de insumos sino por el financiamiento del pago, las exigencias nuevas que le obligarán a operar al contado, los

¹⁰¹ Versión en base exposición en el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho Y Ciencias Sociales de Córdoba y El Arca, del 2 de junio 2021.

problemas laborales; en fin todas cuestiones importantes que por lo general lo llevarán a demorar la presentación con la consecuencia de agravación de su situación, a veces sin retorno, restándole solo la alternativa de presentarse para ganar tiempo en espera de algún milagro – que no llegará - que ayude a resolver el drama. Desde el lado de los acreedores hay que considerar que en los concursos el recupero es muy bajo y en la quiebra casi nulo.

Frente a ese panorama, lo razonable es buscar alternativas que permitan no llegar a semejante encrucijada y anticiparse a la crisis futura, y para ello, existen antecedentes de instrumentos que son herramientas de preconcursalidad. Josefina Pulgar Esquerra, ha trabajado con brillantez el tema en una importante obra “Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación” (ed. 2012, La Ley, Wolters Kluwer, España)

En esa búsqueda y siguiendo las experiencias que han logrado buenos resultados, hay países cuyas legislaciones han regulado la preconcursalidad, tal como Italia y Francia y son las que tradicionalmente han sido tomados como antecedentes en nuestro derecho como fuentes.

2. LA PRECONCURSALIDAD

Nuestra ley 24.522, no contempla la “preconcursalidad”; exige para el concurso preventivo y la quiebra la configuración de la “cesación de pagos”, su presupuesto objetivo; mientras que, para el APE, tal exigencia es mas laxa, aunque si bien tiene efectos concursales, su utilización por la generalidad de los operadores, solo ha resultado útil en algunos casos limitados y no ha tenido recepción generalizada. Es un sistema menos exigente en el inicio, aunque sus efectos resultan iguales a los concursales.

La anticipación a la insolvencia resulta sumamente importante, es una maniobra de intento de superación antes de caer en ese estado de difícil retorno, y se lo denomina “preconcursalidad”, y nuestro derecho, como se ha referido, cuenta con dos antecedentes de poca eficacia, pero existen buenos fundamentos para una adecuada reelaboración jurídica que ofrezca institutos útiles, con beneficios para la economía en general y la actividad empresarial y en definitiva para la cadena de actividad mercantil.

La prevención, tiene raigambre constitucional, pues así resulta del art. 19 CN y ha sido interpretado en ese sentido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Camacho Costa” y “Santa Coloma”. Además, los arts. 42 y 43 de la misma Constitución se inscriben en línea con resguardar y prevenir los derechos de los consumidores y de los ciudadanos, conforme texto de la última reforma de 1994.

Por su lado el Código Civil y Comercial (CCC), con vigencia desde el 2015, ha elevado la función preventiva en materia de daños a un posición relevante, regulando sistemáticamente la “prevención del daño”, (art. 1708, 1710, 1711) junto con las restantes funciones del derecho de daños, y si bien tal prevención no es una idea original de los legisladores de 2015, si es su modo de tratamiento, ya que el anterior Código Civil (CC), con sus reformas de la ley 17.711, lo había considerado con carácter específico y para supuestos puntuales, no de una manera general y sistemática o como principio general. En efecto, los arts. 2499 y 2618 del anterior CC, trataban dos supuestos, el primero, para el caso de turbación de la posesión derivada de obra nueva, y el segundo por molestias vecinales que excedan la normal tolerancia; ambos casos típicos de anticipación al daño. Otras ramas del derecho también se han ocupado de la prevención (conf.: Bueres, A.J. en “Código Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias” T. 3F pág. 82/83/,86/87/ 106/7) o sea, es un tema que con generalidad se ha incorporado con mayor énfasis en el ordenamiento

jurídico por lo cual, también debe ser explorado y con esa misma intensidad en materia concursal, con herramientas anticipatorias a la insolvencia.

