

Crisis empresaria mundial por COVID-19 -¿en qué están pensando otros países?-

Autor:

Vítolo, Daniel Roque

Cita: RC D 2834/2020

Encabezado:

Frente a los efectos devastadores desatados a raíz de la pandemia, el autor realiza un somero recorrido por algunas de las iniciativas intentadas en otros países con el fin de brindar remedios para disminuir el impacto negativo del COVID-19 en las empresas y en la economía.

Sumario:

I. El COVID-19 y el impacto en las empresas. I.1. Italia. I.2. Alemania. I.3. España. I.4. Inglaterra. I.5. Brasil. I.6. Colombia. I.7. Perú. I.8. Chile. I.9. Otra mirada europea. I.10. ¿Y Argentina?

Crisis empresaria mundial por COVID-19 -¿en qué están pensando otros países?-

I. El COVID-19 y el impacto en las empresas

La paralización de la circulación de la mayoría de las personas en el mundo -y en un modo especial en nuestro país- y la prohibición de desarrollar actividades productivas no esenciales, ha generado un fuerte impacto en las empresas, en sus patrimonios y muy especialmente en sus flujos financieros; por una parte. Por otra parte, siendo que las empresas no son -en la actualidad- meras estructuras formales que persiguen objetivos también meramente formales, sino que constituyen subsistemas, dentro de un sistema social más amplio^[1], las consecuencias adversas derivadas del COVID-19 no sólo han afectado -y afectan aún- a las propias empresas sino también a todos su ámbito de influencia como directivos, trabajadores, proveedores, consumidores y hasta el entorno social -ese universo difuso de personas que los entendidos denominan "stakeholders"-^[2].

En efecto; a través el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, el Poder Ejecutivo Nacional estableció para todas las personas que habitan en el país o que se encuentren en él en forma temporaria, la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio" por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. La disposición se adoptó en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al "Coronavirus-COVID-19", quedando solamente exceptuadas del cumplimiento de dicho "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados "esenciales" en la emergencia, con una ampliación de dicho listado en la medida en que las circunstancias de la evolución de la curva de contagio el virus presentara a lo largo del tiempo.

Durante los primeros cien días de aislamiento -además de la crisis social- desde el punto de vista económico, la situación presentó aristas dramáticas. La mayoría de las fábricas estuvieron cerradas, las entidades bancarias y financieras no prestaron servicios por un largo tiempo y su reinserción operativa ha sido absolutamente limitada luego; los comercios no pudieron funcionar y la mayoría de los trabajadores autónomos, profesionales liberales, así como los integrantes del sector de la denominada "economía informal", no pudieron desarrollar sus actividades regulares.

Por otra parte, con un mundo "cerrado" se ha producido una interrupción de las cadenas de suministro, ya que las industrias dependen de piezas para la elaboración de productos finales, que se fabrican en diversos países y, siendo que el grueso del comercio internacional es de insumos que se comercializan por empresas entre sí -más que los bienes finales destinados al consumidor-, la interrupción de estas cadenas impactaron muy

negativamente en las actividades empresarias. Y en Latinoamérica este impacto es muy significativo, dado que la región -y muy especialmente nuestro país- ya contaba con altos niveles de endeudamiento antes de que llegara la pandemia, lo que ha provocado que se disparara la deuda pública, en la medida en que la actividad comercial e industrial y de servicios se ha ido paralizando en mayor o menor medida.

Como si ello no fuera suficiente, la recesión que está sacudiendo al mundo ha provocado históricas caídas de las bolsas y pánico en los inversores[3] quienes, asustados por la situación, buscan refugio en lugares más seguros ciertos bonos de países líderes -especialmente de los Estados Unidos-. Suele ocurrir en tiempos de crisis, que acontezca también una fuga de capitales porque los inversores no quieren correr riesgos. Y eso es -precisamente- lo que ha estado pasando en la región.

La crisis es -como nunca- global.

De allí que muchos países del mundo se hayan abocado a buscar soluciones por medio del dictado de normas modificatorias de la legislación concursal, o tomando medidas específicas de emergencia en esta materia.

El sentido de estas líneas es intentar recorrer someramente algunas de las iniciativas existentes en otros países respecto de intentar brindar algunos remedios para disminuir el impacto negativo del COVID-19 en las empresas y en la economía[4].

I.1. Italia

Uno de los países más golpeados por los efectos de COVID-19 en esta pandemia del año 2020 ha sido -sin dudas- Italia, y el gobierno italiano[5], -del mismo modo en que lo han hecho otros países europeos-, dispuso varias medidas destinadas a frenar los efectos económicos potencialmente devastadores de la pandemia de COVID-19[6].

Mediante el dictado del Decreto-Ley 23 del 8 de abril de 2020, se pusieron en vigencia una gran variedad de herramientas, a partir de medidas de diversa índole, destinadas a:

- i) brindar liquidez a las empresas, instrumentando garantías estatales para que puedan acceder a líneas de créditos flexibles;
- ii) supervisar y controlar las adquisiciones empresas por parte de nacionales y extranjeros;
- iii) implementar ventajas, exenciones y desgravaciones impositivas para tratar de aliviar la carga económica y financiera de las empresas a la hora de subsistir y de reiniciar sus actividades; y
- iv) la suspensión de litigios incluyendo en tales suspensiones las ejecuciones de todo tipo de deudas.

Entendiendo que lo que atraviesa la sociedad -en los aspectos económicos, financieros y sociales- es un estado excepcional de emergencia, Italia entendió que los mecanismos de salida no pueden encontrarse por medio de una reforma directa a las leyes de insolvencia, que se estructuran sobre una realidad diferente, cual es la de la actividad regular de los mercados y la actividad económica. De allí que la primera medida tomada por las autoridades fue el aplazamiento de la entrada en vigor del nuevo Código de Crisis e Insolvencia (CCI), inicialmente previsto para el 15 de agosto de 2020 y ahora pospuesto para el 1 de septiembre de 2021, entendiendo -como lo ha expresado un reconocido doctrinario- que, por el momento "*... es más aconsejable mantener los pies sobre la tierra y continuar utilizando el marco regulatorio actual, por imperfecto que sea, pero con la ventaja potencial de no provocar incursiones en un territorio nuevo e inexplorado...*"[7].

Dentro de las medidas de excepción, el mencionado decreto legislativo dispone:

- a) alteraciones excepcionales en trámite concursal, dependiendo de la etapa en que se hubieran encontrado los procedimientos el 23 de febrero de 2020[8];

b) congelamiento de los pedidos de declaración de quiebra presentados entre el 9 de marzo y el 30 de junio de 2020, declarándolos inadmisibles;

c) suspensión hasta el 31 de diciembre de 2020 de la causal disolutoria en caso de pérdidas sustanciales que afectaran al capital de las sociedades;

d) se favorece y promueven los préstamos de accionistas y dentro de sociedades del mismo grupo económico^[9] que pueden desembolsarse en el período posterior a la entrada en vigor del decreto y el 31 de diciembre de 2020, dejando de lado la regla de subordinación de las reclamaciones de los accionistas y la obligación del prestamista de devolver el préstamo, desembolsado en el año anterior a la apertura de los procedimientos de insolvencia.

Como bien ha sido señalado por los referentes concursales italianos, la elección del gobierno fue decidirse a intervenir en apoyo de las empresas en crisis, actuales o futuras, desde dos ángulos diferentes:

i) por una parte, ampliando su capacidad crediticia mediante la emisión de garantías estatales, lo que les permite acceder a canales de financiación que sin duda no hubieran sido posibles sin la intervención pública; y

ii) por otra parte, crea un amortiguador de tiempo que se utilizará para superar la situación de angustia mediante la recuperación del ciclo económico normal o mediante procedimientos de reorganización empresarial.

Claro está que se ha advertido -acertadamente- que la capacidad, por parte de las empresas, de beneficiarse de la garantía pública podría desencadenar un fenómeno de riesgo moral que empuje a los directores a apostar por todo o nada ante la crisis tan profunda que deben afrontar, incluso cuando fuera razonable no aumentar el coeficiente de apalancamiento, lo que concretaría el riesgo de agotamiento de activos en detrimento de^[10]:

a) los contribuyentes, dentro de los límites de las pérdidas asociadas con la ejecución de la garantía contra el Estado;

b) los acreedores de causa o título anterior a la nueva asistencia, debido al efecto potencialmente diluyente que pudieran tener sus créditos en relación con los aportantes del dinero "fresco"; y

c) los acreedores posteriores, a quienes se podría inducir a otorgar renovados créditos a la empresa en dificultades, en virtud de la apariencia de solvencia generada por el nuevo financiamiento garantizado.

El tiempo será el que indicará el resultado, respecto de la efectividad de estas medidas.

