

COMISIÓN N°

AUTORES:

Carlos Cullari, [dirección Av. de Mayo 1370, 3º, código postal C 1085 CABA, Teléfono (011) 5048-4123, dirección correo electrónico ccullari8@gmail.com]

Ana C. Alonso, Cnel. Pringles 86, (1834) Temperley, Partido de Lomas de Zamora, Pcia. de Buenos Aires, +54 9 11 44372481, anaceciliaalonso@gmail.com

TÍTULO:

PROPUESTA DE SANEAMIENTO ACTIVO PARA LA NORMATIVA CONCURSAL.

PONENCIA:

LAS POLÍTICAS ESTATALES POSITIVAS O ACTIVAS DE SANEAMIENTO DEBEN INCLUIRSE EN LA LEY CONCURSAL, MEDIANTE LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS INSTITUTOS QUE PERMITAN CANALIZAR PAQUETES DE AYUDA FINANCIERA Y/O SALVATAJES ACCIONARIOS POR PARTE DE TERCEROS, PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS Y/O PRIVADAS.

DESARROLLO:

1. Michel Foucault [Nota: ,“Las palabras y las cosas, Una arqueología de las ciencias humanas”, 2da edición, Ed. _Siglo XXI____, Lugar _México____, año 2010] sostuvo que en la modernidad la relación entre las palabras y las cosas es contingente, cambiando según el contexto de enunciación.

De esta manera, muchas veces las “palabras” desbordan a las “cosas”: las formas exceden a los contenidos y los significantes pueden alterar el orden del mundo material y concreto.

Tradicionalmente el crédito, como noción de impulso económico, fue y es uno de los pilares troncales del derecho concursal, cuyas notas distintivas siempre se dirigieron a protegerlo a fin de prevenir la pérdida de la confianza pública transaccional de quien se concursa y de la operatoria o red mercantil de la que es parte.

Luego, a comienzos de la segunda parte del siglo pasado, se avanzó hacia la noción de conservación de la empresa “económicamente viable y socialmente útil” [expresión utilizada por el maestro Héctor Cámara en sus disertaciones públicas: clases de posgrado en la Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, año 2001] como fuente generadora de bienes y servicios y proveedora esencial de empleo.

Cabe preguntarnos si en pleno posmodernismo, la noción de saneamiento concursal de una empresa a partir de la aplicación del estatuto concursal no se encuentra disociada de la realidad, lo que se concretaría cuando la expectativa de saneamiento de una empresa a través de la aplicación del régimen concursal va por un carril y la realidad va por otro.

En efecto, la ley concursal es un estatuto jurídico que interactúa dentro del derecho privado y del derecho público, al vincularse transversalmente con el bloque de normas federales - en el que inciden normas no dispositivas para los particulares y que pasan a formar parte del orden público concursal- el ordenamiento concursal fue permeable a que ciertos acreedores posean tratamientos diferenciales, cuestionando de algún modo o deconstruyendo el principio de igualdad entre ellos, incidiendo en gran medida en la recuperación económica y financiera de quien hizo uso de la herramienta concursal tal como es concebida en nuestra actual legislación, imponiéndose ciertos cambios a la estructura concursal saneatoria.

Ejemplo de esto último son los acreedores fiscales, que se presentan ajenos a la posibilidades de quitas y esperas, imponiendo su propio régimen de pago; acreedores “vulnerables” e “hipervulnerables”, cuya prioridad de cobro se impone por aplicación de los compromisos asumidos por nuestra república mediante aquellos tratados que versan sobre derechos humanos, integren o no el bloque constitucional federal¹, entre los que encontramos a los acreedores laborales, acreedores con discapacidades o enfermedades, acreedores adultos mayores, acreedores vulnerables por razones de género, etc. cuyas vulnerabilidades deberán ser analizadas interseccionalmente, respetando la diversidad.

Es claro que en la actualidad y aún en épocas de una aguda crisis recesiva potenciada por la pandemia mundial provocada por el sars covid-19, el parlamento no intentó una reforma del estamento concursal a través de herramientas concursales “de emergencia” como las empleadas en otras crisis vernáculas (años 2001/2002) a través de la sanción de las leyes 25.561, 25.563 y 25585.