Si bien, el art. 1709 del CCC. establece el orden de prelación normativa aplicable en materia de responsabilidad civil, entiendo que no sería posible en la materia concursal recurrir a la acción preventiva del art. 1711; en primer lugar por ser el concursal un derecho especial que debe regirse por sus propias disposiciones, y en ese caso se encuentra disponible la vía del APE (art. 69 LCQ), y en segundo término, el derecho concursal regula situaciones distintas a las del derecho común – civil y comercial – con efectos propios que abarcan un amplio abanico derivado de las consecuencias de la insolvencia y ello como nota caracterizante de ese derecho concursal .

A ello se puede agregar que el CCC, al referirse al “deber” de prevención de daño, en el art. 1710, lo instituye en cabeza de “Toda persona...”, y de la lectura de la norma surge que tanto el causante del daño, como la víctima, podrían ejercer la acción preventiva, claro que la común (art. 1711), pero en materia concursal, no parece posible, desde que existe derecho y vía específica (el APE) para el deudor; y si se tratare de las víctimas -los acreedores-, no hay, para tal hipótesis, una acción concursal o colectiva prevista a fin de limitar o atenuar ese daño – falencial – sino que sólo disponen de acciones individuales, de naturaleza diferente a la concursal.

De tal modo que existen fundamentos razonables, para analizar la posibilidad de introducir en nuestra legislación normas con herramientas que permitan la prevención en materia concursal, resultando esos remedios necesarios, no solo en tiempos tan particulares como los que se transitan, sino con carácter general, desde que pueden servir para sobrellevar situaciones complejas con derivaciones difíciles de resolver en el tiempo.

3. EL DERECHO COMPARADO

Como fue anticipado, el derecho comparado, ofrece importantes guías, para regular la preconcursalidad.

Italia y Francia cuentan con experiencia en este tipo de tratamientos legislativos y son, las que se tomarán, en esta oportunidad como orientadoras.

En esas legislaciones, se constatan, y como notas específicas la existencia de “escudos protectores” – en denominación de Josefina Pulgar Escurra - y de regulación de la “preeducibilidad” de los financiadores – o de algunos financiadores- que dan apoyo de ese tipo al deudor que alcanza el acuerdo. A esas notas se agregan con distinta intensidad las de flexibilidad de soluciones, resguardo de los acreedores que no participan o que se oponen al acuerdo, así como la intervención de algún profesional o conciliador en las tratativas, y la publicidad y solo en algunos casos, se exigen mayorías. La homologación judicial del acuerdo se observa como exigida en algunos casos y en otro, basta con una constatación.

4. LOS ESCUDOS PROTECTORES Y LA PREDEDUCIBILIDAD

Los sistemas organizados en los mencionados países, persiguieron fundamentalmente resguardar la actividad empresarial, tal como es tradicional en ambos ordenamientos; ello explica en alguna medida la incorporación de esos dos resguardos, que resultaron ser muy especiales y apropiados para fortalecer la eficacia de esta herramienta preconcursal.

Esos escudos, tienen por finalidad blindar al deudor que logra acordar con sus acreedores o con algunos – y con adecuación al sistema legal previsto-, de futuras acciones de revocatoria concursal referidas a los actos cumplidos y ejecutados en los términos del convenio alcanzado. Claro está, que esa protección se da frente a un eventual concurso posterior que habilite ese tipo de acciones.

La prededucibilidad, por su lado, busca asegurar el recupero de los prestamos dados para financiar la salida del deudor que implican que el financiamiento -de instituciones de crédito o de socios-, de manera que pueda ser recuperado por quien lo dio; es decir tal financiamiento queda exento de las reglas comunes, lo que importa que un acreedor con causa en el financiamiento – originado en el acuerdo tiene la seguridad de la prededucibilidad – pudiendo percibir su crédito financiero, con antelación a cualquier otro acreedor.