I.2. Alemania

Por su parte, en Alemania se dictó -con fecha 27 de marzo de 2020- la "Ley para Mitigar las Consecuencias de la Pandemia del COVID-19 en el Derecho Civil, Concursal y Penal", la cual en su artículo 1º, indica que se trata -dicho cuerpo legal- de una "*...Ley sobre la suspensión temporal de la obligación de solicitar la declaración de insolvencia, y sobre la limitación de la responsabilidad de los órganos en caso de insolvencia causada...*".

Como regla general, la nueva normativa dispone que la obligación de presentar una solicitud de insolvencia con arreglo al artículo 15.a del Código de Insolvencia^[11] y el artículo 42 (2) del Código Civil queda suspendida hasta el día 30 septiembre de 2020. Ello no será de aplicación -por cierto-^[12]:

i) si la insolvencia no se basa en las consecuencias de la propagación del virus SARS-CoV-2 (Pandemia COVID-19); o

ii) si no hay perspectivas de que se pueda solucionar y revertir un estado de insolvencia existente.

Así:

a) Si el deudor a 31 de diciembre de 2019 no era insolvente, se presupone que el estado de insolvencia se basa en el origen de la pandemia COVID-19 y que existen perspectivas de que se resuelva la insolvencia existente.

b) Si -por el contrario- el deudor es una persona física, se aplicará la sección 290 (1) (4) del Código de Insolvencia, con la salvedad de que la denegación de la liquidación de la deuda residual no podrá basarse en el retraso de la apertura del procedimiento de insolvencia en el período comprendido entre el 1º de marzo y el 30 de septiembre de 2020. Desde ya que se readecuarán los plazos a lo que ocurra en el futuro con la propagación del virus y el desarrollo de la actividad económica en la pandemia^[13].

En la medida en que se suspende la obligación de solicitar la declaración de insolvencia, cabe señalar que:

a) si la obligación de solicitar la declaración de insolvencia se suspende en virtud de la pandemia, los pagos efectuados en el curso normal de la actividad empresarial, en particular los pagos efectuados con el fin de mantener o reanudar la actividad empresarial o de ejecutar un plan de reestructuración, se considerarán realizados con el debido cuidado que corresponde a un administrador diligente y prudente en el sentido del artículo 64, frase 2, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el artículo 92, apartado 2, frase 2, de la Ley de Sociedades Anónimas de Alemania, el artículo 130, apartado 1, frase 2, también en relación con el artículo 177, apartado 1, frase 1, del Código de Comercio y el artículo 99, frase 2, de la Ley de Cooperativas;

b) se considerará que el reembolso, a más tardar el 30 de septiembre de 2023, de un nuevo préstamo concedido durante el período de suspensión y la aportación de garantías para cubrir dichos préstamos durante el período de suspensión no tiene efectos perjudiciales para los acreedores; ello también se aplica a la restitución de los préstamos participativos y los pagos de las reclamaciones derivadas de actos jurídicos que corresponda económicamente a dicho préstamo, pero no a su colateralización; AP. § 39 (1) (5) y el artículo 44 bis del Código de insolvencia no serán aplicables los procedimientos relativos a los bienes del deudor que se hayan solicitado antes del 30 de septiembre de 2023;

c) la concesión de créditos y garantías durante el período de suspensión no se considerará una contribución ilícita al retraso en la presentación de la solicitud de declaración de insolvencia;

d) los actos jurídicos que concedieron o permitieron a la otra parte garantizar o satisfacer créditos de una modalidad o en un momento a los que la otra parte tenía derecho, no serán impugnables en los procedimientos de insolvencia posteriores -ello no se aplicará si la otra parte era consciente de que los esfuerzos de reestructuración y financiación del deudor no eran adecuados para remediar la insolvencia que se había producido-;

e) lo mismo se aplica a (i) prestaciones en lugar de la ejecución o a cuenta de la misma; (ii) los pagos efectuados por un tercero por orden del deudor; (iii) la prestación de una garantía distinta de la acordada inicialmente, salvo que tenga más valor; (iv) la reducción de los plazos de pago, y (v) la concesión de facilidades de pago.

En el caso de los préstamos concedidos por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción (Kreditanstalt für Wiederaufbau) y sus socios financieros o por otras instituciones en el marco de programas de ayuda gubernamentales con ocasión de la pandemia COVID-19, algunas de estas provisiones se aplicarán también si el préstamo se concede o se garantiza después del final del período de suspensión, y por un período de tiempo ilimitado para su reembolso. Dos disposiciones particulares adicionales establecen que:

i) en el supuesto de las solicitudes de insolvencia presentadas entre el 28 de marzo y el 28 de junio de 2020, la iniciación del procedimiento de insolvencia requiere que el 1º de marzo de 2020 ya existiera el motivo de la apertura del procedimiento; y -ante a la faz dinámica de los acontecimientos derivados de la pandemia-,

ii) el Ministerio Federal de Justicia y Protección de los Consumidores está facultado para prorrogar por norma reglamentaria -sin necesidad de la aprobación del *Bundesrat*- la suspensión de la obligación de solicitar la declaración de insolvencia con arreglo a la sección 1ª. de la Ley y a las normas sobre los motivos para incoar el procedimiento previsto en la sección 3 de dicho cuerpo legal, para los créditos de los acreedores como máximo hasta el 31 de marzo de 2021, si se considera necesario debido a la continua demanda de la asistencia pública

disponible, a dificultades de financiación persistentes o a otras circunstancias.

Como puede verse, sin recurrir a una modificación sustancial de la Ley de Insolvencia, Alemania ha sabido dictar algunas normas específicas para regular y adaptar los procedimientos de insolvencia durante el tiempo de pandemia, y necesario para el restablecimiento de una nueva "normalidad" posterior.

I.3. España

Tempranamente España intervino en la legislación de emergencia -calificádola como legislación para un estado de "alarma"- con el dictado el día 28 de abril de 2020 del Real Decreto-Ley 16/2020, mediante el cual estableció diversas medidas de carácter procesal y de fondo de un amplio espectro, incluyendo disposiciones de carácter sanitario -seguridad laboral para jueces, funcionarios y litigantes[14]-; digitalización de los sistemas y mecanismos procesales[15]; readecuación de plazos procesales[16]; y algunas medidas de emergencia en materia societaria y concursal[17].

El Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia[18], incluye una serie de medidas para evitar el previsible aumento de litigiosidad[19] en relación con la tramitación de concursos de acreedores, con la previsión de una serie de normas en relación con la agilización del proceso concursal, la confesión de la insolvencia, la tramitación preferente de determinadas actuaciones tendentes a la protección de los derechos de los trabajadores[20], a mantener la continuidad de la empresa y a conservar el valor de bienes y derechos, así como la simplificación de determinados actos e incidentes -subastas, impugnación de inventario y listas de acreedores o aprobación de planes de liquidación-.

Adicionalmente, se prevén otra serie de medidas tendentes a atenuar las consecuencias que tendría la aplicación en la actual situación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital y sobre declaración de concurso, de modo tal que se permita a las empresas ganar tiempo para poder reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar pérdidas, ya sea por la recuperación de su actividad ordinaria o por el acceso al crédito o a las ayudas públicas.

A criterio del legislador español, la crisis sanitaria del COVID-19 constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable. Es por ello que en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, extendió a estas empresas la posibilidad de acceder a un expediente de regulación temporal de empleo en los términos del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo[21], de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19[22].

Entre las principales disposiciones que trae la nueva norma legal -Real Decreto-Ley 17/20- respecto de empresas en concurso o quiebra pueden destacarse:

- i) La aceleración de los planes liquidatorios, admitiendo reformas en los mismos permitiendo la utilización de normas supletorias;
- ii) El establecimiento de un período específico de tiempo entre el levantamiento de los plazos procesales establecidos en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020, que establece el estado de alarma y sus posibles prórrogas, y hasta el 31 de diciembre de 2020, en el cual:
 - ii.1.) se dará preferencia a la tramitación de procedimientos concursales de deudores que sean personas humanas antes que a las empresas;
 - ii.2.) se libera al deudor en cesación de pagos de la obligación de solicitar la declaración de concurso;
 - ii.3.) hasta el 31 de diciembre de 2020 los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que

se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma.

iii) La circunstancia de que durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma se privilegiarán los incidentes concursales en materia laboral, el procedimiento para enajenación de unidades productivas o ventas globales de los elementos del activo, o la admisión a trámite de la solicitud de homologación de acuerdos de refinanciación o su modificación;

iv) El hecho de que, durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma en los concursos abiertos y en los que se encuentren en tramitación, la subasta de bienes y derechos de la masa activa deberá ser extrajudicial, independientemente que el programa o plan de liquidación que se hubiera establecido en su momento dispusiera algo diferente;

v) También se permite al concursado modificar y renegociar el convenio establecido en el proceso que se encuentre en periodo de cumplimiento, así como también los acuerdos extrajudiciales de pago que hubiere celebrado con sus acreedores, e incluso se lo releva del deber de solicitar la liquidación de los bienes si se conoce que no puede cumplir con el acuerdo; y

vi) Se libera a los deudores concursados del denominado "período de inhibición"[\[23\]](#).