El proyecto de reforma al régimen concursal en el marco de la emergencia de covid-19, presentado por los diputados del Bloque Federal Neuquino Luis Di Giacomo, Pablo Ansaloni, José Luis Ramón, Antonio Carambia, Flavia Morales, Ricardo Wellbach y Diego Sartori, que obtuvo media sanción en el Senado el 15 de Octubre de 2020, actualmente reenviado a diputados con las modificaciones introducidas por la Cámara alta, más bien apostó a restringir el marco subjetivo y a evitar el uso del sistema concursal en pos de la criminalidad económica, teniendo en consideración el impacto político, económico y social que suscitó el concursamiento de la agroexportadora “Vicentín”. [denominado “Ley de Sosténimiento de la actividad económica en el marco de la emergencia sanitaria pública Coronavirus Covid-19 – Emergencia para Procesos

¹ Denominación utilizada por primera vez por nuestra CSJN en el fallo “González de Delgado y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 323:2659 y refiere a que los tratados con jerarquía constitucional junto con la Constitución Nacional, configuran el bloque de la constitucionalidad argentina. Se trata de normas por fuera de la constitución pero que gozan de la misma jerarquía.

de concursos preventivos y quiebras” aprobado por la Cámara de Diputados el 31 de Julio de 2020].

No obstante, a la hora de resolver la crisis empresaria la herramienta concursal no fue la preferida del público [ACA ya que según el estudio desarrollado por la consultora Centro Cepa (www.centrocepa.com) publicado en dicho portal el 15 de Setiembre de 2020, se observó una incremento sostenido de presentación de concursos preventivos entre los años 2016 hasta su pico máximo en 2019, para desacelerar notoriamente a partir del año 2020.] lo que permite entrever no sólo la pérdida de confianza en el sistema, sino tal vez, su ineficiencia e incardinación en un plan integral de rescate de las empresas en crisis.

Es claro que en este momento de crisis mundial, el eje de las soluciones ante la insolvencia no fueron pasivas, sino activas o positivas.

En las soluciones pasivas, la intervención del Estado en forma indirecta introduciendo reformas de emergencia a la ley concursal, como serían diferimientos de plazos de vencimiento del periodo de exclusividad y del plazo de inicio de cumplimiento de las propuestas, mayor flexibilidad judicial a la hora de analizar abusos respecto de los acuerdos preventivos homologables, mayor amplitud de las quitas y esperas, reducción de alícuotas de tasa de justicia, diferimiento de ejecuciones de bienes, entre otras, a las que cabe agregar aquellas incorporados por el el proyecto de ley “supra” aludido en su artículo 310, secciones Régimen del plan de salvataje” y “Parámetros del plan de salvataje”, en los que se introducían mayores facilidades, en cuanto a la categorización de acreedores y naturaleza de los acuerdos, para alcanzar el acuerdo concordatario. .

En cambio, en las soluciones activas o positivas el estado adopta políticas directas y generales de saneamiento.

Ejemplo de esto último, fue el otorgamiento de ayuda financiera -sin necesidad de que el sujeto atravesase una solución concursal- mediante el “programa de emergencia al trabajo y producción” [creado por el decreto 332/2020 a partir de la resolución general de AFIP 4898/2020] (conocido como ATP), por el que - entre otros beneficios- permitió el subsidio del 50% de la masa salarial y el diferimiento del pago de los aportes sociales y contribuciones patronales, rubros que pueden tener hasta una incidencia del 66% de la facturación neta total. También permitió la obtención de créditos repro, entre otros varios beneficios que exceden el marco de esta ponencia.

Entendemos que estas últimas deben tener andamiaje en el actual estatuto concursal, insitucionalizando cualesquier participación o injerencia del estado o de terceros en este sentido, a fin de fomentar este tipo de políticas a través de una regulación formal que evite eventuales discrecionalidades del Estado y/o de terceros.

2. Es una realidad mundial que esta crisis sanitaria produjo una tremenda desaceleración de la actividad económica, provocando la crisis terminal de varias empresas.

