

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CRISIS PANDEMICA Y CONSTITUCIONAL Y COMO SORTEAR SUS CONSECUENCIAS

POR CARLOS A. CULLARI

I.- Preliminar

La actual crisis que atraviesa el mundo provocada por el virus covid-19 ha revelado que las naciones no se hallaban preparadas no solo para brindar una respuesta inmediata en materia sanitaria, sino también en materia económica y jurídica.

En efecto la consolidación de los derechos inalienables de los hombres que tuviera inicio con los grandes pensadores del iluminismo francés del siglo XVIII – Rousseau, Voltaire, Montesquieu, entre otros - y que emergiera como el pensamiento filosófico embrionario de los primeros regímenes democráticos hace ya más de dos siglos, sustentándolos con la sanción de Constituciones tuitivas de los derechos humanos mas elementales -verbigracia Cartas magnas francesa o norteamericana entre otros-, han permitido a que el ejercicio de la libertad personal y luego para asociarse para desarrollar el comercio y la industria, promoviera el desarrollo económico de las Naciones, aún que existieran ciertos claroscuros a lo largo de estos últimos dos siglos. En efecto, tuvieron un fuerte eclipse con los regímenes totalitarios europeos del siglo XIX, que han llevado a la humanidad a la segunda guerra mundial, cuyas secuelas atroces que dejó dicho conflicto , instó a los hombres bienpensantes del mundo a ratificar su fuerte vocación democrática y respeto absoluto por los

derechos inalienables de los hombres. La ratificación de tales derechos, con mayor énfasis a los tiempos pretéritos, alumbró una declaración universal “urbi et orbi” de los mismos , que se consolidó a través de la Declaración de Derechos y Garantías de los hombres dictada en el año 1949 en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y que fueron incorporadas a todas las Constituciones del mundo que adoptaron el sistema representativo , republicano y federal como forma de gobierno, aún en las monarquías parlamentarias bajo su propio respeto a las tradiciones reales.

Todos esos plexos normativos reconocían, bajo diferentes modalidades, estados de excepción o restricción a tales derechos, que en el caso de nuestra Carta Magna fue incorporado en el art. 23 bajo la figura de “estado de sitio”, situación que se configuraba en los supuestos de conflicto bélico con una nación extranjera (causa exógena), o casos de conmoción interior (causa endógena) que se exteriorizaban a través de sublevaciones de grupos armados o revueltas populares por causas de emergencia económica, tal como las que se vivieron en nuestro país por la hiperinflación de 1989 o la aguda recesión que provocó la crisis económica de los años 2001/2002.-

No obstante, pese a que el país no estuvo exenta de la crisis sanitaria del año 2009 causa por la gripe A (aviar), tan solo en la actual crisis el Estado se vio obligado a recurrir a un decreto de necesidad y urgencia (DNU) nro.260 / 2020 - y sus ampliatorios- que dispuso el aislamiento social en forma obligatorio , con total restricción a las

libertades individuales amparadas por nuestra Constitución Nacional, lo que supone la restricción de los derechos de libre circulación o tránsito, al derecho de trabajar, a derecho de ejercicio de toda industria o comercio lícito (art 14 CN) , al derecho de acudir a la jurisdicción para resguardar el debido proceso -solo habilitado para emergencias- (art 18 CN) , en fin, se ha producido un cercenamiento amplio de los derechos constitucionales de los ciudadanos, adoptando una posición en las que abrevan varias corrientes filosóficas -recientemente ha circulado por las redes sociales “El dilema del tranvía” a cuya lectura para entender las mismas recomiendo-, que en suma da supremacía al principio de “el fin justifica los medios”.-

Como hipótesis de sustento alternativo algunos podrían sostener que el estado de conmoción interior puede tenerse por configurado con el incremento del número de infectados y fallecidos, que supone el colapso del sistema sanitario público y privado, pero en rigor de verdad, la “ratio legis” del art. 23 CN no estaba diseñado para emergencias de tipo sanitario, puesto que es absurdo pensar que un virus tendría el poder de afectar el derecho de defensas en juicio y del debido proceso legal (art. 18 CN), que con buen criterio el PEN no suprimió mediante un eventual decreto del estado de sitio.-