Adicionalmente también se disponen reglas para los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma -estado de emergencia-:

a) se dejan de lado restricciones para el reconocimiento de créditos por financiamiento otorgados por personas cercanas o relacionadas con el deudor;

b) se simplifican y reducen los medios de prueba y se estrechan los procedimientos en materia de impugnación de inventarios y composición de la lista de acreedores.

En definitiva, en palabras de su Exposición de Motivos, con todas estas medidas se trata de evitar que el escenario posterior a la superación de la crisis generada por el COVID-19 lleve a declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado -valor en funcionamiento superior al valor de liquidación-, con la consiguiente destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo.

I.4. Inglaterra

En lo que hace al Reino Unido, el Gobierno ha anunciado su intención de promover y sancionar normas que constituyan propuestas de cambios y de reformas urgentes a la ley de insolvencia -*Bankruptcy Act*-, con el objeto de proteger a las empresas y a sus directores durante el brote de COVID-19.

Estos cambios incluirán una suspensión temporal -hasta fines de junio de 2020- de la sección 214 de la *Bankruptcy Act* de 1986 en relación con la continuación del giro comercial durante supuestos de insolvencia de hecho no declarados, sujeto a la aprobación del próximo proyecto de "Ley de Insolvencia Corporativa y Gobierno" que tratará el Parlamento[\[24\]](#).

Al momento del cierre de este artículo, el proyecto de ley definitivo no se había hecho público en todos sus detalles, pero era de esperar que la fecha a ser considerada para determinar si el director "... *conocía o debería haber conocido...*" que la compañía no podía evitar la liquidación o seguir en una administración insolvente, no será una fecha durante el período al que se aplicará la nueva ley -que tendría una retroactividad al 1º de marzo de 2020, fecha de corte para el comienzo del impacto pandémico-.

Las modificaciones promovidas en este campo han recibido algunas críticas[\[25\]](#).

El Gobierno también ha declarado que la nueva ley incluirá disposiciones que introducen una "... *moratoria para las empresas que les dan un respiro a los acreedores que hacen cumplir sus deudas por un período de tiempo*

mientras buscan un rescate o una reestructuración...".

Esta iniciativa para cambios en el Marco de Insolvencia del Reino Unido probablemente introduciría una forma de procedimiento de "*debtor in possession*", similar a un proceso de reestructuración del Capítulo 11 de los Estados Unidos con trámites similares que actualmente se están implementando en toda la UE, que permitiría a las empresas solicitar protección por insolvencia, mientras se mantiene el control del órgano de administración estatutario de sus empresas. Esto coincide con los anuncios del Gobierno a fines de 2018 y principios de 2019 de que se introducirían tales reformas, que ahora pueden acelerarse.

Entre las disposiciones que se esperan queden incluidas en la nueva ley, pueden mencionarse las siguientes[26]:

- i) disponer una moratoria que evite que los acreedores tomen medidas mientras los directores formulan propuestas para reestructurar sus negocios, el directorio retendría el control de la empresa durante todo el proceso;
- ii) evitar la operación de cláusulas en los contratos de proveedores que rescindan la relación de las partes en caso de insolvencia -las denominadas cláusulas "ipso facto"-;
- iii) suspender temporalmente las demandas y reclamos judiciales u extrajudiciales contra las empresas durante la emergencia[27].

Estas medidas estarían contempladas en el próximo proyecto de Ley de Insolvencia y Gobierno Corporativo, que se espera que se discuta próximamente en el Parlamento la cual, una vez que entre en vigor, será retroactiva -como lo he señalado- al 1º de marzo de 2020.

El Tribunal Superior de Inglaterra ya ha tenido que considerar al menos en dos ocasiones, si la incapacidad de un deudor para pagar sus deudas se debe "... a coronavirus..." y se espera que la próxima legislación brinde cierta claridad al respecto.

1.5. Brasil

En la República Federativa del Brasil no se han dictado normas específicas en materia de insolvencia para encarar la crisis pandémica, más allá de que existen diversas iniciativas dirigidas a promover algunas reformas legislativas en la materia, incluyendo cambios temporales en las regulaciones para facilitar la renegociación de la deuda y ayudar a las empresas en dificultades económicas debido a la pandemia[28].

En efecto; ante la inminente crisis económica resultante de la pandemia de COVID-19, el diputado Hugo Leal presentó, el 1º de marzo de 2020, el Proyecto de Ley (PL) 1397/20, cuyo objetivo es instituir medidas de emergencia mediante enmiendas a algunas disposiciones de la Ley 11101 de 2005, que regula el régimen de reorganizaciones judiciales y quiebras en Brasil.

Las medidas propuestas son, naturalmente, de naturaleza transitoria y de emergencia y, si se aprueban, permanecerán vigentes hasta diciembre de 2020, o mientras dure el Decreto Legislativo 6, del 20 de marzo de 2020, que reconoce el estado de calamidad pública debido a la pandemia causada por COVID-19.

El proyecto de ley trae algunos ajustes de emergencia al régimen legal actual que regula la insolvencia en el país y no debe confundirse con el PL 10220/2018. Este último se ha debatido ampliamente y en detalle en los últimos años, para reflejar una reforma de la Ley 11101 / 2005 como sustituto, y hasta ahora no se ha aprobado, aunque actualmente se encuentra bajo un procedimiento urgente.

De manera sucinta, podemos señalar que la iniciativa legislativa diseñada establece:

- i) una suspensión legal de términos -durante la cual se detienen las acciones judiciales, de naturaleza ejecutiva, que implican la discusión o el cumplimiento de las obligaciones debidas después del 20 de marzo de 2020, así

como las acciones contractuales de revisión-;

ii) se implementa un mecanismo de negociación preventiva de jurisdicción voluntaria, basada en el sistema europeo de prevención de crisis; y

iii) se proponen diversos cambios en los regímenes de recuperación judicial, extrajudicial y de quiebra.

Estas son medidas que, si se ponen en práctica, afectarán a los agentes del mercado de una manera diferente. Ello es de toda evidencia, dado que:

a) por una parte, existen empresas que actualmente sufren pérdidas invaluables en sus operaciones y enfrentan serios problemas de flujo de efectivo, lo que hace que sea imposible cumplir con sus obligaciones regularmente; y

b) por otra parte, existen acreedores e inversores nacionales y extranjeros que pueden enfrentar incumplimientos, extensiones de plazos y el impedimento momentáneo de obtener su crédito, debido a un cambio legislativo urgente que, en opinión de algunos, puede socavar la seguridad jurídica, en Brasil y obstaculizar la mejora de la economía posterior a la crisis.

Finalmente, también existe preocupación en los operadores jurídicos y económicos, quienes advierten que resulta necesario considerar los impactos observados por el propio poder judicial y la comunidad jurídica, ya que es seguro que la implementación de las medidas necesarias tendrá una relación directa con el número de demandas que se distribuirán ante los tribunales del país, y ello puede colapsar el sistema de justicia.

1.6. Colombia

En el mismo camino ensayado por Italia, y atendiendo a admitir que de lo que trata este tiempo es de la existencia de un "contexto de estado de emergencia", el gobierno de Colombia[29] también decidió no modificar la legislación concursal ordinaria, mediante la cual se tramitan y consideran los concursos preventivos y las quiebras como instrumentos de resolución de las crisis empresarias en tiempos de normalidad, y decidió -consecuentemente- emitir reglas excepcionales de derecho temporal con procedimientos específicos y diversificados según la dimensión de las empresas y de los emprendimientos vinculados a ellas.

La decisión no fue algo sencillo, en la medida en que el gobierno colombiano ya tenía preparada una reforma a la ley que gobierna el régimen concursal, la cual estaba prácticamente lista para su publicación.

Así es que se pusieron en funcionamiento dos normas con una vigencia establecida por el plazo de dos años, y que conforma un régimen de insolvencia excepcional pandémico, con el objeto de "*...mitigar extensión de los efectos sobre las empresas afectadas por las causas motivaron la declaratoria del estado de emergencia Económica, Social y de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y recuperación y conservación de empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los mecanismos de salvamento y recuperación aquí previstos...*"[30]:

i) la primera norma fue el Decreto 560 del 15 de abril de 2020), dirigido a procurar la creación de un mecanismo de recuperación empresarial amplio e inclusivo tendiente a facilitar la conservación de los negocios y el trabajo, sin descuidar el crédito y que incluya a todos los actores de la economía al proporcionar soluciones eficaces y ágiles, para hacer frente de manera efectiva a la crisis empresarial generada por COVID-19; y

ii) una segunda norma fue el Decreto 772 del 3 de junio de 2020, el cual incorpora un procedimiento de reorganización empresarial simplificado, a la vez que diseña un procedimiento de liquidación simplificado para las micro y medianas empresas afectadas por crisis derivada de la pandemia producida por el COVID-19[31].