Los estados tomaron medidas en pos de conservar aquellas empresas económicamente viables y socialmente útiles, protegiendo de este modo las fuentes de trabajo y apuntando a que la superación de la crisis permitirá seguir generando valor agregado industrial y fuente de divisas externas que dinamizan los mercados locales.

En Alemania, la Canciller alemana Angela Merkel, dispuso, salir al rescate de su aerolínea de bandera “Lufthansa” mediante importantes aportes de capital de nueve mil millones de euros, que se verían reflejados en una nueva conformación del paquete accionario de la Aerolínea en el que el Estado alemán pasará a detentar el 20% del paquete accionario, pasando a convertirse en una sociedad de economía mixta o bien una sociedad con participación estatal mayoritaria, de acuerdo a nuestro régimen de la Ley General de Sociedades [diario económico on line el www.elpais.com, del 25 de Mayo de 2020].

Dicha medida fue aplaudida por la visión estratégica de la estadista en rescatar un símbolo alemán y una importante fuente de ingreso de divisas y generadora de empleo local.

En el ámbito local [según da cuenta la publicación del diario La Nación del 25/09/21?], el Estado Nacional conjuntamente con la Provincia de Mendoza, rescataron la empresa metalmecánica IMPSA del grupo Pescarmona, mediante el aporte de u\$s 20 millones y u\$s 5 millones respectivamente, para viabilizar una empresa altamente competitiva y única en Latinoamérica, que provee turbinas para uso hidroeléctrico, con una dotación de 700 empleados (35% de ellos ingenieros).

Las políticas activas como mecanismo general de la actividad empresaria son necesarias y deben canalizarse por el carril institucional adecuado para su efectiva capitalización por parte de las empresas en crisis, dentro de la ley concursal y con la debida tutela de los parámetros de orden público del régimen.

Podrán recurrir a dichas políticas de asistencia crediticia las empresas en crisis que se encuentren atravesando un proceso concursal (preventivo o liquidatorio) que acrediten estrictamente que las razones de la insolvencia no obedecen a actos pasibles de generar responsabilidad societaria (conf. art. 274 Ley 19.550 y 173 Ley 24.522), que la producción se enmarque bajo aquellos parámetros de bienes que aportan valor agregado y empleo.

La opción estará abierta para que terceros (persona jurídica pública o privada) soliciten ante el Juez del concurso la participación activa. En este último caso, deberá tratarse de empresas consideradas estratégicas para la producción nacional.

Las medidas que proponemos como posibles consisten en asistencia crediticia y financiera y capitalización de la empresa en crisis.

El momento procesal oportuno de su pedido dependerá del caso concreto; pero en todos los casos la temporaneidad será la clave del éxito de la medida.

Si es en un momento inicial, la prueba deberá ser contundente, siempre la sindicatura y el comité de control deberán emitir opinión fundada y el juez del concurso, finalmente decidir.

Avanzado el proceso, el informe general (art. 39 Ley 24.522) de la sindicatura - hoy en día relegado a una radiografía un tanto etérea del patrimonio del deudor- será una base esencial a la hora de probar los requisitos mencionados.

Efectivamente, dicho informe volverá a tener una significación concreta, otrora concebido para que los acreedores analicen la viabilidad económica financiera de la empresa a la hora de acordarle un voto positivo para cumplir la propuesta de pago o bien para que el Juez, en la tésis de la ley 19.551, analice si la concursada resultaba “merecedora” del remedio concursal que dispara la homologación del acuerdo.

El informe sindical necesariamente deberá acordar verosimilitud al plan de negocios, previendo sanear la estructura de costos interna, para lo cual será necesario además, reactivar los convenios colectivos de crisis por el período de transición hacia la recomposición de la actividad productiva.

Una vez aprobado el plan de asistencia crediticia, deberá arbitrarse un canal para que el Juez disponga que los bancos o instituciones que fomentan el desarrollo productivo (estatales o con participación estatal) habiliten líneas de crédito flexibles y auxilio financiero inmediato, para ser aplicados como capital de trabajo bajo estricta vigilancia del Síndico hasta la homologación del acuerdo, toda vez que el “iter” que depara alcanzar la homologación suele coadyuvar a profundizar las causas de desequilibrio económico.