De todas maneras llegamos a las mismas consecuencias, con un sistema institucional republicano también colapsado, desde que el Congreso de la Nación no se constituyó en sesión plenaria de ambas Cámaras para debatir la racionalidad o conveniencias , en términos de mérito y oportunidad, del señalado DNU, ni la Corte Suprema de Justicia

de la Nación hizo un juicio de valor -debido control de legalidad- para determinar la validez normativa y deóntica de una norma que lleva ínsita tales consecuencias jurídicas.-

Se advierte entonces una laguna legal entre el supuesto fáctico -pandemia- y la herramienta jurídica para superarla -DNU- sin afectar la vigencia de las garantías constitucionales, puesto que dicha herramienta legal no es a mi juicio idónea, - sin entrar a considerar la discrecionalidad política de la medida basada en una causa noble y humanitaria- , para producir tal efecto obturador de las libertades individuales.-

Y en tren de hipótesis podemos conjeturar que tales restricciones también podrían producirse por otro tipo de virus sanitarios venideros o bien bajo la forma de aquellos llamados informáticos , que obstruya el sistema operativo integral de un país, en su faz administrativa estatal, en sus servicios públicos esenciales, en sus fuerzas armadas y de seguridad, en sus principales fuentes productivas, etcetc, que de igual modo requiera medidas de excepción y que una vez más se eche la mano a un DNU con las consiguientes restricciones a las libertades individuales.-

A ésta situación me refería al inicio cuando indique que la crisis del covid-19 no encontró preparado a los sistemas sanitarios, económico y jurídico , especialmente en la Argentina, puesto que otras naciones gozan de respaldo financiero para inyectar fondos en su economía y otros han sido reticentes a la aplicación del aislamiento social obligatorio (en Alemania, Suecia, México, Corea del Sur, Japón, etc) .-

Esta situación de precariedad institucional exterioriza la imperiosa necesidad de generar un blindaje de las garantías constitucionales de los ciudadanos en todos sus ámbitos de su interacción social, que comprende el derecho de libre tránsito - debidamente reglamentado en casos de emergencia-, para que puedan acceder a su libertad individual del trabajo en relación de subordinación o bien en forma autónoma, y el derecho de aquellos a ejercer el comercio y toda industria lícita que avala nuestra carta magna.-

La defensa de éstos derechos a mi juicio debe inyectarse en normas ya diseñadas para atender crisis económicas, puesto que la reforma constitucional es un procedimiento que resulta engorroso concretarlo, pero en cambio recurrir a instrumentos jurídicos en materia económica preexistentes puede ser una solución a mano para evitar próximas crisis jurídicas con afectación a los derechos fundamentales, puesto que no se trata de pronunciarse a favor del falso dilema “economía o salud”, sino buscar mecanismos de compensación de derechos y obligaciones ciudadanos para que los derechos constitucionales puedan “interactuar” en un plano de igualdad sin suprimirse unos a otros.

Es un debate muy extenso, ajeno a las metas de este trabajo, abordar la noción de “libre albedrío” que supone la elección personal de que derecho tiene supremacía para cada individuo, pero no escapa al debate universal instalado cuando el derecho a la vida , que pareciera ser el supremo, para algunos ciudadanos tiene subordinación a su derecho de elección personal cuando eligen discontinuar su propia vida o la de terceros

por procedimientos médicos autorizados, derechos reconocidos en muchas legislaciones del mundo. El límite debería ser - a mi juicio – que tales ejercicios no comprometan la salud de terceros, asumiendo sus propios recaudos preventivos para evitar la transmisión, teniendo el Estado en épocas de cyber-controles la facultad de fiscalizar el respeto a tal paradigma.