En el primero de los decretos -entonces- se persigue la creación de herramientas extrajudiciales de negociación de carácter expeditivo, la implementación de mecanismos extraordinarios de salvataje para proteger la empresa, el empleo y el crédito, beneficios tributarios y suspensión de la aplicación de normas y obligaciones legales[32].

De modo sintético puede señalarse que en la norma sancionada, se contemplan:

- a) accesos expeditos a los mecanismos de reorganización empresarial, en los cuales el juez del concurso no realizará auditoría sobre el contenido o exactitud los documentos aportados ni sobre la información financiera o cumplimiento de las políticas contables, lo cual será responsabilidad exclusiva del deudor y su contador o revisor fiscal, según corresponda;
- b) la flexibilización en el pago de pequeños acreedores para mitigar su afectación con el proceso de reorganización de la empresa, conformando una suerte de "pronto pago de créditos menores", previendo -incluso- que el deudor pueda vender, en condiciones comerciales de mercado, activos fijos no afectados a la operación o giro ordinario del negocio, que no superen el valor de las acreencias objeto de pago;
- c) la liberación de pasivos, mediante acuerdos celebrados entre el deudor concursado y sus acreedores, por los cuales se incluya en la solución concursal dicha capitalización de pasivos mediante la suscripción voluntaria, por parte de cada acreedor interesado, acciones o la participación que corresponda según el tipo societario, bonos riesgo y demás mecanismos de subordinación de deudas que lleguen a convenirse;
- d) la liberación de pasivos, cuando se presente el supuesto en que el pasivo del deudor fuera superior a su valoración como empresa en marcha, estableciendo que el acuerdo reorganización podrá disponer la liberación -una suerte de perdón o condonación de deuda- de aquella parte del pasivo que exceda la mencionada valoración;
- e) la concreción de pactos de deuda sostenible, con el fin de reducir los términos de pago de las obligaciones en el tiempo de donde, en los acuerdos de reorganización, se podrán incluir pactos de deuda sostenible, bajo los cuales no se contemple un cronograma de pago y la extinción total de las obligaciones a favor de las entidades financieras como parte del acuerdo, sino su reestructuración o reperfilamiento;
- f) estímulos para la financiación del deudor durante la negociación de un acuerdo de reorganización, para aquellos casos en que la concursada demuestre al juez del concurso que no logró obtener nueva financiación para el desarrollo del giro ordinario de sus negocios, habilitando a dicho deudor para respaldar los nuevos créditos con garantías sobre sus propios activos que no se encontraran gravados a favor de otros acreedores o sobre nuevos activos adquiridos -e incluso grava bienes en segundo grado-;
- g) medidas de salvamento para empresas que se encontraran en estado de liquidación inminente, por aportes de nuevo capital por parte de acreedores, con beneficios particulares y bajo ciertas condiciones;
- h) la creación de un sistema de negociación de acuerdos concursales de emergencia, por ante las Cámaras de Comercio; y
- i) ciertos beneficios impositivos.

La segunda norma, el Decreto Ley 772/2020, amplía los regímenes descriptos y dispone:

- a) el levantamiento de ciertas medidas cautelares que pudieran afectar determinados bienes o fondo necesarios para el giro empresarial;
- b) liberación de autorizaciones de pago para deudores por créditos hipotecarios relacionados con inmuebles destinados a vivienda;
- c) ampliación y fortalecimiento de las listas de auxiliares de la Justicia -para poder afrontar la sobrecarga esperada en los procesos concursales-;
- d) recalificación -dese el punto de vista tributario- de las rebajas, descuentos o quitas de capital, multas; sanciones o intereses que obtengan los deudores, serán gravados en todos los casos como ganancia ocasional y

no como renta ordinaria o renta líquida, cuando dichos rendimientos, ganancias, rebajas, descuentos o quitas que se presenten o sean el resultado y parte de los acuerdos de reorganización celebrados o modificados; y

e) la creación de un mecanismo de reorganización de pasivos y de liquidación simplificados -incluyendo, por cierto, también un fuerte recorte en la disciplina de gastos y honorarios del concurso-[\[33\]](#).

I.7. Perú

Por su parte, Perú decidió encarar las medidas necesarias para intentar paliar la crisis empresaria desde el punto de vista de la insolvencia, dictando el Decreto Legislativo n°1511, por el cual se aprobó el denominado "Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal" (PARC), cuyos aspectos relevantes resumiremos a continuación[\[34\]](#).

El PARC ha sido creado para que las Entidades Calificadas -empresas de cualquier tamaño y asociaciones), impactadas en su actividad económica por los efectos generados por la propagación del COVID-19, puedan acogerse -por única vez- y someter a la aprobación de sus acreedores un Plan de Refinanciación Empresarial (PRE) que les permita reprogramar sus obligaciones impagas y evitar la insolvencia.

Pueden acogerse a este régimen excepcional las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, así como cualquier persona jurídica, incluyendo asociaciones, domiciliadas en Perú.

No pueden acogerse, sin embargo al régimen:

a) personas humanas, ni sociedades conyugales o sucesiones indivisas sea que realicen o no actividad empresarial;

b) tampoco pueden acogerse las entidades que integren la estructura del Estado, administradoras de fondos de pensiones, las personas que forman parte del sistema financiero o de seguros, ni los patrimonios autónomos.

El período para poder acogerse al régimen del PARC es hasta el 31 de diciembre de 2020, siendo la autoridad competente?las autoridades concursales del Indecopi[\[35\]](#). Las principales características del sistema implementado por la ley son las siguientes:

i) *Procedimiento electrónico*: el acogimiento de la entidad calificada, las solicitudes de reconocimiento de créditos, los recursos y la realización de las juntas de acreedores se realizarán por vía electrónica y virtual.

ii) *Protección del patrimonio*: una vez difundido en el Boletín Concursal del Indecopi el acogimiento de la Entidad Calificada al PARC, le será aplicable un marco de protección patrimonial y la suspensión de exigibilidad de sus obligaciones, hasta la fecha en que se apruebe el PRE.

iii) *Trámite preferente del PARC*: será declarada improcedente cualquier solicitud de inicio de concurso ordinario que sea promovida por acreedor contra la Entidad Calificada, en fecha posterior a su acogimiento al PARC. Si dicha solicitud fue presentada antes del acogimiento, su trámite será suspendido y se dará trámite preferente al PARC. Si el acogimiento es admitido, se declarará la conclusión del procedimiento de inicio de concurso ordinario, sin pronunciamiento sobre el fondo.

iv) *Ineficacia Concursal*: cualquier acreedor podrá demandar judicialmente la ineficacia de los actos realizados por la Entidad Calificada que no correspondan al desarrollo normal de su actividad, que hayan perjudicado su patrimonio y que se hayan realizado dentro del año anterior a su acogimiento al PARC o desde dicha fecha, hasta la aprobación el PRE.

v) *Tratamiento especial de las acreencias laborales y las derivadas de una relación de consumo*: los créditos laborales y los derivados de una relación de consumo no serán materia de reconocimiento en el PARC. Sin perjuicio de ello, dichos créditos deberán ser incluidos en el cronograma de pagos del PRE. El Indecopi, a través de su Servicio de Atención al Ciudadano ("SAC"), podrá empadronar a los acreedores cuyos créditos provengan

de una relación de consumo y remitir dicho patrón a la Secretaría Técnica de la Comisión competente, para que ésta a su vez lo remita a la Entidad Calificada a efectos de que los considere en el PRE. No procede el registro de créditos contingentes.

vi) *Junta de Acreedores*: Se realizará de manera virtual, con la intervención remota de un notario público y en ella sólo podrán participar los acreedores reconocidos, para tratar como único punto de agenda, la aprobación del PRE. Los acreedores laborales y los vinculados al deudor no tendrán derecho de voto. Asimismo, la Junta no sustituirá a la Junta General de Accionistas, Socios o equivalentes de la Entidad Calificada, quienes se mantendrán en funciones. Tampoco habrá desapoderamiento ni cambio en la administración de la Entidad Calificada. La Junta podrá prorrogar la aprobación del PRE, por única vez, hasta un plazo máximo de diez días hábiles posteriores a su instalación.