Ese beneficio al financiador, no es un privilegio ya que este se basa en que en ese caso el acreedor es pagado con preferencia a otro y tiene su asiento que lo respalda y es así reconocido por la ley; en cambio la prededución otorga un beneficio de prelación del pago respecto de los restantes acreedores y sobre todo el patrimonio del deudor incluso en caso de quiebra y no sobre un bien o bienes en especial. Ariel A. Dasso, en “Pandemia. Prededución y sus nudos” (publicado en Deconomi Año IV, Nº 11) lo refiere como estímulo, que refuerza la tutela de sujetos que como los bancos acepten financiar empresas en crisis, y los refiere como erogaciones financieras con la seguridad que no serán afectados por la quiebra, y a los que en todo caso son deducidos de modo previo, resultando nota esencial y calificativa de ciertas deudas

Ambas notas –escudos y prededucibilidad - me permiten sostener que la preconcursalidad y sus herramientas, se presenta más como un pacto regulado y con efectos especiales – sin que sus efectos se extiendan a la universalidad de acreedores de manera legal-, y con eficacia vinculante respecto de quienes lo acepten, todo lo cual le confiere las características contractuales con algunas notas especiales. No se trataría de una típica alternativa concursal, pues sus efectos no son los propios del concurso y de su universalidad. Esto es así, al punto que, en la mayoría de los supuestos, los sistemas resguardan los derechos – con mayor o menor entidad – de los acreedores que no participan del acuerdo que se hubiera alcanzado.

5. LAS REGULACIONES EN ITALIA Y EN FRANCIA

La referencia a estos dos ordenamientos, se hace en sus lineamientos reveladores de la atención temprana de la crisis, fundamentalmente para protección de empresarios y de las empresas.

A. Italia, en los años 2005 y 2010, introdujo reformas en su “Legge Falimentare”, en las que se busco dar alguna protección preconcursal a los deudores empresarios.

El “Accordi de Risanamiento” previsto en el art. 63.3.d, en el que se blinda el acuerdo frente a una posible revocatoria concursal. Es un acuerdo que se elabora con la intervención de un profesional independiente, que designa el mismo deudor, de un listado confeccionado por el Ministerio de Justicia de los que quedan habilitados, que deben ser abogados o “doctor comercialista”, o sociedad formada por esos expertos.

El deudor debe proponer un plan, y el profesional se expide en relación a la veracidad de la composición de la hacienda del deudor y la factibilidad del cumplimiento de la propuesta.

Este acuerdo, no requiere mayorías, ni homologación y sólo es válido entre quienes concluyen el acuerdo.

Tiene dado un escudo, que se lo califica como limitado y de protección corta, respecto de las acciones de revocatoria concursal, sobre los actos de cumplimiento de ese acuerdo, en un eventual proceso posterior.

La otra herramienta es el “Accordi de Restruturazione” en el art. 182 de aquella ley, y tiene como característica el que debe ser homologado judicialmente y al igual que el anterior requiere de la intervención de un profesional independiente nombrado por el deudor, que cumple similares funciones agregándose su dictamen sobre el aseguramiento de cobro de los acreedores que no participan del acuerdo alcanzado. Este acuerdo necesita la aprobación de 60% de los créditos.

Se impone realizar una “publicidad” en el Registro de Empresas, haciendo saber la existencia de acuerdo, y les otorga a los acreedores que no participaron o disidentes, el derecho de oposición, que tiene que se planteado en un plazo de 30 días desde la publicación.

Si no hay oposición se homologa, y de existir se resuelve “motivadamente”.

En este caso el escudo es amplio, ya que los acreedores que no han sido parte quedan inhibidos desde la homologación de iniciar o proseguir acciones individuales ejecutivas o cautelares, tampoco pueden instar procesos concursales respecto del deudor, a su vez los acreedores disidentes quedan asegurados del cobro de sus créditos y los actos de cumplimiento del acuerdo quedan excluidos de las acciones de revocatoria concursales comprendiendo todas las garantías dadas por terceros o con bienes de esos terceros.