Es en éste escenario de interacción de los derechos constitucionales cuando vislumbro que los derechos personales de trabajar y de ejercicio de comercio o industria lícita, confluyen en el mundo del comercio y de la empresa , que deberá ser el ente jurídico a tutelar a través de generar respuestas jurídicas dinámicas que se adapten a la velocidad de la crisis. En este sentido , debería dotarse a la ley de concursos y quiebras de herramientas que permitan a las empresas acceder rápidamente a la jurisdicción para proteger su producción y las fuentes de trabajo, puesto que como decía el profesor cordobés Héctor Cámara al enseñar los principios jurídicos que nutren desde siempre al estatuto concursal, la conservación de la empresa es un paradigma legal y axiológico que debe proteger a la fuente de trabajo y producción empresarial “siempre que la misma era económicamente viable y socialmente útil”.-

II.- La herramienta de la ley concursal en el ámbito de los derechos económicos.-

Una línea de pensamiento autoriza a sostener que no resulta recomendable introducir cambios estructurales y sustanciales a la ley de concursos y quiebras (LCQ.:24.522) en épocas de crisis económicas muy agudas como la que atravesamos actualmente, puesto que tales cambios aparecen luego asociados a la emergencia y pueden ser dejados de lado, tal como pasó con algunas de las modificaciones introducidas por la ley 21.563 al estatuto concursal respecto a la mayor extensión de plazos (del período de exclusividad, de las esperas concursales, de los plazos para llegar al acuerdo, vencimiento del período de exclusividad, entre otros) ; o bien referido a reducción de ciertas cargas tributarias como el impuesto de tasa de justicia, o la supresión del límite mínimo del 40% de pago que debían contener las propuestas, que luego fuera parcialmente enmendado para evitar abusos de derecho por el *leading case* “Linea Vanguard”: También se observó como el acuerdo preventivo extrajudicial (APE), de gran ayuda para reestructurar el pasivo financiero de las grandes empresas con cierta agilidad, luego perdió su imperio –ya superada la emergencia- por sus continuas tachas de inobservar la garantía constitucional de igualdad frente a la ley (art 16 CN) y por consiguiente recibir continuos reproches de ser un mecanismo inconstitucional.

Otra línea de pensamiento, respecto a la oportunidad y modalidad de las reformas, autoriza a sostener el criterio de “ahora o nunca” dado la coyuntura de aguda crisis que hace permeable agilizar el engranaje legislativo, para lo cual las medidas de salvataje constitucional que habré de proponer en el apartado III, también puede sumársele algunas relativas

a la estructura concursal , pero como mera propuesta de discusión para la apertura de un debate mas amplio.-

En efecto sería plausible introducirle cambios estructurales a la LCQ cuando el ritmo social vuelva a la normalidad, puesto que es una herramienta legal que prácticamente cayó en un uso muy limitado, por no resultar una herramienta idónea para la superación de la crisis de insolvencia de las empresas, siendo utilizado actualmente como un mero placebo que persigue la extensión de los plazos de exigencias fiscales y elongación de los plazos de pago de deudas privilegiadas, al menos por un año mientras discurre el “iter” concursal .

Sería auspicioso que la LCQ introduzca como capítulos o secciones categorías por estirpe de empresas (grandes empresas, pequeñas y medianas , y comerciantes pequeños) que deberían estar precedidas por una sección de normas comunes para todos los sujetos concursables, y una sección final que resulte ser la garantía de blindaje constitucional a los mecanismos preventivos y saneatorios de crisis que deberían incorporarse al bagaje concursal (que trataré en el apart. III) -

Empezando por el sector mas afectado, las “pymes” , sería razonable esperar que tales reformas contemplen la “concursalidad” del acreedor todopoderoso “AFIP” tanto en las deudas de título o causa anterior a la apertura concursal como las que continúen por el período post-concursal, entendiendo que la empresa se halla en un “trance” de solvencia que debe atenderse en forma integral y no como mero ungüento para deudas anteriores a la presentación. No se me escapa que las pymes,

particularmente, representan la espina dorsal de la carga tributaria que se nutre el Estado Nacional por cuanto suman el 80 % del PBI industrial y otro tanto significativo del PBI servicios de la economía nacional, con lo que es difícil, pero no imposible, pensar en un esquema de recaudación que estimule y no asfixie la producción del sector.-