El PRE deberá contener, bajo sanción de nulidad lo siguiente:

a) *La totalidad de créditos*. Deben incluirse todos los créditos reconocidos, los créditos no reconocidos y los que consten en el estado de situación financiera de la Entidad Calificada, incluyendo las acreencias laborales y las derivadas de relaciones de consumo. Las discrepancias entre los titulares de estos últimos créditos y la Entidad Calificada, respecto a su cuantía, deberá ser conocida y resuelta por la autoridad jurisdiccional o administrativa competente en la vía que corresponda. En caso dicha autoridad determine a favor del titular un monto adicional al declarado por la Entidad Calificada en el PARC, su cobro se realizará sin resultarle aplicable para tales efectos el cronograma del PRE. El tratamiento y cronograma de pagos por clase de acreedores. De los fondos o recursos que se destinen al año para el pago de créditos, por lo menos un 40 % se asignará en partes iguales al pago de obligaciones laborales y cuando menos un 10 % al pago de acreedores titulares de créditos derivados de una relación de consumo.

b) *La provisión de Créditos Contingentes*. En caso se levante la contingencia luego de aprobado el PRE, tales créditos serán incorporados al cronograma de pagos correspondiente al de las acreencias de su misma naturaleza.

c) *Tasa de interés*. Debe establecerse la tasa de interés aplicable, de ser el caso.

d) *Supervisor*. Debe disponerse el nombramiento de un supervisor que verifique el cumplimiento del PRE, si así lo solicitan acreedores que representen más del treinta por ciento (30 %) del total de los créditos reconocidos.

El PRE aprobado por la Junta obliga a la Entidad Calificada y a todos sus acreedores, incluyendo los titulares de créditos contingentes, aun cuando hayan votado en contra, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos y dicho PARC concluye con la aprobación o desaprobación del PRE.

En caso que la Entidad Calificada incumpla alguna de sus obligaciones en los términos establecidos en el PRE, éste quedará automáticamente resuelto, supuesto en el cual, los acreedores podrán exigir el pago de sus créditos haciendo uso de las vías que estimen pertinentes y en las condiciones originalmente pactadas.

La presentación de información falsa por parte de la Entidad Calificada acarreará la nulidad del PARC y del PRE en caso hubiese sido aprobado, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y penal que corresponda.

Tanto el Consejo de ministros como el Indecopi deberán dictar reglamentaciones y directivas para el funcionamiento del sistema^[36].

1.8. Chile

Contrariamente a la mirada que han tenido Italia y Colombia, respecto de las soluciones excepcionales que deben darse a este tipo de crisis como la presentada a raíz de la aparición del COVID-19, el modelo chileno se ha inclinado por tomar la idea matriz o fundamental de modificar -directamente- la Ley 20720 que establece normas sobre la reorganización y liquidación de empresas y personas con el fin de simplificar el acceso al procedimiento concursal de renegociación de la persona deudora permitiendo solucionar la insolvencia de un

número significativo de personas y promoviendo la utilización del procedimiento de renegociación y desincentivar la liquidación de bienes[37].

Es decir, se ataca -como lo hemos señalado- la matriz estructural del régimen concursal -en general- sin un anclaje particular en lo que hace a una situación de emergencia particular -más allá que se haga en los fundamentos que acompañaron el proyecto de ley al Congreso, referencias a la situación excepcional por la cual deben atravesar los operadores económicos en tiempos de pandemia.

En efecto, en el mensaje que acompaña a la iniciativa parlamentaria se pone de resalto que considerando la contingencia nacional e internacional, es previsible que próximamente muchas personas y empresas entrarán en cesación de pagos, y considerando que el derecho concursal tiene, dentro de sus finalidades, la de entregar garantías de recuperabilidad de los créditos a los acreedores, resultarían necesarias diversas modificaciones legales que permitan solucionar la insolvencia de un número significativo de personas, promoviendo la utilización del procedimiento de renegociación y desincentivar la liquidación de bienes.

Así se destacó que:

a) en primer lugar, el procedimiento de renegociación requiere -en la legislación chilena actual[38]- que la persona deudora tenga dos o más obligaciones vencidas por más de noventa días y que no existan demandas en curso, y esto fue visto como un problema debido a que antes del vencimiento de ese plazo, se puede iniciar un proceso judicial por parte del acreedor -esto, en razón de la posible existencia de una cláusula de aceleración, que permitiría una situación de morosidad y cobro desde la primera cuota morosa, lo que en la práctica deja en manos del acreedor el derecho del deudor a iniciar el procedimiento-. De allí que la propuesta de modificación de la ley concursal consiste, como punto de partida, en establecer una disminución en el plazo de noventa días, permitiendo de esta forma el acceso a un mayor número de personas deudoras al procedimiento de negociación y no dejando en manos del acreedor el derecho del deudor eliminando este elemento discriminatorio.

b) En segundo lugar, la propuesta legislativa incluye que se asimile el rango de la deuda que habilite el acceso al procedimiento de reorganización al establecido en la Ley 19496 -de ese país- para las resoluciones inapelables con procedimientos de única instancia -25 unidades tributarias mensuales-, disminuyendo a la mitad el monto del requisito para acceder al procedimiento[39].

c) En tercer lugar se propone modificar el concepto de "empresa deudora" y eliminar esta normativa de carácter prohibitivo respecto de otros sujetos, con el fin de que las personas que emiten boletas a honorarios dejen de ser calificadas como empresa deudora y pasen a ser persona deudora, para así poder acogerse a la renegociación[40].

d) En cuarto lugar, como la Ley 20720 -actualmente en vigencia- exige, para iniciar el procedimiento de reestructuración, que la persona ya haya cesado en el pago de al menos dos obligaciones que sumen, en total, más de ochenta unidades de fomento, por un periodo mayor a noventa días corridos, ocurre que dichos requisitos permiten presumir un estado de insolvencia en la cual se encuentra la persona deudora que solicita acogerse a la renegociación, pero -sin embargo- no lo exime del pago de los intereses y reajustes producto de la mora, como tampoco lo libra de las acciones de cobranza de sus acreedores hasta antes de que la Superintendencia declare admisible su solicitud de renegociación, se estimó necesario crear un procedimiento de renegociación preventivo, en el cual no fuera necesario justificar el cumplimiento de la mora como lo exige el procedimiento actual, en la medida que el usuario pueda acreditar que se encuentra acogido al beneficio del seguro de cesantía -seguro de desempleo-. Así, podrá anticipar su solicitud de renegociación y contar con la ventaja de programar sus ingresos a tiempo, proponiendo nuevas condiciones de pago a los acreedores, sincerando su situación económica actual, y contando con la protección financiera concursal de manera anticipada, evitando el cobro de intereses y reajustes por la mora en sus obligaciones[41].

Como puede advertirse, la mirada chilena apunta más hacia las soluciones legislativas de la crisis dentro del marco de la Ley de Quiebras vigente -re3curriendo a su modificación-.

I.9. Otra mirada europea

La Conferencia de Derecho Europeo de Reestructuración e Insolvencia -CERIL[42]- se ha mostrado preocupada por la falta de capacidad de la legislación de insolvencia existente en nuestros días para proporcionar respuestas adecuadas a la situación extremadamente difícil en la que muchas empresas se encuentran como resultado de la propagación del virus COVID-19, y ha requerido a los legisladores nacionales de la Unión Europea y de Europa para que tomen medidas inmediatas y procedan a adaptar las estructuras legales a la luz de la situación económica extraordinaria actual con el objeto de evitar quiebras innecesarias de empresas. Asimismo, los ha instado a actuar con rapidez y para responder a dos necesidades específicas al adaptar o modificar sus legislaciones en dos aspectos:

- a) la búsqueda de soluciones para poder resolver la pérdida -temporal- de generación de ingresos para las empresas; y
- b) la impracticabilidad -temporal- de poder elaborar o imaginar un pronóstico relacionado con la generación de un flujo de efectivo[43].

La organización ha señalado que "...El virus COVID-19 (corona) ha alcanzado el estado de pandemia. Se extiende por todo el mundo y se espera que infecte a la mayoría de todas las personas en los próximos meses, según los expertos en salud. Este nuevo desarrollo no solo ha causado un fuerte impacto en los consumidores para restringir sus gastos habituales. Más aún, ha causado impacto en los gobiernos en todo el mundo para imponer restricciones en materia de viajes, libre circulación y la actividad social. Los médicos han señalado que la urgencia justifica las medidas extraordinarias actuales. Sin embargo, las respuestas gubernamentales y sociales afectan directamente las operaciones comerciales de empresas e instituciones públicas. Las empresas e instituciones -educativas- han cerrado sus puertas; ciertos sectores -hotelería, la industria del turismo, el entretenimiento, guarderías, espectáculos públicos, torneos deportivos, y otros- se ven obligados efectivamente a cerrar sus negocios operaciones hoy y también en el futuro previsible; los eventos se cancelan en el último minuto y se les pide a los empleados que trabajen desde sus casas -en masa- si pueden hacerlo. El devastador efecto de la pandemia en las empresas puede incluso prolongarse por el enfoque que a la salud pública le imponen los funcionarios en un intento por retrasar el impacto de la pandemia COVID-19 tanto como sea posible. Este enfoque, al mismo tiempo, produce incertidumbre sobre el momento en que las empresas pueden esperar reanudar sus actividades..."