En sucesivas reformas, y en relación a los acuerdos de restructuración se fueron ampliado esas protecciones (Dec. Legislativo 169 del año 2007) fijando un plazo -60 días- desde la publicación de la homologación, los acreedores por causa o título anterior no podrán proseguir o deducir acciones ejecutivas o cautelares sobre el patrimonio del deudor, luego en el 2010 (Dec. Ley 78/2010) se reconoce privilegio a la nueva financiación –de entidades y socios, en 100% y 80% respectivamente- y excluyendo la alternativa de responsabilidades por concesión abusiva de crédito y de los delitos de bancarrota y agravamiento de insolvencia.

B. En Francia, el objetivo ha sido, proteger las empresas en dificultades, y resguardar el empleo. Desde los años 80, se intentaron alternativas, se pueden observar dos periodos, uno muy especial destinado a dar posibilidad a los deudores del sector público de negociar sus deudas, y luego ampliado con efectos generales.

En la primera etapa, el procedimiento previsto fue “administrativo” y destinado a ciertos acreedores- el Tesoro y la Seguridad Social, que frente a las deudas que tuvieran los contribuyentes y bajo el control de la “Comisión de Responsables de Servicios Financieros” y bajo ciertos parámetros, los deudores buscaban alternativas de pago que originariamente fueron con esperas, pero mas adelante se admitieron quitas, distinguiendo entre impuestos directos e indirectos; en los primeros se admitían quitas, en los segundos solo la remisión de los intereses por mora, los recargos, penalizaciones y las multas, pero no el capital. Ahora bien, la regla para la negociación bajo las pautas indicadas estaba sometida a la regla del “market test” es decir la quita que hubiera hecho un inversor privado en sus operaciones normales de mercado.

El otro remedio, era de naturaleza extrajudicial (desde 1984) fue el “Prevention et Reglamente Amiable Des Enterprises Dans Difficulte”, el cual opera frente a ciertas alertas, debiendo el deudor disponer de suficiente información contable, debiendo solicitar la designación de un “conciliaterur”, el cual colabora en alcanzar una solución amigable. Esa designación es hecha por el Tribunal, que solo hace ese nombramiento. Ese es el “Reglamente Amiable”

Se contemplaba una publicidad que se imponía y que resulto el mayor inconveniente para la utilidad del procedimiento, pues no favoreció la concreción de soluciones.

Entre los años 2005 y 2010, se realizaron significativas reformas, - fue sancionada la “Loi de Sauvegarde des Enterprises” L 2005/845) se abandonan los anteriores remedios, y se instauran dos alternativas, la conciliación- reemplazando el “reglamento amigable” y la salvaguarda.

La “conciliación”, en el que interviene una “conciliador” designado judicialmente, habilitado no solo para la pre insolvencia, para la previsible cesación de pagos y hasta para la cesación, o sea con posibilidad de encarar ese estado por este procedimiento, y resolvió la dicotomía publicidad/confidencialidad que el procedimiento anterior del “Reglment Amiable”, había ocasionado.

Los tipos de conciliación fueron dos: i) el Simple o “light” (art. L 611-8) el que no tiene publicidad, cuenta con máxima confidencialidad y si bien es presentado al Tribunal que se limita solo a constatarlo; el ii) es el “homologado”, que exige requisitos: que el deudor no este en insolvencia o que la elimine, que permita la continuación del funcionamiento de la empresa y que proteja los intereses de los acreedores – que no son parte del acuerdo – con la particularidad de facultar al Tribunal para otorgar plazos de gracia. En este caso, la homologación se publica, pero si se niega esa homologación la decisión no se publica.

A los acuerdos homologados , - en la reforma de 2005- le fueron concedidos escudos, al disponerse que los acreedores no participantes no podían instar proceso concursal contra el deudor, pero las garantías que tuvieran no se debían ser afectadas; asimismo los actos realizados en cumplimiento del acuerdo no eran susceptibles de acciones rescisorias concursales, y por último a ciertos dadores de crédito al deudor que alcanza acordar, tales como los financieros, proveedores y suministradores, se les da prededucibilidad, y a las entidades financieras además se las exime de responsabilidad por financiaciones concedidas en situación de insolvencia o preinsolvencia (art. L 622-17 del C de Comercio).