Hay juristas que dieron ciertas señales para así hacerlo, como cuando la ministra de la Corte Suprema Mendocina Aída Kemelmajer de Carlucci, llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la morigeración por parte de los jueces de los intereses moratorios fiscales, adoptó una posición favorable a la reducción de los mismos por sostener que al presentarse la empresa en concurso o quiebra, ya no tienen efecto “disuasivo” para el cumplimiento tempestivo de las obligaciones fiscales, con lo cual era equitativo morigerar tales intereses al que reciben el resto de los acreedores a una tasa razonable de uso judicial. Haciéndolo extensivo al escenario de concurrencia “pari passu” que supone el trámite concursal, el organismo fiscal debería participar en la propuesta de pago concursal a todos los acreedores bajo igualdad de condiciones.-

Debería velar el juez concursal y el Fisco Nacional, para que las pymes, en el tránsito de cumplimiento del acuerdo, no se encuentren expuesto a un sobrecarga de pago de obligaciones fiscales que ahoga su posibilidad de inversión y su rentabilidad, generando para cada caso, y es plausible que el Síndico concursal lo proyecte y el Juez concursal lo apruebe, un esquema de pagos que no supere un cierto porcentual de la facturación o rentabilidad, con facilidades de tasas fiscales “aggiornadas” al

esfuerzo que debe encarar la empresa durante el cumplimiento del acuerdo concursal.-

Asimismo, es de Perogrullo pero oportuno reiterarlo, que las PYMES, en gran mayoría, no acceden al crédito bancario por no tener sus declaraciones juradas impositivas en orden, o bien son tasas para giro en descubierto que ahogan financieramente la actividad mercantil de la empresa, máxime cuando tampoco pueden acceder a compras a crédito con sus proveedores, al establecerse la modalidad “pago contra descarga de camión”, que se efectiviza con dinero líquido o cheques al día.-

Y también coadyuva a la necesidad de recurrir a un pronto salvataje de las pymes, el impacto de los pasivos laborales, aspecto que debería proyectarse en un ámbito interdisciplinario con la comisión de asuntos de legislación laboral del Parlamento, puesto que el enorme costo de indemnizaciones por despido (arts. 245 y 247 de la LCT), sumados a las indemnizaciones por falta de registración oportuna de la relación laboral o bien por inconsistencias en los importes retenidos (leyes 24.013,25.323 y dec. Reglamntario 2725/91) no generan el efecto disuasivo proyectado para tales normas a través de la aplicación de sanciones, puesto que aún que resulte mas que reprochable la conducta del empresario que soslayó la observancia de las mismas, cuando se aplican sobre las empresas en crisis de insolvencia, terminan resultando una verdadera espada de Damócles , que generalmente llevan al estado falencial a la empresa infracapitalizada sin suficiente respaldo patrimonial. Por ello no sería inoportuno poner en el debate sobre un incremento del aporte patronal para la consolidación de un

fondo de desempleo bajo la mirada estricta del Estado Nacional para que dicho cumplimiento sea efectivo, y de tal manera prevenir que muchas pymes cierren sus puertas por no poder asumir las consecuencias que la ley quiso prevenir.-

Estas medidas que “a priori” pueden parecer como un desfinanciamiento de las arcas públicas por llevar ínsitas pautas de mayor flexibilización a las pymes, en rigor de verdad impulsarán un ejercicio mas efectivo del Estado en el control de los recursos financieros que se destinan al sector privado para no malograr el equilibrio de sus cuentas. Repárese en cuan efectivo hubiese sido hoy día , abstenernos de una emisión excesiva y destinar un paquete de ayuda financiera de emergencia a las pymes si el Estado hubiese sido más eficaz en el otorgamiento de créditos y tuviese una auditoria de control sobre los paquetes de ayuda financiera a las grandes empresas. El caso “Vicentín” y el desembolso extraordinario a que se hizo acreedor el grupo de \$ 13.500.000.000 (leyó bien : trece mil quinientos millones) hoy hubiese permitido contar con ingentes recursos financieros para auxiliar a numerosas pymes.