Dentro de las recomendaciones que el grupo de expertos han brindado a los legisladores europeos pueden citarse las siguientes:

- a) suspensión de la obligación de recurrir a los procedimientos de crisis y de insolvencia cuando se presente el presupuesto de sobreendeudamiento o de un estado de cesación de pagos en tiempos de pandemia;
- b) provisión de financiamiento suplementario para aquellos negocios o empresas que entren en situación de liquidación en el tiempo de pandemia, en la medida en que pueda probarse que dichos emprendimientos podrían subsistir -y resultar viables- en tiempos más amigables para el clima de negocios[44].

I.10. ¿Y Argentina?

El gobierno argentino no ha presentado ni parece tener -hasta el momento- una visión de cómo salir de la crisis. Recién está tratando de imaginar cómo salir de la cuarentena más larga del mundo. Los números de la economía y las empresas son muy desalentadores. Se estima que al final de esta más del 50 % de la población estará por debajo de la línea de pobreza se habrán perdido muchísimos puestos de trabajo. Ya al mes de julio de 2020 existen cerca de 100.000 pequeñas y medianas empresa en estado de cesación de pagos evaluando si al reanudarse la actividad judicial deberán recurrir a mecanismos judiciales del régimen de insolvencia, y más de 2.000.000 de familias sobreendeudadas en la misma situación.

Es de toda evidencia que, luego del impacto tan negativo que ha tenido la pandemia de COVID-19 en la economía argentina y en las pequeñas y medianas empresas, es necesario diseñar un plan imaginativo e innovador de rescate y puesta en marcha de empresas y organizaciones productivas -que puedan ser

efectivamente rescatables-, al mismo tiempo en que se difiera la solución de las deudas devengadas antes y durante la pandemia para más adelante.

Los recursos económicos y financieros actuales disponibles para nuestro país son escasos, y las pocas disponibilidades con que pudiera contarse provenientes de una emisión monetaria acelerada, algún crédito externo mínimo al cual se pudiera acceder eventualmente, y la utilización del poco ahorro público existente, resultan absolutamente necesarios para asistir sanitariamente a los afectados por COVID-19, sostener a los sectores vulnerables, brindar seguridad alimenticia e integral a los ciudadanos e intentar recomponer el aparato productivo para retomar la actividades necesarias.

Hay que asumir que las deudas -al menos por un tiempo- tendrán que esperar.

En lo personal, he sostenido que no queda otro remedio -entonces- que vernos compelidos a imaginar y diseñar una suerte de Plan Marshall propio^[45], local -de argentinos para la Argentina-, como una suerte de plan extraordinario de rescate para volver a poner en funcionamiento el aparato productivo del país. De hecho, el Profesor David Autor, titular de la cátedra Ford de Economía en el MIT, está incluso pensando en esta iniciativa para los Estados Unidos^[46].

La estructura de este plan extraordinario de rescate para la Argentina -desde mi punto de vista- debería asentarse en cinco pilares, elementos o ejes de recuperación de carácter operativo^[47]:

- a) La creación de un instrumento de reperfilamiento de la deuda privada prepandémica y pandémica de las empresas -el cual debería incluir el establecimiento de un mecanismo de hibernación de pequeñas y medianas empresas durante la pandemia-;
- b) Un programa de acceso voluntario -por parte de las empresas- tendiente a la capitalización de los créditos que el Estado nacional, provincial o municipal tengan con sociedades -para el caso de provincias y municipalidades deberá obtenerse la adhesión de las provincias- a través de la conformación de una clase específica de acciones -con posibilidad de rescate por parte de los propietarios del capital en un plazo de ocho años-^[48];
- c) La creación de un instrumento de reperfilamiento de la deuda privada de las familias argentinas;
- d) La creación de un instrumento de fomento para la reactivación empresaria y económica de la actividad productiva; y
- e) El rediseño del Estado y su estructura, así como el rediseño de las relaciones laborales y del sistema tributario.

En cuanto a los fundamentos filosóficos del plan, la idea es:

- i) El establecimiento de una amplia moratoria general privada para todas las deudas existentes a una fecha de corte a establecerse sobre el fin del aislamiento dispuesto en razón de la pandemia; y
- ii) La afectación de todos los recursos públicos disponibles -exclusivamente- para reactivar la actividad productiva y para asistir a los sectores vulnerables de la sociedad.

El plan debe ser consagrado por medio de una Ley Extraordinaria de Emergencia Pública en lo Económico, Financiero, Social y Crediticio, que debe dictar el Congreso de la Nación, declarándola de orden público^[49].

Veremos si esta iniciativa tiene algún eco en las autoridades nacionales y en la comunidad jurídica y económica. Recién estamos escribiendo el prólogo de un nuevo tiempo por venir.

[1]

Véase Vítolo, Daniel Roque, Manual de Derecho Comercial, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2018, 2ª. Edición.

[2]

Como lo indican las Ciencias de la Administración, y la Economía, "stakeholders" es una expresión de lengua inglesa, que en el ámbito de la empresa, significa "parte interesada" o "interesado"; también persona que "apuesta a la empresa". Hace referencia sobre todo a las organizaciones o personas que toman parte en las decisiones de una compañía y que están afectadas por sus actividades. Se podrían considerar por los grupos de interés que rodean a la empresa. Es que en toda empresa, además de los directivos y propietarios del capital, o dueños, participan distintos grupos sociales y actores importantes, que tienen un claro interés en que el negocio funcione de la mejor manera posible. Pueden estar implicados de forma directa o indirecta. Entre los ejemplos de "stakeholders" de una empresa, encontramos a los trabajadores, proveedores, inversores, accionistas, socios, clientes, entes públicos, sindicatos, organizaciones civiles, entidades no gubernamentales y en definitiva el conjunto de la sociedad. El concepto de "stakeholder" surgió por primera vez en 1984 de la mano de R. Edward Freeman en su libro "Strategic Management: A Stakeholder Approach", en el cual este autor señaló que los distintos grupos de interés mencionados con anterioridad resultaban esenciales y debían tenerse en cuenta a la hora de planificar los negocios. Véase también Vítolo, Daniel Roque, Manual de Sociedades, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2019, 2ª. Edición.

[3]

Los bonos y acciones de las más altas calificaciones reportaron caídas del orden de más del 19% en un solo mes.

[4]

Pueden verse mayores referencias en Vítolo, Daniel Roque, Covid-19 y Crisis empresarias, en Efectos jurídicos del Covid-19, Pizarro, Daniel y Vallespinos, Gustavo (Dir.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020.

[5]

Véase Santise, Maurizio y Chesi, Gian Andrea, Diritto e Covid-19, Giapipichelli, Torino, 2020.

[6]

Véase Volpi, Roberto y Serravalle, Eugenio, Coronavirus Covid-19. Non è andato tutto bene, Il Leone verde, Torino, 2020.

[7]

Veáse Vattermoli, Daniele, Pandemic and Insolvency Law: the Italian answer, en Oxford Business Law Blog, junio, 2020.

[8]

Las medidas pueden consistir tanto en una moratoria sobre el cumplimiento del plan de reorganización como también sobre otorgar un plazo para modificar el plan.

[9]

Véase Vattermoli, Daniele (Dir.), y D'Alessandro, Floriano (Prefazione), I Gruppi nel Codice della crisi, Pacini Giuridica, Roma, 2020.

[10]

Veáse Vattermoli, Daniele, Pandemic and Insolvency Law..., cit.

[11]

Sobre el sistema de insolvencia alemán véase GRES/FEGE, German Insolvency Act, German-English Text, Köln, 2002; Huber, Die Europäische Insolvenzverordnung, EuZW 2002, 490; y especialmente Braun, Susanne, pabnoarma de derecho concursal alemán y europeo, trabajo preparado en el marco del Seminario "La empresa en Europa- el futuro de la armonización de las relaciones empresariales hispano-alemanas" organizado conjuntamente por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE) y la Universidad de Lüneburg, y celebrado en Madrid del 30 de septiembre al 11 de octubre de 2002.

[12]

Agradezo especialmente a Lammel, Stefan, de Friedrich, Graf von Westphalen, y su equipo, que colaboraron en brindarnos un panorama de la realidad alemana, y a el equipo de IBLC que participó el 27&6/2020 en el evento "Business is booming... Covid-19".