Dicho organismo evaluará si la asistencia financiera es suficiente o en virtud a la infra-capitalización de la empresa que la pondría en una situación terminal de funcionamiento, económico como normativo a la luz de las previsiones de la LSG, el Estado debería incurrir en un plan de salvataje de mayor magnitud mediante aportes de capital que se capitalicen en su estructura accionaria, según los ejemplos locales e internacionales ya reseñados.

No se intenta “imponer” al agente financiero para-estatal un negocio ruinoso ni invitarlo, como a Alicia , a una fiesta de no cumpleaños (como solía parafrasear el ex Juez de Comercio Dr. Butty), sino en todo caso hacer saber al órgano estatal que supervise el marco de asistencia financiera, que el deudor resulta merecedor de líneas de crédito por la naturaleza de sus prestaciones y la necesidad de protección de las fuentes de trabajo.

La resistencia de la entidad financiera, debe contar con dictamen técnico financiero-contable calificado y tener la aprobación mayoritaria de su órgano de administración.

3. Lo desarrollado en el punto anterior, son las soluciones propuestas por el Gobierno Nacional mediante la batería de medidas crediticias activas, ya señaladas, las que se justifican al suponer que el universo productivo ingresó en zona de emergencia a partir de la pandemia provocada por el sars covid.19.

Es decir, las empresas insolventes que no recurrieron a la solución concursal, cuentan hoy con las ayudas aludidas, sin los costos adiciones y los tiempos aletargados que conlleva el proceso concursal en la actualmente.

Es necesario incluir estas políticas activas en nuestra ley, colaborar con los sujetos concursados en un marco normativo ordenado y claro, que importe la visibilización de aquellas empresas necesarias para el progreso industrial de nuestra nación, a fin de que recuperen la posibilidad de repago.

Mencionamos como medida activa la posibilidad de intervención estatal a través de la inyección de capitales.

Entendemos que podrá hacerlo a través de sus sociedades con participación, sin restricciones para capitalizar aquellas empresas mediante el ingreso al proceso de salvataje (art. 48 y ss LCQ) instancia “in extremis” que resultaría complementaria al régimen de asistencia financiera que se postuló anteriormente.

Por otra parte y ya en el concurso liquidatorio, el estado podrá participar en la continuación de la empresa inyectando fondos que consoliden un renovado capital de trabajo para reactivar la producción, o bien, fracasada ésta instancia, de solicitar la apertura del procedimiento previsto por el art. 203 LCQ para que se enajene la empresa “en block” de la manera prescripta por el art. 205 LCQ.

Por último, también pensamos que el podrá inyectar dichos fondos en el régimen de avenimiento o pago total del pasivo para lograr la rehabilitación social y proceder a su capitalización, acordando a los acreedores distintas formas negociales de cancelación de sus créditos o bien de participación en el esquema accionario de la sociedad.

4. Entendemos que dada la crisis mundial a la que Argentina no es ajena, el estado debe asistir activamente a las empresas en crisis, para lo cual necesitamos urgentemente una modificación de nuestra ley concursal, institucionalizando los mecanismos a través de los cuáles el estado coadyuve con el objetivo de dicha ley, consistente en la conservación de la empresa económicamente viable y socialmente útil, ya sea a través de la reestructuración de sus pasivos o bien -y ya en su liquidación- a través de su reactivación.

Esta enunciación de alternativas de ingreso de asistencia del Estado para sostener actividades empresarias que son fuente de valor y riqueza en nuestro mercado, resulta meramente enunciativa, y pretende enmarcar el accionar de un Estado presente para promover, como indica el preámbulo de nuestra Carta Magna, el bienestar general.

Por lo dicho, sostenemos que:

LAS POLÍTICAS ESTATALES POSITIVAS O ACTIVAS DE SANEAMIENTO DEBEN INCLUIRSE EN LA LEY CONCURSAL, MEDIANTE LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS INSTITUTOS QUE PERMITAN CANALIZAR PAQUETES DE AYUDA FINANCIERA Y/O SALVATAJES ACCIONARIOS POR PARTE DE TERCEROS, PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS Y/O PRIVADAS.