Habría que preguntarse entonces si la prédica de décadas del profesor Maffía, - me consta personalmente desde sus clases de posgrado en la Universidad Notarial, carrera bajo la dirección del profesor Eduardo M Favier Dubois (h)- y luego ratificada en numerosas publicaciones en la revista jurídica de La Ley (hasta no hace mas de una década), respecto a la introducción de institutos como la administración controlada que inspiraba la ley de quiebras francesa, estableciendo una suerte de “alerta temprana”

respecto a aquellas grandes empresas que exteriorizaban síntomas de insolvencia como los detallados en la LCQ:77 o bien otros, no tendrían que recibir al menos un tratamiento de comisión parlamentaria, puesto que los temores que siempre generó tal exorbitación normativa a nuestro ámbito - v.gr: abusiva posición de entidades gremiales o bien fiscales para instar a la intervención de la empresa, entre otros- , no deberían impedir un ejercicio controlado, no abusivo, de dicho instituto legal, puesto que las consecuencias de la ausencia total de un órgano para-judicial colegiado en el control de imputación de fondos para sobrellevar la crisis bajo estricto control judicial, hoy día la padece la sociedad en su conjunto, bajo el látigo impiadoso de la emisión.-

Para concluir éste apartado, cierta prestigiosa doctrina, entre ellos el profesor convocante E Daniel Truffat, ha sido un precursor en la necesidad de atender a los pequeños comerciantes , micro-emprendedores, etc, con un régimen normativo mas ágil que le permita recuperar su capacidad de gestión de compras y ventas con agilidad y sin discurrir un tiempo procesal prologando que no es compatible con la estructura de su negocio, con lo que una tercera sección de la ley, luego de las destinadas a las grandes empresas y otras a las pymes, debería estar dedicada a generar tales soluciones de carácter apremiantes para la subsistencia de dicho género.

III.- La ley concursal como herramienta de salvataje constitucional en el ámbito de los derechos económicos y laborales.

Como ya señaláramos, la coyuntura actual exige que nos avoquemos a las situaciones de emergencia económica que la grave crisis pandémica y la aguda recesión económica provocada por el aislamiento social, han puesto a las empresas en un virtual estado de “cesatus”, por lo que debería, a mi juicio, dotar a la LCQ de herramientas normativas autónomas para asegurar el cumplimiento de sus postulados.-

En efecto, el primer recaudo que debería adoptar esta sección dedicada al salvataje de los derechos constitucionales relacionados con la libertad de ejercer trabajo e industria lícitas, debe estar vinculado con el acceso a la jurisdicción sin ningún tipo de restricción, habilitando la norma que cualquier sujeto concursable del art. 2 de la LCQ, pueda efectuar una petición de apertura del trámite concursal, debiendo el magistrado darle curso al trámite, habilitando la instancia para iniciar el proceso preventivo.-

En éste caso, una expresa norma positiva, cuyo presupuesto legal sería los casos de restricciones al comercio o a la industria por emergencia sanitaria o de cualquier naturaleza - con las relaciones jurídicas que ello involucra como el derecho al trabajo- , debe contener la expresa consecuencia legal de disponer a la inmediata apertura de la Jurisdicción para dar curso a la recepción de la demanda de apertura del trámite concursal., siendo tal manda de expreso orden público legal no siendo

discrecional para los magistrados salvo que incumplan los presupuestos mínimos de admisión.-