[13]

Véase Vargas Brand, Isué, La ley alemana para mitigar los efectos del Covid-19, 7/5/2020, Asuntos legales, Colombia, quien indica que En materia contractual, se incluyeron modificaciones a la Ley introductoria del Código civil alemán (BGB), que buscan paliar los posibles efectos que, por la coyuntura actual, tendrán los potenciales incumplimientos contractuales masivos. Esta Ley protege, en especial, a los consumidores y a las microempresas, teniendo en cuenta los intereses más esenciales de las partes y los tipos contractuales (de tracto sucesivo, arrendamientos y de préstamo). La Ley prevé el derecho a la suspensión del cumplimiento de los contratos (Leistungsverweigerungsrecht). Sin embargo, en el caso de consumidores, lo condiciona a los contratos de tracto sucesivo y cuando el cumplimiento del contrato suponga que el consumidor no pueda recibir servicios esenciales (o de interés general). En el caso de las microempresas, lo condiciona a cuando el cumplimiento ponga en riesgo sus bases económicas, de forma que se garantice la adecuada continuación su actividad económica. Lo anterior, aplica a los contratos celebrados antes del 8 de marzo y hasta el 30 de junio. En el caso de los arrendamientos, la Ley alemana establece la inaplicación de la resolución del contrato por el impago de canon, por parte del arrendatario, durante el periodo comprendido entre el 1 de abril y el 30 de junio. En todos los casos se exige que las circunstancias que llevaron al incumplimiento del contrato estén eminentemente relacionadas con las consecuencias de la pandemia (el deudor tiene la carga de la prueba).

[14]

Los considerandos del mencionado decreto-ley señalan que "... asimismo, durante todo el tiempo que perdure esta crisis sanitaria, se han de adoptar medidas que garanticen el derecho a la salud tanto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, como de los ciudadanos y de los profesionales que se relacionan con dicha Administración, procurando de esta manera evitar situaciones de contagio. Por ello es de singular importancia incluir medidas que garanticen la distancia de seguridad en el desarrollo a las vistas y audiencias públicas y el fomento de la incorporación de las nuevas tecnologías a las actuaciones procesales y, en general, a las relaciones de los ciudadanos y ciudadanas con la Administración de Justicia, que eviten, en la medida de lo posible, excesivas concentraciones en las sedes judiciales..."

[15]

El decreto-ley incluye un capítulo específico sobre "Medidas Organizativas y Tecnológico", en el cual se establecen disposiciones concretas para habilitar y mejorar el uso de los sistemas de identificación y firma digital en la administración de Justicia, así como establecer una obligación general tanto para el Ministerio de Justicia como para las comunidades autónomas con competencias en la materia de garantizar que los sistemas de gestión procesal de los juzgados y tribunales de todas las comunidades autónomas permitan el teletrabajo.

[16]

Ello dentro del Capítulo I de la norma legal al que se tituló "Medidas de carácter procesal".

[17]

Contenidas y descritas en el Capítulo II de la norma.

[18]

En los considerandos del decreto-ley se menciona que "...El pasado 14 de marzo, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en el que se incluyeron, entre otras medidas, limitaciones a la libertad de circulación de las personas, con los efectos que ello supone para ciudadanos, trabajadores y empresas. Específicamente, en el ámbito de la Administración de Justicia, se dispuso la suspensión de los términos y plazos procesales, con las solas excepciones necesarias para garantizar los derechos reconocidos a todas las personas en el artículo 24 de la Constitución. Desde entonces, el Gobierno ha adoptado un conjunto de medidas dirigidas a proteger a las personas del riesgo de contagio, a atender a las que son especialmente vulnerables, a garantizar la prestación de servicios públicos esenciales, así como a velar por las personas trabajadoras y las empresas. Para hacer frente a las posibles consecuencias de esas medidas, la Administración de Justicia debe prepararse, tanto desde el punto de vista de la adopción de los cambios normativos necesarios en las instituciones procesales como desde la perspectiva organizativa, y todo ello con el objetivo de alcanzar una progresiva reactivación del normal funcionamiento de los Juzgados y Tribunales. En efecto, la Administración de Justicia ha sufrido una ralentización significativa como consecuencia de la crisis del COVID-19, por lo que se hace necesario adoptar el presente real decreto-ley que tiene por finalidad, además de otras más concretas, procurar una salida ágil a la acumulación de los procedimientos suspendidos por la declaración del estado de alarma cuando se produzca el levantamiento de la suspensión. Asimismo, deben adoptarse medidas en previsión del aumento de litigiosidad que se originará como consecuencia de las medidas extraordinarias que se han adoptado y de la propia coyuntura económica derivada de la crisis sanitaria..."

[19]

Véase Delgado Martín, Joaquín, Adan Domènech, Federico, Fernández Seijo, José M., y otros, Cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del COVID-19, Ed, Bosch, Madrid, 2020.

[20]

Véase la recopilación en Normativa Laboral COVID-19 consolidada, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

[21]

Véase Godino Reyes, Martín, Expediente de regulación temporal del empleo, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

[22]

Véase Calvo Vérguez, Juan, Covid-19: 190 cuestiones fiscales, L.L., Madrid, 2020.

[23]

Es decir que el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación podrá poner en conocimiento del juzgado concursal competente que ha iniciado -o que pretende iniciar- negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo homologado para obtener un nuevo acuerdo -diferente del existente-, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación -"período de inhibición"-.

[24]

Debemos aclarar que, cuando una empresa ingresa a la administración o liquidación-insolvente-, un administrador o liquidador puede perseguir a un director para una orden judicial que requiere que el director

contribuya a los activos de la empresa en algún momento antes del comienzo de la administración o liquidación, si es que el director "... sabía o debería haber llegado a la conclusión de que no había una perspectiva razonable de que la compañía evitaría entrar en liquidación o administración insolvente...". Ello quiere decir -entonces- que si los directores permiten que la compañía negocie después de un momento en su desenvolvimiento en el que saben o deberían saber -por su profesionalismo y su obligación de diligencia- que la compañía no tiene una perspectiva razonable de regresar a un estado de solvencia, entonces pueden ser considerados personalmente responsables por las obligaciones incumplidas y el daño producido por su insolvencia. El juez concursal tiene una amplia discreción para ordenar el nivel de cualquier compensación que el director debe hacer a la compañía, pero normalmente el director sería responsable por el aumento de la deficiencia los acreedores en la percepción de sus créditos, que hubiera tenido lugar entre la fecha en que los directores deberían haber detenido la actividad de la compañía y la fecha en que la compañía realmente dejó de operar por su estado de insolvencia.

[25]

Si bien este podría ser considerado un avance positivo, existen prevenciones por parte de la doctrina inglesa, en relación con cualquier cambio sustancial en el enfoque de los consejos de administración dado que los casos de comercio ilícito a menudo son difíciles de perseguir -por varias razones probatorias- y se ha confirmado que no habrá relajación en los deberes fiduciarios y estatutarios de los directores para la compañía y / o sus acreedores mientras tanto, ni para las reglas sobre fraudulento comercio. En consecuencia, los administradores y liquidadores continuarán enfocándose y persiguiendo a los directores por incumplimiento de esos deberes, independientemente de si pueden presentar una demanda comercial ilícita o no. Tener un período de suspensión puede hacer que los administradores y liquidadores observen más de cerca si los directores deberían haber dejado de negociar antes del 1º de marzo de 2020 y/o inmediatamente después del levantamiento de la suspensión propuesta. Con respecto a esto último, indican los especialistas ingleses que puede que tenga que haber algunas disposiciones transitorias para permitir a los directores tratar de poner a sus compañías "...de nuevo en pie..." sin temor al riesgo de reclamo, pero la higiene financiera prudente y el monitoreo durante todo el período de suspensión pondrán a directores en la mejor posición posible para comenzar a actuar positivamente cuando se levanta la suspensión. En las circunstancias e independientemente de si se ha suspendido la ley de comercio ilícito -wrongful trading-, los consejos de administración deben tener constantemente en cuenta la cuestión de la viabilidad futura de la empresa. "... Apreciamos que es extremadamente difícil dada la incertidumbre que enfrentan todas las empresas, pero esto resalta la necesidad de reuniones regulares de la junta y la necesidad de tomar decisiones minuciosas a lo largo del proceso..." han dicho algunas de las personas consultadas. Véase -a modo de ejemplo- la opinión de Charles Russell Speechlys' Corporate Recovery & Insolvency Team.

[26]

Agradezco especialmente a Michael Evans, de equipo de IBLC de Geldards, y a su equipo que colaboraron para darnos un overview sobre lo que está ocurriendo en el Reino Unido. Véase -además- la información contenida en el sitio oficial de legislación británica.

[27]

En este sentido, el 23 de abril de 2020, el Departamento de Negocios, Energía e Estrategia Industrial anunció medidas para "...prohibir el uso de demandas legales (hechas entre el 1 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020) y liquidar las peticiones presentadas desde el lunes 27 de abril hasta hasta el 30 de junio, donde una empresa no puede pagar sus facturas debido a coronavirus...".

[28]

Agradezco especialmente la colaboración de Bocuzzi Advogados de la República Federativa del Brasil sobre las iniciativas de reformas de la ley de insolvencia en ese país. También al equipo internacional de ICPC.