También se elimina la responsabilidad que se pudiera invocar contra entidades dadoras de crédito, por financiación dada en situaciones de insolvencia o pre-insolvencia (art. 6501-1 del C. de C)

La otra herramienta es la “salvaguarda” (introducida, por ley del 26.7.2005), que es judicial, que tiene finalidad preventiva para aquellos deudores que se encuentren en dificultades y cuya duración es determinada en un año. Se trata que el deudor presente un plan, que permita a la empresa su reorganización para superar su situación mediante un ofrecimiento de pagos escalonados en un máximo de 10 años, y que requiere ser aprobado por dos tercios de los créditos.

Se agrega en el año 2010, la “salvaguarda financiera acelerada”, que como nota caracterizante se destina a acreedores financieros, por ciertas empresas que cuenten con un número de asalariados (150) o tengan un giro por ejercicio de cierto importe (E 20.000.000).

El deudor debe ofrecer un plan, que resguarde la empresa, que sea aprobado por dos tercios de los acreedores – de la clase financiera- y que la aprobación se obtenga en un mes.

Se trata de un sistema confidencial y como se dijo para una sola clase o categoría de acreedores y de rápido tramite.

6. A MODO DE PROPUESTA

El derecho concursal argentino, en su función de distribuidor y ordenador de daños, se ha convertido en una herramienta rígida y poco eficiente. Muchas pueden ser las modificaciones que resultaría necesario introducir, pero una de ellas es, sin duda, atender a la prevención de la insolvencia, la preconcursalidad que se da en una etapa anterior a la crisis generalmente irreversible. Esa etapa debe ser atendida, con herramientas que eviten agravar el daño y limitar los que se puedan ir generando en el futuro.

La experiencia comparada, es indudablemente útil, lo cual no significa que deba ser seguida sin adecuación a la realidad nacional.

En nuestro derecho, es posible utilizar el contrato en el marco del art. 958 del CCC, y con los efectos del art. 959 y 1021. Su efecto limitado puede lograr algún acuerdo, pero en esta materia, debe apuntarse a sumar créditos y acreedores, de manera que utilizar los “escudos protectores y la prededucibilidad” con fuerza legal, constituiría el medio para armar un sistema.

De tal modo, si el deudor pretende un acuerdo con esos efectos protectores, debería intervenir un “mediador especializado” quien debería expedirse profesionalmente sobre la composición del pasivo, la individualización de los acreedores, en base a documentación contable, y habría que alcanzar ciertas mayorías para darle los efectos especiales, de alcanzar un acuerdo – aunque no sea en paridad ni por categoría de acreedores – que representen cierto porcentaje de capital y otro de personas, el acuerdo debería ser “publicado” – si superara cierta base – con opinión del mediador especializado, en el que conste además de lo antes requerido, constancia de las mayorías alcanzadas y del resguardo razonable de los créditos de los acreedores que niegan adhesión o no participan, y esto cuando se obtengan las mayorías especiales o superiores de exigencia, disponiendo que el deudor quede blindado de acciones individuales – de iniciar o proseguir todo tipo de acción individual- por un determinado plazo, pero con la compensación económica correspondiente y necesariamente por un lapso razonable no se podrán tampoco deducir contra el pedidos de quiebra. La publicidad, debería ser por edicto y registral – similar al que se emplea en los acuerdos de mediación -.

El blindaje respecto de las acciones revocatorias concursales, debería darse a partir de la mayoría que se fije – y que tenga entidad que la justifique – como también la “prededucibilidad” tendría que seguir los parámetros similares. O sea, cuando mayor número de acreedores y de créditos se sumen, mayores serán los escudos y más viable la prededucibilidad – no solo de entidades financieras sino de socios y de proveedores -.

Todo lo cual, para su efectividad, tendría que estar acompañado de un régimen penal para los supuestos en que el deudor incurra en fraude, y de otro para los mediadores especializados que intervengan.