Luego la consideración de dicha apertura no puede estar sujeta a la aplicación de las pautas rigurosas que conlleva una interpretación literal del art. 11 de la LCQ, sino que tales recaudos deberán abreviarse para evitar que se neutralice la nueva tésis legal que se le quiere asignar al régimen de emergencia, ello es el salvataje de la empresa en crisis.-

De manera tal que deberán reconsiderarse algunos supuestos como contar con el último balance certificado por contador público supliéndose por un estado de resultados parcial certificado via remota por el contador público y los socios, acompañar nóminas del personal y pagos de las cargas sociales hasta que la emergencia discontinúe la posibilidad de hacer frente al pago de los mismos, referenciar los acreedores de la sociedad sin exigir toda la documentación respaldatoria de los créditos por imposibilidad material de reunir físicamente todos esos comprobantes, admitir que la reunión del Directorio declarando la necesidad de concursarse puede ser materializada por medios remotos digitales y no presenciales y acreditar, sumariamente y con carácter de declaración jurada, los hechos que sobrellevaron al estado de cesación de pagos, que en éste caso se proyecta a través de la suspensión de la cadena de pagos, con lo que la acreditación bancaria del rechazo bancario o estado de cuenta negativo con relación al mes anterior a la crisis, por citar algunos de los recaudos mas relevantes que exige la LCQ como presupuestos ineludibles

para la apertura , extendiéndose ésta hermenéutica al resto de los recaudos exigibles.-

Vale decir entonces, que el examen de mérito que deberá realizar el magistrado, deberá ser evaluado con un criterio “pro solvens”, en orden a instar a una apertura inmediata de su estado concursal imponiéndosele pautas restrictivas al Juez para rechazar la apertura del proceso.-

En congruencia con el criterio directriz de atender la emergencia, la apertura del proceso deberá luego amalgamar todos los institutos propios de las instancias subsiguientes, - verbigratia: la consideración de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes del art. 21 de la LC con visión tuitiva de la empresa, el período informativo que discurre a partir del art. 32 de la LCQ, y los trámites de categorización y propuesta hasta el vencimiento del período de exclusividad - , cuidando de preservar la hermenéutica de dicho estado, que se plasmen en mayor flexibilidad del plazo de vencimiento del periodo de exclusividad, al igual que del plazo de cumplimiento de las propuestas, habilitación de líneas de crédito bancarios a través de líneas oficiales, suspensión del curso de intereses punitivos en obligaciones fiscales, facilidad de acceso a nuevas plataformas de beneficios estatales que generalmente el estado concursal obstruye cuando en rigor deberían ser habilitadas, reformulación de los parámetros de orden público que rigen, via jurisprudencial, sobre la entidad de las quitas y esperas, atender el derecho del trabajo mediante la rehabilitación de las actividades fabriles – tutelando pautas de emergencia

sanitaria: en forma secuencial a sana distancia , y disponer con los primeros fondos que se recauden el pronto pago labora tal como prevé el art 17 de la LCQ, e instar a todas aquellas medidas que el Juez, con criterios de prudencia , puede inteligir como coadyuvantes al mejor giro de los negocios empresarios.-

En definitiva, lejos estamos de tratar de agotar todas las hipótesis fácticas que merecen respuestas normativas en el estatuto concursal, sino que el criterio vector es adoptar una un estatuto normativo de emergencia sólido que pueda conjugar todas las necesidades de la empresa potenciadas en época de emergencia, y que permita blindar a la empresa de las consecuencias disvaliosas que el cercenamiento del ejercicio de derechos constitucionales en épocas de crisis le puede causar, desde su parálisis temporal a su extinción misma.

No debemos olvidar que las crisis pandémicas son transitorias, los ciclos políticos también lo son, pero las fuentes productivas deben perdurar para el bienestar de la sociedad en su conjunto, y si no las protegemos sucederá lo que vaticinó Madame Pompadour a Luis XV luego de la batalla de Rossbach...“después de nosotros el diluvio”(apréz nous le deluge).-