[29]

El pasado 6 de mayo, el presidente Iván Duque tomó la decisión de declarar un nuevo Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica a través del Decreto 637. A partir de la fecha, el Gobierno expidió 50 decretos económicos y sociales con los cuales pretendió dar una solución a la crisis de la pandemia por el COVID-19. Sin embargo, en ese lapso de tiempo se han sacado más de 140 en total. Esta tanda de decretos se suma a los 72 que ya se habían expedido en el marco de la Emergencia anterior y, con ellos, se buscó generar alivios en materia tributaria, laboral, contractual y locaciones, entre otros. Las normas generaron algunas discusiones y controversias entre los operadores jurídicos y económicos.

[30]

Véanse los considerandos del Decreto Legislativo 560/2020 de Colombia.

[31]

Véase la información suministrada por la Superintendencia de Sociedades del Gobierno de Colombia.

[32]

Agradezco especialmente la información que me hiciera llegar Pacchi, Stefania.

[33]

Más allá de la controversia existente respecto del conjunto de disposiciones normativas sancionadas en Colombia en relación con la emergencia, lo cierto es que existe coincidencia que de todas ellas la más clara y consistente es la referida a la materia concursal. Véase Asuntos Legales, Colombia, 8/6/2020.

[34]

Agradezco especialmente la colaboración prestada por Alayza Consultores Legales, de Perú en esta materia.

[35]

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), es un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Inició sus actividades en noviembre de 1992, mediante Decreto Ley 25868. Tiene como funciones la promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores. Asimismo, fomenta en la economía peruana una cultura de leal y libre competencia, resguardando todas las formas de propiedad intelectual, desde los signos distintivos y derechos de autor, hasta las patentes y biotecnología. Como resultado de su labor en la promoción de las normas de leal y libre competencia entre los agentes de la economía peruana, el Indecopi es concebido como una entidad de servicios que impulsa el desarrollo de una cultura de calidad, para lograr la plena satisfacción de la ciudadanía, los empresarios y el Estado. Según la Ley 27809 -y sus modificatorias- la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi y las Comisiones creadas en virtud de los convenios que se celebren con las instituciones, son competentes para conocer los procedimientos concursales regulados en la Ley Concursal. El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, es el competente para conocer en última instancia administrativa. Corresponde a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI, y de regular y fiscalizar la actuación de las Comisiones creadas en virtud de Convenio, Entidades Administradoras y Liquidadoras, acreedores y deudores sujetos a los procedimientos concursales en el ámbito nacional del Perú, para lo cual podrá expedir directivas de cumplimiento obligatorio.

[36]

Véase también Cauvi, Juan José, El nuevo procedimiento concursal en Perú frente al Covid-19, reportaje de De La Torre, Ana Karen, Lex Latin, 21/5/2020.

[37]

Agradezco especialmente la información suministrada por Palma, Edwards & Vezpremy, Abogados, Santiago, Chile.

[38]

Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas (Ley 20720) antes conocida como "Ley de Quiebra", en vigencia desde 2014. Véase el régimen actual en Goldenberg Serrano, Juan Luis, La protección financiera concursal, Thomson Reuter, Santiago, 2020; Roman Rodríguez, Juan Pablo, la reorganización de empresas en crisis, Thomson Reuters, Santiago, 2020; Alvarado V., Gabriel, Ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, Edig, Santiago, 2019; entre otros.

[39]

Los autores de la iniciativa no consideraron razonable que se exigiera para acceder al proceso concursal la inexistencia de demandas en curso, pues el objetivo de la ley es precisamente permitirles a las personas reintegrarse en la vida económica. Por otra parte, el monto para acceder al procedimiento asciende a una deuda de 80 unidades de fomento, lo que corresponde a un monto de 2.300.000 pesos chilenos aproximadamente, y un deudor de inferior cuantía quedaría fuera de la posibilidad de acogerse al sistema concursal.

[40]

Los proyectistas mencionaron en su mensaje de elevación del proyecto de ley que se había identificado también, otro elemento discriminatorio en la Ley 20720 cual era que, para poder acogerse al procedimiento de renegociación previsto en el régimen legal, la persona deudora deberá declarar que no ha prestado servicios por sus actividades económicas por un plazo no inferior a veinticuatro meses antes del ingreso de su solicitud de reorganización. Esta mención excluye del procedimiento de renegociación a todos los trabajadores que no están en relación de dependencia sino que trabajan de un modo tercerizado facturando honorarios por las tareas o servicios que desempeñan, tratándolos como empresa deudora y no como persona deudora, y obligándolos a recurrir al procedimiento de reorganización concursal judicial, el cual conlleva un significativo aumento de los costos. Y el problema de redacción en la ley vigente es la amplitud con que la misma se refiere al concepto de "empresa", por cuanto considera no sólo personas jurídicas de derecho privado, sino también a personas humanas contribuyentes de primera y de segunda categoría, incluyendo a las personas humanas que obtienen sus ingresos a través de la prestación de servicios emitiendo por ello facturas de honorarios. Lo anterior, apunta a un sentido contrario del espíritu de la ley, ya que el poder reemprender actividades y reinsertarse en la vida económica es un derecho de las personas, y no se justifica establecer criterios discriminatorios en su aplicación.

[41]

En los fundamentos del proyecto de ley, sus autores mencionaron que, en atención a la crisis nacional y mundial que afectaba a la economía chilena, habían advertido en esas últimas semanas que muchas personas se habían acogido a la nueva Ley 21227 -normas extraordinarias respecto del seguro de desempleo por la crisis sanitaria, con referencia a la Ley 19728- , y habían ejercido su derecho de obtener el pago de su seguro de cesantía, el cual implica un subsidio inferior a la renta que percibían anteriormente. Es por esto, que muy probablemente, en los meses siguientes, miles de chilenos entrarían en un estado de cesación de pagos que los expondrá al inicio de las acciones de cobranza por parte de sus acreedores.

[42]

CERIL es una organización independiente sin fines de lucro que reúne a más de sesenta abogados y otros expertos en reestructuración de pasivos y procesos de insolvencia, profesores de derecho y jueces de quiebras, comprometida con la mejora de las leyes y prácticas de reestructuración e insolvencia en Europa.

[43]

Pueden verse mayores referencias en Vítolo, Daniel Roque, Covid-19 y crisis empresarias, en Efectos jurídicos del Covid-19..., cit.

[44]

La organización es clara al sostener que "...El cierre (parcial) de un negocio durante semanas o incluso meses, la falta de suministro o mano de obra basada en medidas de bloqueo o la incapacidad de los clientes para utilizar los productos o servicios reducen directamente el flujo de caja correspondiente al negocio. Ello ocurre -especialmente- en las pequeñas empresas con reservas de efectivo limitadas que se han acercado rápidamente a situaciones de iliquidez, que califican como una suerte de incapacidad de pago bajo leyes de insolvencia. Como en los casos de sobreendeudamiento, las empresas con falta de liquidez corren el riesgo siendo liquidadas, mientras que probablemente seguirían siendo viables en una situación del mercado de mayor normalidad. La respuesta legislativa a esta extralimitación del "buen clima" que se requiere, consiste en que las leyes de insolvencia incluyan una gama de herramientas de asistencia para las empresas en esta situación..."

[45]

Puede verse mi propuesta en Vítolo, Daniel Roque, Presentación efectuada en el panel virtual organizado por la Facultad de Derecho de la UBA el día 7 de mayo de 2020, donde expuse la idea por primera vez; obtenible en www.derecho.uba.ar; ídem Covid-19 y crisis empresarias, conferencia dictada en la Universidad de Congreso, Mendoza, el 10 de junio de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=aubl1rWPwpg>; ídem Conferencia dictada en el Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén el 1º de julio de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=-u08wpcHZig&t=135s>; entre otras disertaciones.

[46]

Claro está que en ese caso es más sencillo porque los Estados Unidos es un país que tiene capacidad de endeudamiento ilimitado. Pero lo cierto es que en el caso de Argentina también los montos que deben ser aportados para la recuperación son mucho más acotados. Véase Autor, David, El capitalismo que se viene, Diario La Nación, 20/6/2020.

[47]

Puede verse al respecto con mayor detalle la propuesta en Vítolo, Daniel Roque, Covid-19 y empresas en crisis -¿Reformas a la Ley de Concursos y Quiebras o Plan Marshall?-, Revista Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, Buenos Aires, número agosto 2020 -en prensa-.

[48]

A tal efecto se deberán disponer normas de facilitación para la transformación de sociedades de otro tipo en sociedades por acciones. Incluso la estructura de las SAS puede resultar un instrumento interesante.

[49]

Pueden verse mayores referencias y detalles del plan en Vítolo, Daniel Roque, Covid-19 y Crisis empresarias, en Efectos jurídicos del Covid-19..., cit.